

Le recours transnational à la reproduction assistée avec don.
Perspective franco-qubécoise et comparaison internationale.

RAPPORT FINAL

Sous la responsabilité scientifique de
Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIES

Auteur.e.s du rapport :

Laurence **BRUNET**, chercheure associée, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université de Paris I

Jérôme **COURDURIES**, Maître de conférence en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès, LISST-CAS UMR 5193

Michelle **GIROUX**, Professeure titulaire, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa

Martine **GROSS**, Ingénieure de recherche en sciences sociales, CNRS-EHESS, Césor

« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice »

Juillet 2017



Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale. NOTE DE SYTHESE

Sous la direction scientifique de Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIES

L'équipe de recherche

- Hubert BOSSE-PLATIERE, professeur de droit privé, Université de Bourgogne, CREDESPO, France
- Laurence BRUNET, chercheure associée, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université de Paris I, France
- Jérôme COURDURIES, maître de conférences en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès, LISST-CAS, France
- Michelle GIROUX, professeure titulaire, Faculté de droit, Section de Droit civil et membre du Laboratoire interdisciplinaire de recherche sur les droits de l'enfant et du Centre de droit, politique et éthique de la santé, à l'Université d'Ottawa, Canada
- Martine GROSS, sociologue, CNRS-EHESS, Césor, France
- Carmen LAVALLEE, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Canada
- Hélène MALMANCHE, doctorante en sociologie à l'EHESS, France
- Susana NAVAS NAVARRO, professeure de droit privé, Université autonome de Barcelone, Espagne
- Anne-Marie PICHE, professeure en travail social, Université du Québec à Montréal
- Marta ROCA I ESCODA, maître d'enseignement et de recherche, Centre en Etudes Genre ISS-SSP Université de Lausanne, Suisse
- Jehanne SOSSON, professeure, Faculté de droit, Université catholique de Louvain, Belgique

Le présent document constitue la note de synthèse du rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 215.03.24.25 et n° 215.04.01.26 et Avenant n° 1 à la Convention n° 215.03.24.25). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Note de synthèse

1. Une recherche inédite pour mieux documenter les nouvelles réalités familiales

L'évolution des techniques de procréation médicalement assistée¹ permet aujourd'hui à de plus en plus de couples qui ne peuvent pas procréer par eux-mêmes de fonder une famille. Les différences entre les dispositifs juridiques nationaux entraînent une mobilité transfrontalière des personnes lorsqu'elles ne peuvent accéder légalement dans leur pays aux techniques qui leur permettraient de devenir parent.

Ce programme de recherche s'est intéressé aux situations où des Français recourent à l'étranger à des techniques de reproduction assistée – y compris la gestation pour autrui (GPA) – qui leur sont interdites sur le territoire national et entendent ensuite voir reconnaître leur configuration familiale grâce à une transcription à l'état civil français de l'acte de naissance établi à l'étranger ou par l'adoption de l'enfant du conjoint. Nous avons cherché à savoir comment le droit se met en acte concrètement dans ces situations familiales. Pour ce faire, nous avons analysé le parcours de procréation de familles françaises et leur expérience du monde de l'état civil et de la justice, tout en examinant les représentations des juges, les arguments mobilisés par les familles, les avocats qui les conseillent et les procureurs dans leurs réquisitions.

Compte tenu des défis posés par les recours transfrontaliers aux droits et aux fonctionnements des états civils nationaux, mais également sur les plans éthique et politique, il est primordial de poursuivre une réflexion informée et documentée sur les problèmes que rencontrent les différents acteurs du droit de la famille, au premier rang desquels les juges et les familles, et sur les adaptations qui peuvent s'avérer utiles. Il ne peut y avoir de réflexion ni de débat informé sans des recherches empiriques qui portent, certes, sur l'analyse du droit et de la jurisprudence, mais aussi sur l'expérience des personnes concernées. Ce rapport se situe dans cette démarche pour une meilleure documentation de la réalité contemporaine des nouvelles formes de famille. Cet éclairage empirique permet d'organiser une réflexion constructive sur l'articulation du droit dans le contexte mondial et complexe des transformations familiales contemporaines².

Cette recherche s'inscrit dans une comparaison entre la France et le Québec, mais aussi, sur le plan du droit comparé, avec la Belgique et l'Espagne. Ce travail s'appuie sur une enquête de terrain solide menée auprès de juges et d'avocats, français et québécois, ainsi que de familles françaises ou binationales vivant en France et au Québec. Notre terrain s'est concentré sur l'expérience de couples de femmes et de couples d'hommes (44 en tout dont 9 couples français ou binationaux installés au Québec), puisque nous n'avons malheureusement pu rencontrer qu'un couple hétérosexuel ayant eu recours à une GPA. Nous avons également rencontré 16 juges du siège ou du parquet, travaillant au sein de Tribunaux de grande instance ou de Cours d'appel (nous avons sollicité 36 TGI et CA dans plusieurs régions françaises), 6 avocats français, 5 juges de la Cour du Québec (Chambre de la Jeunesse) et 3 avocats québécois. Nous avons également rencontré une consule de France et un agent consulaire en charge de l'état civil afin de mieux comprendre comment on travaillait dans ce type de

¹ Les expressions « procréation médicalement assistée » (PMA) et « assistance médicale à la procréation » (AMP) sont utilisées dans ce rapport comme des synonymes pour désigner l'ensemble des pratiques médicales permettant la procréation en dehors du processus naturel. L'expression PMA est utilisée au Québec et en Belgique. En Espagne on parle de « reproducción asistida ». En France, depuis la loi n°94-654 du 29 juillet 1994, les textes juridiques parlent d'AMP tandis qu'hors du champ juridique, les deux expressions sont utilisées indifféremment.

² Voir notamment J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?* (coll. Folio essais), 2015, Paris, Gallimard.

service. Nous avons chaque fois mené des entretiens de type compréhensif, en nous appuyant sur un guide préparé en collaboration au sein de l'équipe de recherche.

Il s'agit d'une recherche résolument pluridisciplinaire, à la croisée du droit, de l'anthropologie et de la sociologie. Pour toutes ces raisons, ce programme de recherche est sans doute inédit dans l'espace des sciences sociales et juridiques francophones portant sur la filiation et les familles contemporaines.

2. Etat du droit concernant la PMA et la GPA : perspectives de droit comparé

Le rapport présente l'étude et l'analyse comparative de l'état du droit concernant la PMA et la GPA en France et au Québec, en passant par la Belgique et l'Espagne, et en tenant compte des principales décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) se rapportant à la GPA transnationale.

Au terme de l'analyse comparative menée sur les dispositifs juridiques de reconnaissance de la famille lesboparentale de ces quatre pays, de tradition juridique plus ou moins commune, il ressort que la position de la France en matière d'AMP est isolée.

En Belgique, en Espagne et au Québec, il est en effet possible, sous certaines conditions, pour la femme qui n'a pas porté l'enfant, d'apparaître comme la seconde mère sur l'acte de naissance de l'enfant sans devoir saisir le juge de l'adoption. En Belgique, dès lors que le couple de femmes est marié, la conjointe de celle qui met au monde un enfant sera automatiquement tenue pour la co-parente de l'enfant. Si le couple n'est pas marié, et sous réserve que la mère de naissance y consente, la compagne pourra reconnaître l'enfant. Au Québec, la réglementation participe d'une logique similaire : même dans le cas de l'assistance à la procréation par relation sexuelle, les couples de femmes mariées ou non peuvent établir dès la naissance la maternité de chacune d'elles. Il faudra néanmoins que soit accomplie, par l'une ou l'autre des deux femmes, une déclaration à l'état civil de la maternité de celle qui n'a pas accouché. Il faut donc souligner qu'en Belgique comme au Québec, les règles permettant l'établissement de la parenté dans les couples hétérosexuels ont été transposées aux couples de femmes qui veulent fonder une famille. L'Espagne, en dehors de la Catalogne, qui se rattache pleinement au courant représenté par la Belgique et le Québec, ne s'est pas engagée dans la voie d'une complète assimilation entre couples hétérosexuels et couples lesbiens. Toutefois un dispositif particulier permet aux deux femmes, si elles sont mariées, de pouvoir être tenues pour les deux mères de l'enfant sans passer par une procédure d'adoption. Il suffit pour la conjointe qui n'a pas porté l'enfant de faire une déclaration de maternité devant l'officier de l'état civil. En revanche, si les deux femmes ne sont pas mariées, une procédure d'adoption est nécessaire pour faire établir un lien de parenté entre l'enfant et la compagne de sa mère, sous réserve de tempéraments ouvrant la possibilité de faire établir sa parenté légale au moyen de la possession d'état.

Le modèle français de l'AMP, sous-tendu par une conception médicale qui réserve ce traitement aux couples hétérosexuels stériles, contribue à singulariser le droit français de la famille qui résiste à la tendance croissante, dans les trois autres pays étudiés, vers une élaboration d'un droit commun de la filiation par don de gamètes, applicable aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples de femmes. En France, en effet, contrairement à ces trois pays, l'AMP n'est pas autorisée aux couples de femmes, et l'enfant ne peut avoir deux mères à la naissance. Seule la mère porteuse³ sera considérée comme mère légale, l'autre

³ Dans le cadre du recours à une PMA par un couple de femmes, l'expression « mère porteuse » désigne celle des deux femmes qui a porté l'enfant. Dans le cadre de la GPA, nous préférons les expressions « gestatrice » ou

devant adopter l'enfant avec le consentement de la première pour voir reconnaître sa maternité. Concernant l'adoption de l'enfant de la conjointe, conçu grâce au recours à une AMP à l'étranger, la plupart des tribunaux suivent les avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation et acceptent de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe. En définitive, la solution française pour reconnaître la famille constituée par un couple de femmes qui a eu un enfant par don de sperme reste un compromis qui ne permet l'établissement des deux liens de filiation maternelle que de manière successive. Aucune forme d'expression juridique *ab initio* et concomitante des deux maternités n'est possible. La famille homoparentale fonctionne selon le modèle de la greffe par adoption, elle n'est pas encore revêtue de la légitimité qui permet de faire l'économie du recours au juge pour se rattacher un enfant.

Quant à la situation en France des enfants nés par GPA, elle est assurément plus rigoureuse que dans les autres pays étudiés dans ce rapport. Cette singularité peut paraître étonnante à première vue puisque, comme la France, tous les pays envisagés considèrent les conventions de GPA comme des conventions frappées de nullité.

Ce qui différencie le droit interne français, ce sont les sanctions pénales qui frappent, plus qu'ailleurs, les intermédiaires et les couples qui auraient conclu de telles conventions et voudraient se faire passer pour les parents légaux de l'enfant né d'une autre femme. Cette singularité s'explique notamment par l'attachement de l'ordre juridique français aux principes inscrits dans le Code civil sur le respect du corps humain. Le résultat est qu'aucune pratique de GPA ne s'est développée en France et que, par conséquent, le droit français ne s'est pas familiarisé avec des pratiques de procréation accompagnées et régulées par des acteurs médicaux ou institutionnels, comme en Belgique et au Québec, où le droit civil, flexible, a dû, et pu, s'adapter de façon à rattacher l'enfant à ses deux parents d'intention, par adoption et plus récemment, par reconnaissance directe. Il faut ajouter que dans ces deux pays la primauté accordée à l'intérêt de l'enfant n'est pas aussi fortement concurrencée par la préoccupation du respect de l'ordre public qu'en France.

Le choc avec la pratique des GPA transfrontalières a donc été plus violent en droit français qu'en droit belge ou québécois. Les juges français confrontés à ces pratiques ont ainsi systématiquement dressé les barrières de l'ordre public ou de la fraude à la loi pour refuser la reconnaissance des enfants nés à l'étranger par GPA.

Malgré la condamnation sans ambiguïté de la France par la CEDH en 2014, les juges français semblent résister à ce mouvement de régularisation de la filiation de l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger. La condition posée à la transcription des actes étrangers, la conformité à la réalité, pourrait être un obstacle insurmontable à la reconnaissance de la parenté d'intention si l'interprétation biologique de cette conformité devait perdurer.

Là encore la France se singularise par rapport à sa voisine l'Espagne qui a pourtant longtemps opposé une même intransigeance aux pratiques de GPA transfrontalières. En Espagne, en effet, avant même les décisions de la CEDH que les juridictions judiciaires sont récalcitrantes à appliquer, l'administration responsable du registre de l'état civil s'était montrée plus conciliante en proposant une voie médiane pour reconnaître les actes de naissance établis à l'étranger.

Ce rapport ne se limite pas à une analyse comparée de la réglementation sur l'AMP et la GPA. Il s'enrichit d'une enquête de terrain menée sous la forme d'entretiens avec tous les acteurs concernés. Cette démarche permet de découvrir la manière dont les familles se

« femme porteuse » afin de mettre l'accent sur le rôle qu'elle joue pour les futurs parents qui la sollicitent et pour le futur enfant qu'elle porte et pour éviter d'associer, sans y réfléchir, gestation et maternité.

confrontent avec le droit et la justice, les interrogations et parfois l'embarras des juges confrontés à ces demandes.

3. La situation juridique des familles rencontrées et les entretiens avec des magistrats

- Le vécu et les représentations des familles

Les projets parentaux des couples ayant eu recours à une PMA ou à une GPA à l'étranger sont de nature conjugale, ce qui explique d'ailleurs en grande partie qu'ils aient choisi de recourir à un don pour procréer. Dans leurs représentations de ce qu'est une famille, les dimensions biogénétiques et électives sont toutes deux également présentes. Même si une seule personne au sein du couple est reliée biologiquement à l'enfant, les deux se sentent parents et souhaitent que la filiation soit établie à l'égard de chacun, notamment pour inscrire leur enfant dans leurs lignées respectives.

Tous les couples de femmes rencontrés se sont mariés et ont déposé une requête en adoption de l'enfant de la conjointe, avec ou sans avocat. La plupart ont produit – mais pas toujours à la demande du juge – des témoignages de leur entourage attestant de leur rôle maternel auprès de l'enfant. Certains couples ont dû se soumettre à une enquête de police, ce qui n'a pas toujours été bien vécu. Tous les couples ont obtenu le prononcé de l'adoption.

Les couples de femmes françaises ou binationaux installées au Québec sont aux prises avec de sérieuses difficultés pour faire reconnaître en France l'état civil québécois de leur enfant qui mentionne deux mères dès la naissance. Dans certaines de ces familles, l'enfant possède deux états civils différents : un état civil canadien mentionnant leurs deux mères et un état civil français n'indiquant que celle qui l'a mis au monde. Les familles qui n'ont pu se résoudre à « supprimer » une mère pour obtenir un état civil français ont dû renoncer à la reconnaissance de leurs liens de filiation en France et à l'obtention de la nationalité française pour leur enfant, alors même qu'elles y ont conservé des liens étroits et qu'elles n'excluent pas de s'y réinstaller.

Quant aux couples ayant eu recours à une GPA, seuls deux couples d'hommes parmi ceux que nous avons interviewés ont demandé et obtenu la transcription de l'acte de naissance de l'enfant rédigé à l'étranger. L'un des couples a obtenu l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ces deux cas, la femme porteuse était mentionnée sur l'acte de naissance, ce qui explique, au regard du droit positif, que la transcription ait pu être autorisée. Dans tous les cas où les deux pères étaient mentionnés sur l'acte de naissance étranger, que ce soit dès la naissance ou suite à une procédure par laquelle la femme porteuse initialement mentionnée sur l'acte de naissance avait consenti à l'adoption de l'enfant par le compagnon du père et renoncé à ses droits parentaux, aucun n'a tenté de faire transcrire l'acte de naissance. Indépendamment de la démarche effectuée, ou non, pour obtenir la transcription de l'acte de naissance, plusieurs couples ont demandé et obtenu avec des délais très variables, un certificat de nationalité française pour l'enfant.

L'expérience que certains couples de femmes ont eu de la procédure imposée par quelques tribunaux qui exigeaient la production de témoignages, une enquête de police, une convocation au commissariat voire, dans quelques cas, une audience, impose de réfléchir à la disparité des attentes d'un tribunal à l'autre, à la nécessité de ces exigences et à leur dimension symbolique. Avoir à demander des lettres à son entourage pour attester que l'on se comporte comme des parents n'est pas un acte anodin ni indolore. Être convoquée par la police ou recevoir une brigade des mineurs chez soi a toujours été vécu comme angoissant et traumatisant. Pour quelques-unes, quand il a été organisé une audience, ce moment de convocation devant la Cour a aussi été une source d'angoisse supplémentaire. Ces couples

témoignent aussi du fait qu'elles se sont souvent senties démunies et peu informées, qu'elles s'étonnaient qu'autant de vérifications puissent être demandées et que, d'un TGI à l'autre, le traitement des dossiers puisse être aussi différent. Il faut également noter que parmi les juges rencontrés en France, plusieurs n'ont jamais demandé de témoignages ni d'enquête de police et quelques-uns étaient étonnés que l'on ait ce genre d'exigences envers des couples de même sexe, alors qu'on ne les a pas envers des couples de sexe différent.

- **L'embarras des juges face à des dispositifs juridiques inachevés**

Bon nombre des magistrats rencontrés constatent que la réforme initiée par la loi de mai 2013 est inachevée. L'interdiction a été maintenue pour les couples de femmes d'accéder à l'AMP, alors même que la loi ouvrait le mariage aux couples de même sexe. Cela leur paraît être contradictoire et maintenir une grande ambiguïté quant à la légitimité des couples de même sexe à être parents d'un même enfant. A propos de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, une expression est souvent revenue chez les juges : la loi est « *restée au milieu du gué* ». Leur analyse rejoint le point de vue des familles rencontrées et révèle certaines insuffisances de la loi en France.

L'examen des discours des juges rencontrés en France illustre l'embarras d'un certain nombre quant à la manière de considérer le donneur de sperme. Ils éprouvent un grand besoin d'échange d'expériences et ils recherchent des informations auprès de ceux qu'ils perçoivent comme les plus expérimentés en matière de filiation homoparentale, dont le parquet civil de Nantes compétent pour ce qui concerne l'état civil des Français de l'Etranger. Peu de formations (voire aucune) leur sont proposées sur les configurations familiales contemporaines ; si bien que, souvent, ils forgent leur point de vue sur la base d'éléments glanés notamment dans le débat public. Il est par conséquent difficile pour un juge, par exemple, de cerner avec certitude ce que représente un donneur de sperme, *a fortiori* s'il est connu, dans la vie d'un enfant élevé par deux femmes. Il s'agit alors pour quelques magistrats de chercher à savoir s'il n'est pas susceptible un jour de reconnaître l'enfant.

4. Quelques pistes de réflexion et propositions

- **Repenser et réorganiser l'assistance médicale à la procréation en France**

Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans son avis n° 126 du 15 juin 2017, s'est montré favorable à ce que les couples de femmes et les femmes seules puissent accéder légalement à l'AMP en France. L'équipe de recherche pense qu'il faut mettre cette question à l'ordre du jour, initier un débat éclairé, loin de toute invective, et ouvrir cette solution.

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes leur permettrait de ne plus avoir nécessairement à passer les frontières pour recourir à des cliniques privées d'aide à la procréation dans un pays étranger. La loi devrait leur proposer une véritable alternative sûre au plan sanitaire et juridique sur le territoire national, sans empêcher les femmes qui le souhaitent de recourir à un donneur de sperme connu, hors du circuit médical.

Il va sans dire que cette proposition ne peut être envisagée en faisant l'économie d'un questionnement sur le financement qui y serait associé. A l'écoute des matériaux recueillis dans notre enquête de terrain, une des questions éthiques que posent les recours par les couples de Françaises à une IAD dans un pays frontalier tient au fait que seuls ceux qui peuvent se le permettre financièrement peuvent y avoir accès. Envisager par conséquent l'ouverture de la PMA aux couples de femmes (mais aussi aux femmes seules du reste) impose donc également de s'interroger sur l'accessibilité financière de cette pratique. Il faut se méfier d'une rupture avec le modèle universaliste d'accès à la médecine en France : même

si on est bien conscient que la solidarité nationale a des limites, une solution telle que celle envisagée par le CCNE instaure une hiérarchie dans l'accès aux services dans la mesure où la gratuité serait réservée aux couples hétérosexuels et où, par conséquent, seules les femmes les plus aisées pourraient accéder au don de gamètes.

Pour ce qui concerne l'établissement de la filiation dans ce contexte, nous pensons qu'il serait souhaitable de faire en sorte que les personnes engagées dans un processus d'AMP avec don de gamètes soient reconnues comme les parents dès la naissance de l'enfant, sans recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint, dispositif en réalité prévu dans le droit pour d'autres configurations.

- **Mieux distinguer origines et filiation**

Compte tenu des confusions à ce sujet observées dans les entretiens effectués, il nous paraît nécessaire de mener un véritable débat sur la manière de mieux distinguer la conception biologique et la filiation, lien institué par le droit. Il n'est pas toujours très clair dans l'esprit de tous qu'il ne suffit pas d'avoir contribué à la conception d'un enfant pour en être un parent, ni qu'un donneur de sperme dont on connaîtrait l'identité n'est pas nécessairement un père potentiel.

En France, contrairement au Québec qui prévoit d'établir la double filiation maternelle y compris lorsque le don de sperme a eu lieu par relation sexuelle (le donneur a toutefois un an pour faire reconnaître sa paternité), les couples de femmes qui ont recours à un donneur connu, notamment parce qu'elles souhaitent que l'enfant puisse connaître ses origines, courent le risque que ce dernier établisse un lien de filiation paternelle. Pour elles, origines et paternité sont bien distinctes mais certaines de celles qui choisissent le don anonyme médicalisé, et qui excluent même le don semi-anonyme, le font parce qu'elles craignent que le géniteur puisse devenir un père. Les avis des couples de femmes concernant l'accès aux origines ne sont pas plus unanimes que dans le reste de la société. La réflexion sur l'accès aux origines ne pourra s'apaiser qu'en cessant de confondre la filiation, instituée par le droit, et les origines.

Qu'il s'agisse de dons de gamètes ou de GPA, nos représentations rendent difficile d'envisager l'existence simultanée de parents qui n'ont pas procréé et de tiers qui contribuent à la naissance d'un enfant sans être parents eux-mêmes. Distinguer un géniteur d'un père débouche sur une réflexion portant sur l'anonymat des dons de gamètes. En effet, pour faire cette distinction il n'est pas nécessaire de passer par l'effacement pur et simple des géniteurs. Distinguer une femme porteuse d'une mère, outre un débat sur la possibilité d'encadrer légalement la GPA de manière à ce qu'elle soit la plus éthique possible, conduit à un questionnement du rôle de l'accouchement pour établir la maternité.

La question de l'origine de l'enfant ne se pose bien évidemment pas seulement dans les familles homoparentales mais se pose aussi dans les situations où des couples hétérosexuels recourent à une procréation assistée avec don de gamètes. Mais, aux yeux de certains magistrats interrogés, elle a ceci de spécifique que la deuxième mère ne peut pas se substituer au donneur de sperme. L'anonymat du donneur de sperme dans une famille hétéroparentale ne poserait pas le même problème puisque tout est organisé pour que le père passe pour être le géniteur.

Il apparaît donc nécessaire de mener une réflexion approfondie sur la manière dont on peut rendre davantage évident le fait que participer à la conception d'un enfant ne fait pas de soi nécessairement ni automatiquement un parent. Mais aussi sur l'idée que peuvent coexister de manière concomitante et non exclusive aux côtés de l'enfant les parents qui l'élèvent et en

prennent soin (et qui sont reconnus comme les parents par l'état civil), dont l'un l'a aussi éventuellement procréé, et une personne qui aura permis sa venue au monde en participant à sa conception mais sans prendre part activement à son éducation.

- **Ouvrir l'adoption aux non-mariés**

Plusieurs femmes rencontrées ne se seraient pas mariées si le mariage ne leur ouvrait pas la possibilité de l'adoption de l'enfant de la conjointe. De leur côté, plusieurs juges ont critiqué l'obligation faite aux couples de devoir se marier pour pouvoir procéder à l'adoption. Ceux-ci suggèrent non seulement de détacher le mariage de l'adoption mais aussi d'ouvrir l'adoption aux couples non mariés. Ce prérequis du mariage pour pouvoir adopter est un reliquat d'une époque où seul le mariage procurait aux enfants une filiation légitime. Or la notion de filiation légitime a disparu du code civil depuis juillet 2005 et il n'y a plus aucune différence juridique entre les enfants nés hors mariage ou dans le mariage. De plus les statistiques nationales montrent qu'en France le mariage n'est plus la condition nécessaire pour devenir parent, puisque près de 60% des naissances en 2016 avaient eu lieu hors mariage. De la même façon que le Québec l'a fait, supprimer la condition du mariage serait cohérente avec le droit de la famille et toutes les dispositions antérieures qui ont délié le mariage de la filiation.

- **Réduire les délais d'obtention de la nationalité française pour les enfants nés d'une GPA et ayant un parent français**

Le droit positif garantit la transmission de la nationalité française aux enfants nés de GPA et ayant au moins un parent français. La garde des sceaux de l'époque avait émis en janvier 2013 une circulaire visant à faciliter cette transmission dans l'ensemble de ces cas. L'expérience des familles rencontrées démontre que les délais sont anormalement longs (parfois elles n'ont obtenu aucune réponse un an après leur demande d'un certificat de nationalité française) et qu'elles sont parfois conduites à faire des recours. Il faut améliorer l'effectivité de cette règle.

- **Transcrire la filiation des parents d'un enfant né de GPA**

La situation actuelle qui ne garantit pas l'établissement, à l'état civil français, de la filiation d'un enfant, né de GPA à l'étranger, qui dispose d'un acte de naissance établi selon les règles en vigueur dans son pays de naissance, n'est pas satisfaisante. Elle n'est notamment pas cohérente avec la manière dont la famille vit et est perçue au quotidien.

Au terme de la recherche que nous avons menée, il nous apparaît nécessaire de garantir la filiation avec les deux parents « intentionnels » d'un enfant né d'une GPA à l'étranger dès lors que son acte de naissance a été légalement établi dans le pays de naissance de l'enfant. L'enfant entrerait alors véritablement du point de vue de l'état civil français dans chacune des lignées de ses propres parents et y acquerrait les droits et les devoirs afférents.

La précarité qui pesait sur le statut familial des enfants nés par GPA à l'étranger semble en passe d'être levée. La parenté fondée sur un lien biologique est désormais reconnue sans encombre. Quant à la parenté d'intention, elle restait jusqu'à très récemment incertaine : aucune procédure ne permettait d'en obtenir une reconnaissance directe, par le biais d'une transcription, et la reconstruction, par le canal de l'adoption, rencontrait des obstacles. Toutefois le droit positif vient d'être modifié à la suite de plusieurs pourvois introduits devant la Cour de cassation, les uns portant sur le refus par certains juges de la Cour d'appel de Rennes de transcrire la mention du parent d'intention, un autre ayant été introduit dans l'affaire de la Cour d'appel de Dijon qui avait refusé la voie de l'adoption. La Cour s'est prononcée

dans plusieurs arrêts en date du 5 juillet 2017 : elle laisse fermée la voie de la reconnaissance directe du parent d'intention, époux ou épouse du père légal (et biologique), mais elle affirme que l'adoption intra-conjugale permettra ultérieurement de reconstruire un lien entre celui-ci et son enfant.

Mener un débat éclairé en France sur l'encadrement de la GPA

En France, le cadre réglementaire n'a pas été modifié depuis 1994 alors même que les pratiques de GPA transfrontières n'ont cessé de convoquer les juges et de mettre à dure épreuve la résistance de l'interdiction. Le cadre juridique actuel mène à des confusions, les juges l'ont souvent répété dans les entretiens et l'analyse du droit présentée dans ce rapport en montre des illustrations. Tant sur le plan du droit privé que sur le plan du droit pénal, l'efficacité des règles peut être questionnée.

Nous pensons qu'il doit être organisé en France un débat sur les contours de l'AMP. La GPA n'est-elle pas une autre façon de faire un enfant, sur la base d'un don, un don d'une nature particulière et qui exige, au minimum, de faire l'objet d'un encadrement spécifique à ce titre ? C'est un débat en cours aujourd'hui au Québec. Même si cette évolution ne fait pas unanimité, l'interdiction de la GPA au nom de l'ordre public est de plus en plus remise en question. Ce repli de l'ordre public en ce qui concerne la GPA est palpable en France, quoique beaucoup plus lent.

- Participer à une convention internationale qui régulerait la GPA

Une autre réflexion s'impose : n'est-il pas nécessaire que la France participe activement à une concertation internationale relative à la GPA ? Certains juges l'ont présenté comme la seule solution. La conférence de La Haye a certes initié une réflexion internationale sur l'encadrement de la GPA mais elle avance lentement. Nous croyons qu'il est nécessaire que la contribution française s'appuie sur un débat éclairé au sein de la société française.

Il sera indispensable, dans le cadre de cette discussion, de définir, malgré la difficulté inhérente à une telle réflexion, les conditions nécessaires pour garantir qu'une GPA soit éthique, en discutant ce qui est ou non acceptable pour chacune des parties. D'une part, il s'agit de déterminer si le fait de porter un enfant pour autrui nécessite ou non une compensation, y compris financière. D'autre part, il s'agit de savoir si la GPA peut être organisée par des intermédiaires commerciaux.

- Pour conclure

Voilà bien humblement le fruit de nos réflexions. Jacques Commaille a dit : « que l'enfant soit né d'une procréation naturelle, d'une procréation médicalement assistée ou qu'il soit adopté, sa filiation reste essentiellement sociale. L'enseignement majeur est donc la nécessité de fixer des règles, mais des règles assurant des liens sociaux pacifiés »⁴. S'inspirant de cette vision du droit dans le contexte des transformations contemporaines de la famille, nous espérons vivement que le travail réalisé dans ce rapport pourra alimenter la réflexion des juges, des avocats et des familles et qu'il saura aussi éclairer le débat sur l'AMP et la GPA, peut-être à la faveur d'une prochaine loi famille ou à l'occasion de la future révision des lois de bioéthique, d'une façon constructive.

⁴ Cette affirmation est tirée d'une préface du livre suivant : B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, 2014, Bruxelles, Bruylant, à la p. 20. Voir aussi J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?* (coll. Folio essais), 2015, Paris, Gallimard.

Le recours transnational à la reproduction assistée avec don. Perspective franco-québécoise et comparaison internationale. RAPPORT FINAL
Sous la direction scientifique de Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIES

L'équipe de recherche

- Hubert BOSSE-PLATIERE, professeur de droit privé, Université de Bourgogne, CREDESPO, France
- Laurence BRUNET, chercheuse associée, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université de Paris I, France
- Jérôme COURDURIES, maître de conférences en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès, LISST-CAS, France
- Michelle GIROUX, professeure titulaire, Faculté de droit, Section de Droit civil et membre du Laboratoire interdisciplinaire de recherche sur les droits de l'enfant et du Centre de droit, politique et éthique de la santé, à l'Université d'Ottawa, Canada
- Martine GROSS, sociologue, CNRS-EHESS, CéSor, France
- Carmen LAVALLEE, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Canada
- Hélène MALMANCHE, doctorante en sociologie à l'EHESS, France
- Susana NAVAS NAVARRO, professeure de droit privé, Université autonome de Barcelone, Espagne
- Anne-Marie PICHE, professeure en travail social, Université du Québec à Montréal
- Marta ROCA I ESCODA, maître d'enseignement et de recherche, Centre en Etudes Genre ISS-SSP Université de Lausanne, Suisse
- Jehanne SOSSON, professeure, Faculté de droit, Université catholique de Louvain, Belgique

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 215.03.24.25 et n° 215.04.01.26 et Avenant n° 1 à la Convention n° 215.03.24.25). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

REMERCIEMENTS

Les chercheurs adressent leurs plus sincères remerciements aux familles, aux juges, incluant les juges en chef des différents tribunaux au Québec, aux avocat.es en France et au Québec (Montréal) ainsi qu'à la Consule de France à Québec et à l'agent consulaire de la France à Montréal qui ont bien voulu leur accorder un entretien, malgré parfois des agendas bien chargés.

Nous remercions la Mission de recherche Droit & Justice pour le financement accordé à ce projet et pour son soutien tout au long du projet. Merci aussi à nos facultés et institutions respectives pour leur support en particulier à la délégation régionale du CNRS Midi Pyrénées et à Marie-Ange Parisot, en charge de la gestion du programme en France. Nous sommes également très reconnaissants envers Mme Claire R. Gauvreau, adjointe administrative à la Faculté de droit, Section de droit civil à l'Université d'Ottawa pour son soutien exceptionnel à l'édition finale de ce rapport ainsi que mesdames Pascale Klees-Themens et Laury Lavoie-Cossette, toutes deux étudiantes à la Faculté de droit, Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

Nous avons également une pensée reconnaissante à l'égard de Mme Hélène Malmanche, doctorante à l'EHESS et membre de l'équipe qui a fait une relecture assidue de certaines parties du rapport.

La réalisation des entretiens, la confection des guides d'entretien et l'analyse de ces derniers n'auraient pas été possibles sans le travail des professeur.es Carmen Lavallée, Anne-Marie Piché et Hubert Bosse-Platière.

Nous sommes redevables envers les membres de l'équipe qui ont préparé les rapports de droit comparé : Jehanne Sosson et Hélène Malmanche pour la Belgique et Susana Navas Navarro et Marta Roca i Escoda pour l'Espagne.

Nos remerciements ne seraient pas complets si on ne prenait pas le temps de dire combien nous avons apprécié le gîte offert en Bretagne par Laurence et François pour nous permettre d'avancer dans la rédaction du rapport. Merci pour les beaux souvenirs de collégialité et d'amitié qui resteront bien gravés dans nos mémoires, au-delà de ce projet de recherche.

Les auteur.es tiennent finalement à dire un merci tout spécial à leur famille respective pour le soutien lors des nombreuses heures de travail : merci Patricia, Laurent, François, Eric, Julien et Paul, Armance et Héloïse d'avoir été aussi compréhensifs, surtout dans la dernière ligne droite de la rédaction de ce rapport.

SOMMAIRE

Remerciements	5
SOMMAIRE	7
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
Introduction	13
1. Méthodologie et population enquêtée	21
2. Etat du droit sur la question de l'établissement de la filiation en cas de PMA ou de GPA	31
3. Parcours familiaux	101
4. Les familles confrontées au droit : étude de cas	141
5 Paradoxes et insuffisances du droit	173
Conclusions	215
Bibliographie	227
Annexe 1 : Guides d'entretien	241
Annexe 2 : Caractéristiques sociodémographiques des couples de femmes rencontrés en France	259
Annexe 3 : Caractéristiques sociodémographique des couples ayant eu recours à la GPA	262
Annexe 4 : Caractéristiques sociodémographiques des couples de femmes au Québec	268
Annexe 5 : Actualités concernant la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée et l'adoption en Espagne Approche sociologique et juridique	271
Table des matières	303

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ACORD	Association « Assessorament, counselling, orientació i recursos per a dones lesbianes, bisexuals i transsexuals »
AEDIPr	Anuario espanol de derecho internacional privado
AJ Famille	L'Actualité juridique : Famille
AMP	Assistance médicale à la procréation
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale (France)
Bac	Baccalauréat
B.-C.	British Columbia
BGH	Bundergerichtshof (Cour fédérale allemande)
CA	Cour d'appel (Québec ou France)
C.A. Bruxelles	Cour d'appel de Bruxelles
Cass	Cour de cassation
Cass, civ	Cour de cassation, civile
CC	Code civil (Espagne)
CCAA	Communautés autonomes en Espagne
C. civ	Code civil (France)
CCNE	Conseil consultatif national d'éthique
C.c.Q.	Code civil du Québec
CE	Conseil d'état
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chr	chronique
Civ	Cour de cassation, civile
C.J.F.L.	Canadian Journal of Family Law
CNF	Certificat de nationalité française
C. procéd. Civ.	Code de procédure civile (France)
CSBE	Commissaire à la santé et au bien-être (Québec)
CNRS	Centre national de recherche scientifique
CoRP	Collectif pour le respect de la personne
C.S.C.	Cour suprême du Canada
CSM	Conseil supérieur de la Magistrature
CSP	Code de la santé publique (France)
D	Dalloz

DC	Droit constitutionnel
DIP	Droit international privé
Dt fam	Droit de la famille
DGRN	Direction générale des Registres et du Notariat
DPAP	Partage de l'autorité parentale
EHESS	Ecole des hautes études en sciences sociales
EYB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
FIV	Fécondation in vitro
FLG	Familles lesbiennes et gaies
GIP	Groupement d'intérêt public
G.O.	Gazette officielle
GPA	Gestation pour autrui
HCCH	Conférence de la Haye de droit international privé
IAD	Insémination artificielle avec don de sperme
ILP	Projet de loi émanant de la société civile
INSEE	Institut National de la statistique et des études économiques
ISFL	International Society of Family Law
ISS-SSP politiques	Institut des sciences sociales- Sciences sociales et
IUF	Institut Universitaire de France
JCP	Juris-Classeur périodique
J.Q.	Jurisprudence du Québec
L.C.	Loi du Canada
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGBT	Lesbienne, Gay, Bisexuel et Trans
Loi du RC	Loi du registre civil (Espagne)
L.Q.	Loi du Québec
LRC	Loi sur les Registres civils (Espagne)
L.R.Q.	Loi refondue du Québec
LTB	Lesbienne, trans et bisexuel-le
LTRHA	Ley tecnicas de reproduccion humana asistida
NS. Règ.	Règlement de la Nouvelle-Écosse
Obs.	Observations
ONCA	Cour d'appel de l'Ontario

OPECST scientifiques et techniques	Office parlementaire d'évaluation des choix
PACS	Pacte civil de solidarité
PMA	Procréation médicalement assistée
PPA	Procréation pour autrui
PUF	Presses universitaires de France
QCCA	Québec, Cour d'appel
QCCQ	Québec, Cour du Québec
QCCS	Québec, Cour supérieure
r.	Règlement
Rapp	Rapport
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême
R. du B.	Revue du Barreau
R. du N.	Revue du Notariat
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
REDI	RevistaeEspanola de derecho internacional
REDUR Rioja	Revista electronica de derecho universidad de la
Rés.	Résolution
Rev. crit.	Revue critique
RG	Répertoire général
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
RJQ	Recueils de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
RLRQ	Recueil des Lois refondues du Québec
ROPA	Réception d'ovocytes de la partenaire
RRC	Règlement du Registre civil (Espagne)
R.S.N.S.	Statut refondu de la Nouvelle-Écosse
R.S.O.	Statut refondu de l'Ontario
R.T. Can.	Recueil des traités du Canada
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)
R.U.	Royaume-Uni
S.A.	Statut de l'Alberta
S.B.C.,	Statut de la Colombie-Britannique
S.N.L.	Statut de Terre-Neuve-Labrador
S.O.	Statut de l'Ontario

TGI	Tribunal de Grande Instance
T.G.R.	Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak
TRA	Techniques de reproduction assistée
TS	Tribunal suprême (Espagne)
UE	Union européenne

INTRODUCTION

Aspects administratifs du projet

En 2015, la Mission de recherche Droit & Justice a retenu notre proposition, suite à un appel à projet intitulé *Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*. Conformément à l'article 6-4 des conventions entre les Universités d'Ottawa et de Toulouse et la Mission de recherche Droit & Justice¹, nous vous soumettons les *Résultats de la recherche* dont le rapport final est la partie principale. Le rapport ne présente que l'essentiel de cette étude puisque cette dernière a en outre conduit à des communications et à des publications².

L'équipe de recherche

L'équipe de recherche est multidisciplinaire ; elle regroupe des chercheurs en droit, sociologie, anthropologie et travail social. Elle est composée des chercheurs suivants provenant de la France, mais également de la Belgique, du Canada et de l'Espagne :

- Hubert Bosse-Platière, professeur de droit privé, Université de Bourgogne, CREDESPO ;
- Laurence Brunet, chercheuse associée, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Université de Paris I ;
- Jérôme Courduriès, Maître de conférences en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès, LISST-CAS ;
- Michelle Giroux, Professeure titulaire, Faculté de droit, Section de Droit civil et membre du Laboratoire interdisciplinaire de recherche sur les droits de l'enfant et du Centre de droit, politique et éthique de la santé, à l'Université d'Ottawa ;
- Martine Gross, sociologue, CNRS-EHESS, Césor ;

¹ Les conventions portent les numéros de référence 14.20 A et B. En avril 2017, un avenant est venu compléter ces conventions.

² Communications : 1. « Les magistrats français face aux demandes d'adoption intraconjugale des couples de femmes », Congrès de l'Association internationale des sociologues de langue française, 4-8 juillet 2016, Montréal ; 2. « Analyse comparée franco-qubécoise du droit applicable aux couples de parents de même sexe à la lumière de données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec », Colloque de l'Association internationale des démographes de langue française, 21-24 juin 2016, Strasbourg (Cette communication sera l'objet d'une publication dans les actes du colloque à paraître). 3. Vers un droit à l'enfant ? Etat généraux de la recherche sur le Droit et la Justice, 30 janvier-2 février 2017, Paris ; 4. Empirical research on Surrogacy : A comparison respecting how judges, lawyers, and families consider the question in France and in Quebec, Surrogacy in Canada- Critical Perspectives in Law and Policy, 17-18 mai 2017, Ottawa, Canada ; 5. À venir-Family law governing parental status and family de facto stories : Lessons from an empirical research conducted in France and in Québec, ISFL Conférence 2017 – Family Law and Family Realities, 25 au 30 juillet 2017, Amsterdam, Pays-Bas.

Publications : 1. M. GROSS, L. BRUNET, & M. GIROUX, (A paraître). Les juges français et la gestation pour autrui. In I. COTE, J. COURDURIÉS, & K. LAVOIE (Eds.), Perspectives internationales sur la gestation pour autrui : expériences des personnes concernées et contextes d'action: Presses Universitaires du Québec ; 2. J. COURDURIÉS, (A paraître). 2017. « La lignée et la nation. État civil, nationalité et gestation pour autrui », Genèses, Dossier « La reproduction nationale », 3 (107) ; J. COURDURIÉS, 2017. « Nommer son enfant dans les couples de même sexe. », Clio, Femmes, Genre, Histoire, 44, Dossier « Le nom des femmes », pp. 151-169.

- Carmen Lavallée, avocate et professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke ;
- Susana Navas Navarro, Professeure de droit privé, Université autonome de Barcelone ;
- Anne-Marie Piché, Professeure en travail social, Université du Québec à Montréal ;
- Jehanne Sosson, Professeure, Faculté de droit, Université catholique de Louvain.

L'équipe de recherche a été augmentée de deux personnes en cours de projet :

- Hélène Malmanche, doctorante en sociologie à l'EHESS, depuis septembre 2015, sous la direction conjointe de Irène Théry, Directrice d'Études à l'EHESS et de Jennifer Merchant, Professeure à l'Université Paris 2 et membre de l'IUF ;
- Marta Roca i Escoda, Maître d'enseignement et de recherche, Centre en Etudes Genre ISS-SSP Université de Lausanne Géopolis - CH 1015 Lausanne.

Rappel de l'objet de la recherche

Aujourd'hui, les personnes en désir d'enfant font preuve d'une imagination exceptionnelle pour réaliser leur projet. Il faut dire que l'évolution et la diversification des techniques de procréation médicalement assistée³ (PMA) augmentent considérablement les possibilités de voir se réaliser leur projet parental. Cependant l'accès à ces techniques est dépendant des différentes législations qui encadrent juridiquement la PMA : en effet, là où un pays interdit ou limite l'accès à certaines techniques, un autre ne le réglementera pas du tout, ou bien l'encadrera de façon plus ou moins restrictive. Ainsi les personnes ne pouvant mener à bien leur projet parental dans leur propre pays sont de plus en plus nombreuses à se tourner vers des pays où l'encadrement juridique leur permettra de le réaliser, entraînant des mobilités transfrontalières relativement inédites.

Ce projet de recherche s'intéresse aux situations où des Français recourent à des techniques de reproduction assistées à l'étranger (insémination artificielle ou fécondation in vitro avec don de sperme pour les couples de femmes et gestation pour autrui - le plus souvent avec recours à une donneuse d'ovocyte différente de la femme porteuse -, pour les couples hétérosexuels et les couples d'hommes) et entendent voir reconnaître leur configuration familiale grâce à une transcription à l'état civil français de l'acte de naissance étranger de l'enfant conçu par gestion pour autrui (GPA), ou via l'adoption de l'enfant du conjoint ou de la conjointe. Comment le droit se met-il en acte concrètement dans ces situations familiales ? Sur quels arguments s'appuient les juges pour prendre leurs décisions ? Quels arguments mobilisent les familles et les avocats qui les conseillent et les procureurs dans leurs réquisitions ? Quels sont les itinéraires juridiques de ces français ?

³ Les expressions « procréation médicalement assistée » (PMA) et « assistance médicale à la procréation » (AMP) seront utilisées dans ce rapport comme des synonymes pour désigner l'ensemble des pratiques médicales permettant la procréation en dehors du processus naturel. L'expression « procréation médicalement assistée » (PMA) est utilisée au Québec et en Belgique. En Espagne on parle de « reproducción asistida ». En France, depuis la loi n°94-654 du 29 juillet 1994, les textes juridiques parlent d'« assistance médicale à la procréation » (AMP) tandis qu'hors du champ juridique, les deux expressions PMA ou AMP sont utilisées indifféremment.

Depuis mai 2013, le Code civil français permet aux couples de même sexe de contracter un mariage. L'adoption étant ouverte aux couples mariés, il permet aussi aux couples de même sexe d'adopter conjointement un enfant ou de recourir à l'adoption plénière ou simple de l'enfant du conjoint. Si bien qu'outre la reconnaissance de ces liens conjugaux, le législateur a institué pour la première fois dans le Code civil le couple de parents de même sexe. Pourtant il ne s'est pas préoccupé de savoir comment l'enfant serait conçu. Or l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) est réservé aux seuls couples formés d'un homme et d'une femme, et de ce fait totalement fermé aux couples de même sexe. Ainsi, pour un couple de femmes, sauf à recourir aux gamètes d'un ami, par relation sexuelle ou insémination « artisanale », la seule issue est de se déplacer dans un pays qui autorise l'insémination artificielle avec donneur. Si celle qui accouche est assurément tenue pour la mère de l'enfant, reste à savoir si la conjointe de la mère peut adopter l'enfant.

En effet, des tribunaux ont accordé à des épouses la possibilité d'adopter l'enfant de leur conjointe. Cependant, dans un certain nombre de cas, les juges ont souhaité connaître le mode de conception de l'enfant et des couples eux-mêmes ont souhaité être tout à fait transparents sur le mode de constitution de leur famille en affirmant avoir eu recours à l'AMP à l'étranger ou à une assistance artisanale à la procréation en France. L'adoption a alors pu être refusée par le tribunal, ou bien, lorsque le juge avait pris une décision favorable, contestée en appel par le procureur. Les motifs invoqués tenaient à la manière dont l'enfant avait été conçu. Certains magistrats ont refusé l'adoption plénière et ont préféré accorder l'adoption simple afin de laisser à un géniteur la possibilité de se manifester, notamment lorsque l'enfant avait été conçu en dehors d'un parcours de PMA en ayant recours à un « donneur connu ». D'autres ont invoqué le mode de conception de l'enfant pour s'opposer à l'adoption de celui-ci par la conjointe de sa mère. Dans ce cas, le fait de bénéficier à l'étranger d'une insémination artificielle interdite en France pour concevoir l'enfant désiré en commun constituait à leurs yeux une fraude à la loi qui interdisait l'adoption de l'enfant « illégalement conçu ». Deux tribunaux ont finalement choisi de suspendre leur décision et de demander son avis à la Cour de cassation, considérant, conformément aux conditions requises par l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire⁴, que la question était nouvelle et difficile à trancher et que, de plus, elle avait fait l'objet de réponses jurisprudentielles disparates. Dans deux avis similaires du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a énoncé que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne faisait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »⁵. La Cour s'en est expliqué dans son communiqué de presse : d'une part, aucun principe essentiel du droit français n'est heurté dans cette situation, d'autre part, la loi du 17 mai 2013 a autorisé l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère sans qu'« aucune restriction relative au mode de conception de l'enfant ne soit mentionnée ». Cet avis a fait céder les dernières résistances, comme en attestent les décisions d'appel récentes⁶.

⁴ Art. L. 441-1 al. 1 : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation. »

Pour une analyse de cet article, voir A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, La saisine pour avis de la Cour de cassation, JCP 1992. I. 1376.

⁵ Cass., avis, 22 sept. 2014 (n° 14-70.006 et n° 14-70.007), *Actualité Juridique famille* 2014, p. 523, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 555, obs. F. CHENEDE ; *Dalloz*, 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER ; *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, p. 1145, note L. BRUNET.

⁶ Voir Aix en Provence, 14 avril 2015 (n° 14/13183 et 14/13137) ; Versailles, 16 avril 2015 (n° 14/05363, n° 14/05368, n° 14/05360, n° 14/04243, n° 14/04245, n° 14/04244) ; Agen, 18 janvier 2016 (n° 15/00850).

En revanche la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger continue d'être partiellement refusée, malgré la condamnation dont la France a été l'objet de la part de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans les arrêts *Mennesson et Labassée c. France* du 26 juin 2014⁷. Même si la nationalité française de ces enfants est désormais acquise (CE 12 décembre 2014⁸), quoiqu'aux termes de délais souvent longs, les obstacles à la transcription des actes de naissance étrangers dans les registres français de l'état civil perdurent. En effet la portée des décisions du 26 juin 2014 de la CEDH fait débat. Celle-ci a souligné que la question de la compatibilité du refus de transcription des actes de naissance étrangers des enfants avec « l'intérêt supérieur des enfants dont le respect doit guider toute décision les concernant » [...] « prenait un relief particulier » lorsque, comme en l'espèce, le père biologique se voyait privé de toute possibilité d'établir sa paternité à l'égard des enfants. Une incertitude demeure : la Cour impose-t-elle de reconnaître la double filiation des enfants à l'égard de son parent biologique et de son parent d'intention ou bien n'oblige-t-elle à reconnaître que la filiation qui correspond à la vérité biologique ?

La question n'a été tranchée que partiellement par la Cour de cassation dans deux décisions du 3 juillet 2015, en raison de la spécificité des affaires dont elle était saisie⁹. Les deux affaires concernaient deux couples d'hommes qui avaient eu recours à une femme porteuse en Russie. Sur l'acte de naissance figuraient le nom d'un des hommes et celui de la femme porteuse. La Cour de cassation n'a donc pas eu à se prononcer sur le statut de l'autre homme, également à l'origine du projet d'enfant, comme elle a pris soin de le souligner. Après avoir « constaté que les actes de naissance étrangers n'étaient ni faux ni irréguliers et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité » conformément à l'article 47 du Code civil¹⁰, elle a considéré que « la convention de gestation pour autrui ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Si la théorie de la fraude à la loi ne peut plus faire barrage à la reconnaissance de la filiation des enfants, le revirement n'est que partiel : le statut de la mère d'intention¹¹ dans un couple de sexe différent ou celui du second père dans un couple d'hommes reste dans la plus grande incertitude, d'autant que la Cour semble subordonner la reconnaissance de la filiation à la concordance avec la réalité biologique, et non à la réalité juridique résultant de l'acte de naissance étranger. La Cour semble ainsi interpréter la réalité dont il est question dans l'article 47 du Code civil comme la réalité biologique. C'est en tout cas cette interprétation biologique de la parenté que les juges de la Cour d'appel de Rennes, jusqu'au revirement du 12 décembre 2016¹², ont fait prévaloir dans toutes leurs décisions : si les parents mentionnés dans l'acte de naissance étranger sont la mère d'intention et le père biologique, alors la transcription sur les registres français sera seulement partielle. La mention de la mère d'intention sera supprimée¹³.

⁷ CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c/France et Labassée c/France*, D. 2014.1773, chr. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 1797, note F. CHENEDE, 1806, note L. D'AVOUT ; AJ Famille 2014, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; JCP 2014. 877, note A. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2011, p. 616, obs. J. HAUSER.

⁸ H. FULCHIRON ET C. BIDAUD-GARON, la circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité française validée, *Dalloz* 2015, p. 357.

⁹ Cass, ass. plén., 3 juillet 2015 (2 arrêts), D. 2015, p. 1481, édito, S. Bollée, p. 1819, note H. FULCHIRON ET C. BIDAUD-GARON ; JCP 2015, p. 1614, note A. GOUTTENOIRE.

¹⁰ L'article 47 dit « 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. ». L'article ne précise pas s'il s'agit d'une conformité à la réalité biologique ou à la réalité juridique.

¹¹ Les parents d'intention ou parents intentionnels désignent les parents à l'origine du projet parental.

¹² Rennes 12 décembre 2016 n° 15/08549, *Droit de la famille* 2017, étude 3, L. BRUNET.

¹³ Rennes 7 mars 2016 n° 178, 15/03855 ; Rennes 7 mars 2016 n° 180, 15/03859 ; Rennes 30 novembre 2015, n° 660, 14/01043 ; Rennes 28 septembre 2015 n° 492, 140/07321 ; Rennes 28 septembre 2015 n° 491/05537 (la

Dans ce contexte, plusieurs questions se posent :

- La médiatisation de la question homoparentale, des débats autour de l'assistance médicale à la procréation et des lois de bioéthique, la proximité de nombreux couples homosexuels avec les réseaux associatifs, la diffusion des informations relatives à ces recours à la médecine procréative à l'étranger sur des sites internet, sur des blogs, dans les médias de tout genre laissent peu de doute quant aux difficultés de voir reconnaître ces situations familiales par les juridictions et l'Etat civil français. Des couples de femmes français ont pourtant sollicité une assistance médicale à la procréation à l'étranger alors même que cette option leur était interdite sur le territoire national et que l'adoption de l'enfant de la conjointe restait incertaine jusqu'aux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014. De même des couples continuent de recourir à une GPA à l'étranger bien qu'ils sachent qu'ils se heurteront à des obstacles pour faire reconnaître la double parenté de leurs enfants. Sur quels ressorts ces décisions ont-elles été prises, alors qu'elles s'avèrent coûteuses à la fois en argent, en temps, en énergie et sur le plan émotionnel ?
- Lorsque les couples de femmes ont décidé de déposer une requête en vue d'adopter l'enfant de la conjointe afin de voir établi un lien de filiation entre l'enfant et son parent jusqu'alors non légal, comment ont-ils constitué leur dossier ? Quels ont été les éléments de leur histoire conjugale et familiale mis en avant et ceux, au contraire, qu'ils ont préféré taire ?
- Ce recours à un don de gamètes ou à une gestation pour autrui dans un pays qui l'autorise, y compris à des non ressortissants, constitue-t-il une « fraude à la loi » française ? C'est la question qui a été soulevée dans des jugements et par certains commentateurs. Concernant le recours à l'AMP avec don de sperme anonyme à l'étranger, ce n'est plus un élément relevé pour empêcher l'adoption intraconjugale. Mais pour ce qui est de la transcription des actes de naissance à l'état civil français pour les enfants nés d'une GPA, la question continue à être posée par des acteurs du monde judiciaire. Immédiatement une question se pose : si cette « fraude à la loi » est retenue, cela constitue-t-il un motif pour refuser de transcrire sur les registres français de l'état civil de l'enfant valablement établi à l'étranger ? Même si cette fraude n'est plus retenue, la reconnaissance de la filiation envers les parents à l'origine du projet d'enfant pourrait-elle être refusée ? Ou bien l'intérêt de l'enfant à voir établie sa filiation à l'égard des parents qui ont souhaité sa mise au monde et qui l'élèvent doit-il toujours prévaloir ? La question même de l'intérêt de l'enfant, sa définition et ses contours font l'objet de discussions. Le fait même que les juridictions saisies de demandes d'adoption de l'enfant du conjoint aient rendu des décisions de nature différente, et que la Cour de cassation ait été saisie de l'impact du recours à une insémination artificielle avec don de sperme anonyme à l'étranger, met en lumière un hiatus important entre préservation de l'ordre public et prise en compte de l'intérêt de l'enfant.
- Face à des situations familiales comparables, des décisions différentes ont été rendues par les juridictions sollicitées, du moins jusqu'aux avis de la Cour de cassation de

septembre 2014, pour ce qui est des demandes d'adoption de l'enfant de la conjointe. On ne peut guère s'en étonner dans un système juridique qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, qui peuvent et doivent juger en leur âme et conscience, notamment lorsque la loi est silencieuse ou incomplète. Toutefois la diversité des décisions et des arguments qui les sous-tendent invite à réfléchir aux fondements des décisions prises par les magistrats du parquet et ceux du siège. Sur quoi s'appuient-ils pour déterminer la licéité ou l'illicéité d'un mode de constitution d'une famille ? Sur quelles bases se forge leur représentation de ce qu'est ou doit être un lien de filiation, dans ces situations où un membre du couple n'a pu voir établie à son égard la filiation de l'enfant dont il a conçu le projet et qui se comporte au quotidien comme un parent ?

- En définitive, les questions posées par ces affaires reviennent à s'interroger sur la définition de ce que sont ou doivent être un parent, un enfant, une filiation, et sur les processus légitimes qui conduisent à la constitution d'une famille.

Les comparaisons internationales (en particulier le cas de l'Espagne qui semble avoir tenu compte beaucoup plus systématiquement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) sont utiles pour décrire et comprendre les logiques juridiques mises en œuvre pour appréhender les situations familiales dans des contextes nationaux différents.

En effet, l'objectif de ce programme de recherche est multiple. Certains pays permettent aux couples hétéro- ou homosexuels de fonder une famille en mettant en œuvre des modes de conception qui sont interdits à leurs homologues français : don de sperme pour les couples de femmes et la GPA pour les couples hétéro- et homosexuels. L'analyse comparée notamment du droit belge sera sur ce point fort utile. Il s'agit d'éclairer les différents acteurs, au premier rang desquels les professionnels de la justice et de l'état civil, le législateur et plus généralement le grand public, sur la situation juridique de leurs ressortissants ayant choisi un de ces modes de procréation. Mais au-delà de la situation juridique, il s'agit de se documenter sur la situation des familles françaises constituées grâce à une GPA à l'étranger ou à une assistance à la procréation réalisée dans un pays voisin pour les couples de femmes, ainsi que sur les logiques qui animent ces parents ayant besoin d'aide pour procréer¹⁴. Il s'agit également d'explorer les arguments et représentations qui sous-tendent l'action des professionnels du monde de la justice, avocats et magistrats, amenés à les accompagner ou à statuer sur leur demande d'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et les deux membres du couple.

Toutes ces interrogations justifient la mise en place de l'enquête socio-anthropologique effectuée dans le cadre de ce projet et jusqu'ici inédite sur le territoire français, auprès des différents acteurs de ces « dossiers » : les parents intentionnels¹⁵ français vivant en France, les avocats et les magistrats. Le projet tel qu'il est constitué nous a également permis de conduire quelques entretiens avec des familles françaises ou binationales ayant choisi le Québec comme terre d'accueil et ayant eu recours à la procréation assistée afin de concevoir un enfant. Ainsi, ces familles font également partie de l'enquête afin d'enrichir la comparaison entre les différents systèmes d'établissement de la filiation dans des situations factuelles

¹⁴ L'infertilité est l'impossibilité de procréer par soi-même. Elle peut être médicalement constatée chez un couple hétérosexuel ou peut être fonctionnelle chez un couple de même sexe.

¹⁵ Nous utilisons l'expression « parents intentionnels » pour désigner les personnes à l'origine du projet d'enfant ; c'est l'expression consacrée par la littérature francophone et anglophone en sciences sociales pour désigner les parents engagés dans un processus d'assistance à la procréation avec intervention d'un tiers. Nous pourrions recourir simplement au mot « parents », mais il est parfois utile de lever toute ambiguïté quant à savoir de qui il est question.

souvent identiques. En effet, la co-parenté est autorisée au Québec en cas d'assistance à la procréation depuis 2002¹⁶. Par ailleurs, l'adoption de l'enfant du conjoint lors d'une gestation pour autrui, quoiqu'au départ contesté, est maintenant admise¹⁷, malgré le fait que la nullité des conventions de procréation et de gestation continue de prévaloir¹⁸. Au Québec, on a ainsi fait primer l'intérêt *in concreto* de l'enfant à voir sa filiation établie sur la nullité de la convention, et par le fait même, on a repoussé l'idée que la fraude à la loi ou l'ordre public contractuel devait empêcher l'établissement de ce lien. Des propositions de réforme¹⁹ ont été récemment formulées afin de faciliter l'établissement de la filiation d'un enfant ainsi conçu, tout en protégeant la femme porteuse²⁰. Les quelques entretiens conduits auprès des avocats et juges québécois sont utiles pour documenter les représentations qui prédominent chez ces personnes au Québec.

Le rapport est organisé en 5 grandes parties. Dans la première partie, nous explicitons les moyens mis en œuvre pour recueillir les données incluant les guides d'entretien et le recrutement de la population enquêtée, c'est-à-dire les parents intentionnels d'enfants conçus par PMA ou GPA à l'étranger, les familles françaises ou binationales installées au Québec, les avocats, et les magistrats. La deuxième partie est consacrée à un état du droit en France, en Belgique, au Québec et en Espagne sur la question de l'établissement de la filiation en cas de PMA ou de GPA. Nous présentons une étude comparative de ces droits nationaux²¹. Dans la troisième partie, nous décrivons les projets parentaux et les parcours familiaux des couples qui ont eu recours à une PMA ou à une GPA à l'étranger, notamment l'expression du désir d'enfant, les motivations des choix effectués, les stratégies utilisées pour favoriser la reconnaissance publique de la famille lorsque le mariage et l'adoption n'étaient pas encore ouverts aux couples de même sexe. Nous nous attardons sur leurs représentations sociales concernant le poids respectif de la volonté et des liens biogénétiques pour définir la parenté et la filiation. La quatrième partie décrit la confrontation des familles avec le droit. Nous présentons en premier lieu les différentes stratégies mises en œuvre pour faire reconnaître en France l'existence, établie à l'étranger, de deux parents de même sexe, notamment pour espérer obtenir la transcription de l'acte de naissance étranger et la nationalité française de l'enfant. En deuxième lieu, nous présentons un état des lieux des demandes d'adoption de l'enfant de la conjointe dans le cadre des couples de femmes qui ont eu recours à une PMA à l'étranger. Nous nous concentrons sur le cas particulier d'un tribunal qui refuse de suivre les avis de la Cour de cassation de septembre 2014, puis nous décrivons la situation des couples de femmes françaises ou binationales installés au Québec. Leurs enfants ont deux mères dès la naissance au Québec, mais ne peuvent voir leur état civil reconnu en France. Enfin, nous nous penchons sur les démarches effectuées par les couples ayant recours à la GPA à l'étranger, pour faire établir la filiation de leurs enfants ou obtenir la nationalité et sur les résultats de ces démarches. Nous comparons avec la situation au Québec où les conventions de GPA sont, comme en France, nulles du point de vue du droit. La partie 5 est consacrée aux

¹⁶ *La loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6, autorise qu'un enfant ait deux (co-)mères. Cette loi a modifié le *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991 [*Code civil du Québec* ou C.c.Q.]. Voir notamment l'article 115 C.c.Q.

¹⁷ *Adoption 1445*, 2014 QCCA 1662 ; *Adoption 161*, 2016 QCCA 16.

¹⁸ Conformément à l'article 541 C.c.Q.

¹⁹ Voir notamment COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport, Pour un droit de la famille adaptée aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Juin 2015, [Rapport Comité consultatif sur le droit de la famille]. Disponible en ligne :

http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/droit_fam7juin2015.pdf

²⁰ Nous adoptons dans ce texte les termes de « gestatrice » ou de « femme porteuse » afin de mettre l'accent sur le rôle qu'elle joue pour les futurs parents qui la sollicitent et pour le futur enfant qu'elle porte. Nous les préférons à l'expression « mère porteuse » pour éviter d'associer, sans y réfléchir, gestation et maternité. Voir à ce sujet Courduries (2016).

²¹ Concernant l'Espagne, il faudra se référer au rapport sur le droit espagnol, à l'Annexe 5.

paradoxes et aux silences du droit, tant du point de vue des familles que du point de vue des juges, qui peuvent se trouver dans l'embarras face à des situations non prises en compte par la loi (contribution d'un donneur connu) ou écartelés entre l'ordre public et l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de l'établissement de la filiation des enfants issus d'une GPA – que ce soit en France avec la transcription de l'acte de naissance étranger ou au Québec avec l'adoption de l'enfant du conjoint. Enfin nous concluons dans la dernière partie sur les évolutions juridiques qui tendraient vers une plus grande adéquation aux attentes des familles et des juges. Des annexes rassemblant les guides d'entretien et les caractéristiques sociodémographiques des familles rencontrées compléteront ces parties.

1. METHODOLOGIE ET POPULATION ENQUETEE

Dans le cadre de ce projet, nous proposons de procéder à une analyse à la fois théorique et empirique, alliée d'autre part à une approche comparative. Quant aux aspects théorique et empirique, ils sont développés selon deux volets, comme annoncé précédemment : l'un juridique et l'autre socio-anthropologique, de manière complémentaire et étroitement imbriquée. Notons que l'enquête de terrain (volet socio-anthropologique) a nécessité l'obtention d'un certificat d'éthique auprès du Comité d'éthique à la recherche de l'Université d'Ottawa, condition préliminaire obligatoire au Canada pour conduire des entretiens auprès de sujets de recherche humains²².

Ainsi, dans le volet juridique, nous analysons les règles applicables en France et les problèmes que leur application pose en pratique en faisant une revue de la jurisprudence. Le rapport insiste sur la France et le Québec où nous avons mené des entretiens ; aucun entretien n'a été conduit en Belgique ni en Espagne. Le financement du projet ne le permettait pas. Les solutions législatives et jurisprudentielles françaises sont comparées à celles qui prévalent ailleurs en Europe, notamment en Espagne et en Belgique, de même qu'au Canada, pays intéressant à deux titres : on y trouve à la fois des personnes infertiles qui se rendent à l'étranger pour y avoir recours à une assistance médicale à la procréation, mais aussi des étrangers pour qui le Canada est une destination où la solliciter. L'accent est mis sur le Québec principalement tout en mentionnant au passage les solutions de *common law* canadienne lorsqu'elles peuvent être éclairantes. Le rapport belge a pu être intégré au corps du présent rapport, alors que le rapport espagnol se retrouve en annexe.

L'analyse de la jurisprudence française et étrangère cherche à faire ressortir le rôle du juge lorsqu'il s'agit de reconnaître un état (filiation et nationalité) à l'enfant né d'une procréation transfrontalière en contravention avec la loi nationale de ses parents ; en effet, l'avis du juge paraît être déterminant face au silence du législateur et des autorités publiques. S'il est le plus souvent tenu pour le bras armé des règles impératives du droit, le juge peut néanmoins être tenté d'articuler la norme générale de l'interdiction avec le principe de l'intérêt de l'enfant, quitte à formuler des compromis pouvant s'apparenter à des « bricolages » selon l'originalité des solutions imaginées. Certaines solutions sont recensées en France mais aussi dans les autres pays mentionnés, aux règles moins restrictives, afin d'explicitier les incohérences que les procréations transfrontières entraînent sur le plan des principes, conduisant à repousser les règles nationales²³.

L'approche défendue par la Cour européenne des droits de l'homme est également étudiée pour chercher à en apprécier les conséquences. Une étude de la jurisprudence de la CEDH, dont l'évolution est parfois sinueuse et délicate à interpréter, est indispensable pour prendre la mesure du rôle des droits fondamentaux des enfants dans ce forum en comparaison avec les tribunaux nationaux. Cette idée est confirmée par les entretiens dans la partie sur la population enquêtée.

Les travaux de la Conférence de la Haye de droit international privé (HCCH) sur la filiation juridique et les questions juridiques découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international seront simplement évoqués, sans en faire une étude détaillée²⁴. En bref,

²² Le certificat d'éthique obtenu a été renouvelé jusqu'au 16 décembre 2017 et modifié en mai 2017.

²³ Voir notamment, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, L. BRUNET (dir.), Directorate-General for Internal Policies. Policy Department Citizens'Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2013.

²⁴ Voir parmi plusieurs autres documents publiés par la HCCH : *Opportunité et possibilité de poursuivre les*

la HCCH doute que les problèmes posés par la GPA puissent se résoudre sur le plan interne seulement²⁵. En ce sens, les démarches sur le plan international pour tenter d'encadrer les nouveaux défis que fait émerger la famille contemporaine devront être analysées dans un cadre plus large que ce rapport, de même que les distinctions à faire entre la *Convention de la Haye sur l'adoption internationale*²⁶, plusieurs fois invoquée pendant les entretiens, et les travaux de la conférence de la Haye sur la filiation et les conventions de maternité de substitution à caractère international. Ceci dit, il est permis d'affirmer que les attentes à l'égard d'une éventuelle convention sur ce sujet semblent de prime abord contradictoires : certains souhaitant un encadrement et une régulation de la pratique, d'autres au contraire attendant de cet instrument qu'il renforce la prohibition française, en interdisant aux pays qui encadrent ou admettent la GPA, de la mettre en œuvre au profit de ressortissants français²⁷. Par ailleurs, il faut souligner que les travaux de la HCCH sont encore loin d'être achevés et que demeure toujours incertaine l'étendue d'une future convention internationale en débat : couvrira-t-elle l'ensemble des problèmes liés à la reconnaissance de la parenté légale en droit international privé, ou bien une réglementation particulière devra-t-elle être spécifiquement prévue pour les gestations pour autrui transfrontières²⁸ ?

En ce qui concerne le second volet, socio-anthropologique, nous avons décidé de privilégier une démarche dite qualitative auprès des divers acteurs plutôt que de mener une enquête quantitative par questionnaire. Ainsi nous avons pu recueillir le point de vue et l'expérience de ces protagonistes (en totalité 70 en France et au Québec) dans le cadre d'entretiens de recherche. Nous justifions cette préférence par plusieurs raisons que nous avons identifiées comme importantes dans le choix de la méthode d'enquête :

- Concernant les personnes décidant de fonder une famille en recourant à des techniques de reproduction assistée à l'étranger, qu'il s'agisse d'une gestation pour autrui ou d'une insémination artificielle avec don de sperme, aucune évaluation chiffrée n'est disponible²⁹. Ces pratiques restent relativement clandestines et nous ne connaissons pas la population de référence. Nous n'aurions donc pas pu prétendre à une quelconque représentativité des personnes recrutées.
- Ces personnes sont sans doute relativement peu nombreuses et il n'est pas certain que nous atteignons un seuil minimum pour exploiter des données significatives sur le plan statistique.
- La partie de la recherche concernant les professionnels de la justice étant relativement inédite, il était difficile de prédire le taux de réponse positive de la part des professionnels, avocats, procureurs et juges aux affaires familiales qui ont été contactés. Il n'était pas du tout certain, là non plus, d'obtenir un taux de réponses suffisant pour conduire une analyse statistique valable.

travaux menés dans le cadre du projet filiation / maternité de substitution, avril 2014 ; Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, mars 2014.

²⁵ Voir aussi des textes d'auteurs de juridictions de *common law*, issus du 6th World Congress on Family Law and children's Rights, Sidney, 2013, A. HARLAND, « Recognising Children born as a result of international surrogacy arrangements »; M. HENAGHAN, « International surrogacy trends: how family law is coping » ; Barbara CONNOLLY QC, « Fertility Tourism – Complete Solution or an International Crisis? ».

²⁶ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>

²⁷ Voir dans le même sens, le rapport d'information de la Commission des lois du Sénat, sur l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui, Y. DETRAIGNE ET C. TASCIA (rapp.), n° 409, 17 février 2016.

²⁸ Voir HCCH, Rapport du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution, février 2017.

²⁹ Voir à propos de la gestation pour autrui trans-frontalière le même constat dressé par la HCCH, Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, mai 2014, p. 59 et s.

- L'objet du volet socio-anthropologique de notre projet de recherche se prête mal à l'exercice du questionnaire dont la particularité est de proposer des questions essentiellement fermées. En effet, cet objet concerne tout particulièrement l'expérience vécue par les parents intentionnels, les représentations des différents acteurs relatives au statut de la loi (à la fois la loi française et la loi du pays tiers dans lequel le concours de la médecine procréative a été sollicité), à ce qui constitue une fraude à la loi de nature suffisamment grave pour s'opposer à l'intérêt de l'enfant – en l'espèce, l'établissement du lien de filiation avec les parents qui prennent soin de lui depuis ses premiers jours, à ce que sont un lien de filiation, un père, une mère, des parents. Il s'agissait plutôt de favoriser la parole de nos interlocuteurs, d'éviter autant que possible les discours et réponses pré-construites, et d'atteindre une forme d'authenticité dans les réponses que nous obtiendrions. De ce point de vue, l'entretien semi-directif, favorisant la production de discours par l'interviewé, était l'outil qui nous a semblé le plus adapté.

1.1 Les guides d'entretien

Des entretiens de recherche de type compréhensif³⁰ ont été conduits avec les parents, les avocats, les magistrats et, ponctuellement, avec un agent consulaire de l'état civil et une ancienne cadre de la direction en charge des Français de l'étranger au Ministère des Affaires étrangères. L'objectif de ces entretiens était bien sûr d'obtenir des réponses aux questions que nous nous posions, mais il s'agissait aussi de contourner les effets contraignants des entretiens à caractère trop directif et de laisser libre cours, autant que possible et dans la limite du cadre que nous avons fixé pour l'entretien, à la parole de nos interlocuteurs. Il s'agit d'une méthode d'entretien très usitée en sociologie comme en anthropologie et dont les sociologues et anthropologues de l'équipe de recherche sont très familiers.

Chaque guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le sont pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont présentés. Nous avons utilisé une méthode semi-directive qui essaie de préserver une parole la plus spontanée possible de l'enquêté.e. Dans le cadre de l'enquête auprès des familles, il s'agissait de considérer les parents comme des acteurs dans leurs dossiers, au même titre que les juges et les avocats, de susciter de leur part des récits à dimension biographique et de recueillir des informations sur leur expérience de la procédure juridique ou administrative. Il a fallu par ailleurs resituer cette expérience dans celle plus large de leur parcours de procréation. C'est dans cet esprit qu'ont été construits les guides d'entretien auprès des familles. Concernant la recherche auprès des professionnels, les guides d'entretien ont été conçus afin que chacun, chacune puisse restituer sa propre expérience professionnelle dans ces dossiers.

³⁰ L'entretien compréhensif se démarque de la rigidité des guides d'entretiens semi-directifs. Cette technique s'inspire de l'entretien ethnographique qui prend la forme d'une conversation. Il s'agit de considérer la personne avec laquelle on s'entretient comme un véritable interlocuteur, une véritable interlocutrice ; ce qui n'exclue pas bien entendu de réfléchir au préalable aux questions auxquelles on aimerait avoir une réponse et d'élaborer un guide d'entretien. On peut se reporter à ce sujet à l'article de J.-P. OLIVIER DE SARDAN (1995) « La politique du terrain », *Enquête*, (1), mis en ligne le 10 juillet 2013, disponible en ligne : <http://enquete.revues.org/263>.

Tous les guides d'entretien³¹ ont été élaborés entre janvier et avril 2015 dans une perspective pluridisciplinaire. Celui s'adressant aux juges de la Cour du Québec – Chambre de la jeunesse, a dû être ajusté à la demande de son juge en chef. Les sociologues et anthropologues de l'équipe y ont pris une part prépondérante, mais tous les guides ont été relus et amendés par les juristes de l'équipe. Cette démarche méthodologique, tout à fait inédite dans le cadre des travaux sur la famille, a produit des résultats stimulants.

Les entretiens sont le plus souvent conduits par un ou deux membres de l'équipe socio-anthropologique. Il est néanmoins déjà arrivé que quelques entretiens avec des magistrats soient conduits conjointement par un.e chercheur.e en sociologie ou anthropologie, habitué.e à la technique de l'entretien de recherche et un.e juriste. Ces entretiens, grâce à ce dispositif méthodologique pluridisciplinaire et original, ont produit des résultats, tout à fait intéressants.

1.2 La population enquêtée

1.2.1 Identifier des parents d'intention d'enfants conçus par AMP ou GPA à l'étranger

Nous avons recruté nos interlocuteurs et interlocutrices parmi les sympathisants d'associations fréquentant les blogs, sites internet et réunions de ces structures, mais aussi en-dehors de ces réseaux associatifs.

Afin d'atteindre une diversité des situations la plus large possible et avec le souci de nous fixer des objectifs réalistes, nous projetions de recruter :

- 20 couples de femmes élevant au moins un enfant né d'une insémination artificielle avec don de sperme réalisée dans un pays tiers et ayant déposé une requête en adoption plénière de l'enfant de la conjointe ;

- 15 personnes, seules ou en couple, de même sexe ou de sexe différent, ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger.

Nous avons rencontré 15 couples de femmes ayant eu recours à une insémination artificielle avec don de sperme (IAD) à l'étranger. Tous ces couples ont déposé une requête en adoption plénière de l'enfant de la conjointe et ont obtenu satisfaction, en première instance pour 13 d'entre eux, en appel pour les deux autres. Nous avons également rencontré deux couples de femmes ayant conçu leur enfant à l'aide d'un ami et ne souhaitant pas établir de lien de filiation paternelle. L'un de ces couples a déposé une requête en adoption simple de l'enfant de la conjointe, l'autre en adoption plénière. Ils ont tout deux obtenu satisfaction en première instance.

A titre indicatif, les femmes rencontrées ont en moyenne 39 ans. La plus âgée avait 51 ans, la plus jeune avait 30 ans. Toutes ont fait des études supérieures en moyenne jusqu'à bac + 5, au minimum bac+2, au maximum bac+10. Les catégories socio-professionnelles sont réparties comme suit : 16 cadres et professions intellectuelles supérieures, 13 professions intermédiaires, deux artisans, commerçants et chef d'entreprise, deux employés³².

Concernant les personnes ayant un ou plusieurs enfants nés d'une GPA à l'étranger,

³¹ Les guides d'entretien utilisés dans le cadre de ce projet se trouvent en annexe.

³² Selon la nomenclature des professions et catégories socioprofessionnelles établie en France par l'Institut National de la statistique et des études économiques (INSEE) pouvant être consultée en ligne à l'adresse suivante : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/pcs2003/categorieSocioprofessionnelleAgreguee/1>.

initialement, nous avons diffusé notre appel à témoignage via une association œuvrant auprès de familles homoparentales. Afin de favoriser un recrutement à la fois plus nombreux et divers de familles constituées suite à une GPA, notre appel à témoignages a été diffusé auprès de leurs sympathisants par deux autres associations de couples infertiles regroupant essentiellement des couples homme-femme, et par une avocate ayant traité de nombreux dossiers de GPA auprès de ses clients.

Au total, huit couples ayant eu recours à une GPA hors de France ont accepté de participer à notre recherche ; il s'agit de sept couples gays et d'un couple hétérosexuel ayant eu recours à la GPA à l'étranger.

Le recrutement de nos enquêtés a commencé dès le démarrage du programme. Il a été relativement facile pour les couples de femmes ainsi que pour les couples d'hommes, bien que dans une moindre mesure pour ces derniers. En revanche il s'est avéré plus compliqué de recruter des couples hétérosexuels ayant eu recours à une GPA, et il nous importe de comprendre les raisons pour lesquels ils sont pour l'heure peu nombreux à avoir répondu favorablement.

L'une des hypothèses que nous avançons est que les couples de femmes qui ont recours à l'AMP avec don de sperme ou les couples d'hommes qui ont recours à la GPA ne souffrent généralement pas d'infertilité, les techniques de PMA étant utilisées ici notamment à cause du recours à un tiers donneur (d'ovocyte, de sperme, de gestation), tandis que la divulgation de l'infertilité chez les couples hétérosexuels peut faire l'objet d'une certaine réticence. La mise en œuvre d'un projet de GPA par un couple hétérosexuel, n'intervient qu'en cas d'impossibilité de la femme de mener à bien une grossesse. Cette forme d'infertilité est relativement peu fréquente et il est probable que peu de couples reçoivent un avis médical les orientant vers la GPA. Ensuite, la mise en œuvre d'un projet de GPA est beaucoup plus complexe et onéreux que celle d'un projet d'IAD ; les couples ayant recours à la GPA sont donc moins nombreux que les couples de femmes recourant à l'IAD. La faiblesse du taux de réponse de la part de couples ayant eu recours à une GPA peut s'expliquer aussi par les aspects très polémiques, dans le contexte médiatique et politique français, de la gestation pour autrui et, bien entendu, par le fait que ces recours restent le plus souvent relativement clandestins. A contrario, le projet parental des couples de même sexe peut être source de fierté, voire de mobilisation pour faire évoluer les lois et les mentalités.

Pour accroître le nombre de couples gays ayant eu recours à une GPA, Martine Gross a recontacté 10 couples qu'elle avait interviewés dans deux enquêtes précédentes réalisées en 2009 et en 2012. Dans les entretiens menés lors de ces enquêtes, ont été abordées toutes les questions socio-anthropologiques concernant le parcours procréatif de ces couples. Les entretiens complémentaires menés de décembre 2015 à mars 2016 ont permis d'obtenir leur accord pour que nous utilisions les données des enquêtes antérieures et ont permis également d'aborder les démarches administratives et juridiques entreprises à l'étranger et en France pour tenter d'établir la filiation de l'enfant à l'égard des deux pères.

A titre indicatif, dans ce groupe constitué au total de 18 couples, les hommes rencontrés et le couple hétérosexuel avaient en moyenne 41 ans. Le plus âgé avait 58 ans, le plus jeune 35 ans. Tous ont fait des études supérieures en moyenne jusqu'à bac+4. Les catégories socio-professionnelles sont réparties comme suit : 29 cadres et professions intellectuelles supérieures, 3 professions intermédiaires, 1 employé, 2 sans activité professionnelle, 1 pour lequel nous n'avons pas l'information.

1.2.2 Le recrutement de familles françaises ou binationales installées au Québec

Nous avons également décidé d'élargir les entretiens à des familles françaises installées au Québec suite au recours à une procréation assistée ou à une GPA. Certaines d'entre elles disant y trouver un cadre juridique plus satisfaisant qu'en France – quoique pour la GPA cela ne soit pas toujours le cas – il nous est en effet apparu important de comprendre les motivations de ces familles à s'installer au Québec. En juillet 2015, nous avons pu rencontrer 8 couples féminins français ou binationaux installés au Québec et ayant fondé une famille grâce à la mise en œuvre d'une assistance médicale à la procréation sur le sol canadien. Nous avons également rencontré un couple gay français installé au Québec depuis plusieurs années et ayant deux enfants nés de GPA menées sur le sol étatsunien. Rencontrer ces couples qui font personnellement l'expérience d'une différence dans la manière dont les lois nationales québécoise et française établissent la filiation de leurs enfants, nous a permis de mieux appréhender les représentations de la parenté mises en œuvre dans les deux pays et l'impact des textes légaux sur ces représentations.

A titre indicatif, les femmes rencontrées avaient en moyenne 39 ans. La plus âgée avait 55 ans, la plus jeune 31 ans. Trois femmes avaient le niveau Bac. Toutes les autres ont fait des études supérieures, en moyenne jusqu'à bac+4, au minimum bac+2, au maximum bac+8. Les catégories socio-professionnelles sont réparties comme suit : 4 cadres et professions intellectuelles supérieures, 9 professions intermédiaires, 3 artisans, commerçants et chefs d'entreprise.

1.2.3 Le recrutement des avocats et des magistrats

Concernant l'enquête auprès des avocats, des juges aux affaires familiales et des procureurs, il convient d'insister sur l'originalité de cette démarche. Si d'ordinaire, on cherche surtout à comprendre les motifs des couples ayant recours à la GPA, ou plus largement aux techniques de reproduction assistée, éventuellement à l'étranger, on a trop souvent délaissé le point de vue des professionnels de la justice. Or l'étude des décisions rendues n'est pas suffisante car il n'y a notamment pas d'obligation de motiver les jugements d'adoption (conformément à l'article 353 al. 5 du code civil). Il a donc été très éclairant de rencontrer des magistrats.

Plusieurs avocats ayant accompagné des couples demandant la transcription à l'état civil français de l'acte de naissance de leur enfant né d'une GPA à l'étranger ou des couples de femmes sollicitant l'adoption par la conjointe de l'enfant né d'un don de sperme médicalisé à l'étranger ont été contactés ; nous espérions pouvoir recruter huit à dix avocats. A ce jour, nous en avons interviewé six. Il s'agit, toujours au cours d'entretiens semi-directifs et à partir de l'exposé d'affaires précises, d'observer les arguments qu'ils pensent chaque fois les mieux à même d'emporter chez le juge une décision favorable à leurs clients. Il s'agit aussi d'essayer de savoir sur quelles bases s'appuient les avocats pour sélectionner les éléments de l'histoire familiale à mettre en avant et ceux, au contraire, qu'il est préférable de passer sous silence : la jurisprudence (nationale, comparative, internationale), les affaires médiatisées, l'ambiance médiatico-politique, les discours associatifs de tout bord, leur conviction personnelle, etc.

Pour contacter les magistrats français, nous avons sollicité auprès de la Mission de recherche Droit et Justice une lettre de soutien attestant de l'intérêt de la recherche et du financement accordé par le Groupement d'intérêt public (GIP) Mission de recherche Droit et Justice. Cette lettre a été envoyée à 36 Tribunaux de Grande Instance (TGI), une cour d'appel et 36

parquets. Lorsque des réponses favorables nous sont arrivées (12 TGI, 11 parquets) nous avons envoyé aux Présidents de TGI et de Cour d'Appel, ainsi qu'aux Procureurs de ces juridictions une lettre présentant de manière synthétique les objectifs de la recherche afin de solliciter leur accord pour contacter les magistrats en charge des affaires, ainsi que leurs noms et coordonnées. Nous avons ensuite écrit, après accord des Procureurs et des Présidents de TGI ou de cours d'appel, aux magistrats concernés. Nous espérions ainsi que 20 à 25 magistrats accepteraient de participer à notre recherche et nous accorderaient un entretien. Finalement, 22 ont finalement donné leur accord. Au total 16 entretiens ont été réalisés, au cours desquels une conseillère à la Cour de cassation, six procureurs (dont un des procureurs de Nantes en charge des questions relatives à l'état civil des Français nés à l'étranger³³ et une substitute du procureur dans une Cour d'appel), et neuf juges de TGI ont été rencontrés (dans un cas, le procureur a participé à l'entretien avec le juge). Nous souhaitons que les magistrats puissent exprimer leur point de vue sur ces affaires qui, dans un climat de tension et de forte médiatisation, ne manquent certainement pas de les embarrasser. Outre la loi et la jurisprudence, sur quels éléments appuient-ils leur réflexion pour intervenir au nom du ministère public ou statuer sur une affaire ? Ont-ils le sentiment d'être formés et informés sur la variété de ces situations familiales et leur relative nouveauté ? De quels outils usent-ils pour s'informer sur les « dossiers » dont ils sont saisis, et plus largement améliorer leur connaissance de ces pratiques familiales ?

Ainsi, parmi les juges rencontrés en entretiens, cinq siégeaient à Paris ou en région parisienne, les autres dans diverses régions. Leurs parcours professionnels au sein de la magistrature sont diversifiés. La plupart ont exercé dans plusieurs juridictions et dans des fonctions variées, notamment juge pour enfant, juge aux affaires familiales. Ils ont en moyenne 12 ans d'expérience professionnelle.

Nous prévoyions également d'interviewer dix juges et avocat.es québécois.es. Les juges en chef de trois instances judiciaires québécoises – Cour d'appel, Cour supérieure et Cour du Québec (Chambre de la jeunesse) – ont été contactés. La Cour supérieure est compétente pour entendre les litiges sur l'état civil et sur la filiation, à l'exception de l'adoption, qui est du ressort de la Cour du Québec. La Cour d'appel est l'instance compétente pour entendre les appels de la Cour supérieure et de la Cour du Québec. Après la réception d'une réponse positive des juges en chef des différentes instances, nous avons procédé au recrutement par l'entremise des juges en chef qui ont diffusé l'information concernant le projet de recherche. Par ailleurs, nous avons dû ajuster le guide d'entretien des juges de la Cour du Québec (Chambre de la jeunesse), suite à des discussions avec le juge en chef de cette Cour. Aucun juge de la Cour supérieure, ni de la Cour d'appel n'a participé à l'enquête. En revanche, nous avons rencontré cinq juges de la Cour du Québec (Chambre de la jeunesse). Les juges rencontrés en entretien siégeaient à Montréal ou dans ses environs. Leurs parcours professionnels sont diversifiés, mais ils ont nécessairement pratiqué le droit pendant au moins dix années avant leur nomination à titre de juge, car c'est une condition essentielle pour accéder à la magistrature au Québec. Les juges rencontrés n'avaient pas tous eu à rendre des jugements en matière de GPA.

De plus, 3 entretiens ont été effectués avec des avocat.es, sollicité.e.s par courrier électronique parmi les avocat.e.s œuvrant en droit de la famille et de l'enfance ayant été impliqué.e.s dans des dossiers de GPA³⁴. Les avocat.e.s rencontré.e.s en entretien pratiquaient à Montréal et

³³ Notons que, compte tenu de la spécificité de ses fonctions en matière d'état civil des Français de l'étranger, nous ne pouvions garantir son anonymat. Il a explicitement consenti à l'utilisation de l'entretien qu'il nous a accordé.

³⁴ Les noms des avocat.es figurent dans les jugements en matière d'adoption qui ont été publiés. C'est ainsi que nous avons pu les identifier.

étaient très expérimentés. Leurs parcours professionnels sont diversifiés ; ils ont agi soit à titre de procureur à l'enfant³⁵, soit à titre d'avocat.e.s en pratique privée avec ou sans spécialité en matière familiale.

Les entretiens que nous avons menés avec les juges et avocat.es québécois.es ont permis de mieux comprendre leurs représentations dans le cadre de dossiers d'adoption lorsque l'enfant naît d'une GPA, où deux courants jurisprudentiels se sont développés (l'un majoritaire en faveur de l'adoption, au nom de l'intérêt de l'enfant et l'autre, minoritaire, contre celle-ci au nom de l'ordre public). Cette réalité s'avère fort riche pour mieux comprendre les représentations sociales des juges dans ce contexte et établir des éléments comparatifs d'analyse. Bien que tous les jugements rendus par cette cour ne soient pas systématiquement rapportés ou publiés, lorsqu'ils le sont, les jugements d'adoption sont motivés. Ainsi, nous nous appuyons aussi sur l'information qu'ils contiennent pour faire état des différents arguments mis en avant pour faire valoir l'adoption, ou au contraire pour la refuser.

Ces comparaisons serviront ainsi à analyser plusieurs traitements judiciaires de situations souvent similaires dans les faits, tout en constatant à quel point les solutions retenues peuvent être radicalement différentes. L'intérêt de faire des entretiens au Québec réside dans le fait que la législation est similaire à certains égards à celle de la France, mais pourtant la jurisprudence propose des solutions qui s'éloignent de celles retenues par les juges français (quoique ces décisions ne fassent pas l'unanimité, tant chez les juges que chez les auteurs de doctrine), tout en se rapprochant de la position de la Cour européenne des droits de l'Homme. La position jurisprudentielle en matière de GPA en est un bon exemple. En effet, la logique appliquée en France dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint lorsque l'enfant a été conçu par AMP ne se pose pas au Québec, puisque la filiation homoparentale peut être établie directement auprès du Directeur de l'état civil. En revanche, les arguments qui ont pu être utilisés en France pour empêcher le prononcé du jugement d'adoption dans ce contexte s'inscrivent dans un raisonnement qui est le même que celui développé au Québec en matière de filiation par adoption de l'enfant conçu par GPA (Voir notamment partie 2.3). Plus récemment, une décision a mis au jour les consignes de l'état civil parfois contradictoires auxquelles sont confrontées les parents ayant fait appel à la GPA et voulant faire établir leur filiation à l'égard de l'enfant ainsi conçu³⁶. Pour ces raisons, nous pensons qu'il sera véritablement intéressant de pouvoir bénéficier des témoignages des juges et avocats québécois sur leurs propres pratiques afin d'enrichir l'analyse de la situation en France.

1.2.4 Le recrutement des personnes impliquées en matière d'état civil

Pour mieux comprendre les difficultés auxquelles les familles françaises installées au Québec ou ailleurs sont confrontées tant concernant l'état civil de leurs enfants que l'obtention de la nationalité française, nous avons sollicité, en vain, tant le bureau de droit des personnes et de la famille que le bureau de la nationalité de la Direction des affaires civiles et du sceau du

³⁵ Lorsque l'intérêt d'un enfant se trouve au cœur du litige et exige une représentation indépendante de celle de ses parents, le juge peut désigner d'office un procureur ou avocat à l'enfant ou le nommer suite à la demande de l'une des parties à une procédure, article 90 *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01. Les honoraires de cet avocat peuvent ou non être payées par les parties, à la discrétion du tribunal. Pour plus de détails sur la représentation de l'enfant en justice, voir C. LAVALLEE, *Respect des droits de l'enfant*, dans *JurisClasseur Québec – Coll. « Droit civil », Personnes et famille* (N° 1), fascicule 3, Montréal, LexisNexis Canada, 2010 (mis à jour annuellement).

³⁶ *Droit de la famille* 151172, 2015 QCCS 2308.

Ministère de la justice. Compte tenu de la période électorale, il est probable que l'agenda des personnes susceptibles de répondre à nos questions ne permettait pas de dégager le temps nécessaire à ces rencontres. Profitant d'un séjour au Québec, Jérôme Courduriès, a pu, avec Michelle Giroux, ponctuellement rencontrer en sol montréalais un agent consulaire de l'état civil et une ancienne cadre de la direction en charge des Français de l'étranger au Ministère des Affaires étrangères. Ils se sont fait expliquer le traitement par les autorités consulaires françaises des actes de naissance délivrés aux enfants nés d'AMP dans le cadre d'un foyer homoparental au Québec. Ces actes de naissances mentionnent le rattachement *ab initio* de l'enfant à ses deux mères et ne peuvent être transcrits à l'état civil français tels quels.

Cette méthodologie nous permet d'aborder avec une perspective résolument pluridisciplinaire dans les chapitres qui vont suivre non seulement une analyse jurisprudentielle ainsi qu'une analyse comparative du droit s'appliquant à l'établissement de la filiation dans le contexte du recours à une PMA ou à une GPA à l'étranger, mais également les parcours et les représentations des familles ainsi que les discours et arguments mobilisés par les juges.

2. ETAT DU DROIT SUR LA QUESTION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION EN CAS DE PMA OU DE GPA

2.1 PMA : Belgique, Québec, Espagne

2.1.1 La PMA en Belgique

Parmi les pays européens, la Belgique est considérée comme un état « libéral » en matière de procréation médicalement assistée ; elle est dotée d'une législation relativement récente — à peine dix ans — et peu contraignante, déléguant la responsabilité du choix et de l'usage des techniques de reproduction au corps médical. Dans ce contexte, la Belgique accueille de nombreux ressortissants étrangers, notamment français, qui sollicitent une assistance médicale à la procréation : ainsi les couples de femmes, les femmes seules, ou encore les couples souhaitant recourir à une gestation pour autrui peuvent formuler une demande d'aide à la procréation dans l'une des cliniques de fertilité³⁷, sous réserve d'acceptation de prise en charge.

2.1.1.1 Organisation des soins et conditions d'accès à la procréation médicalement assistée en Belgique

2.1.1.1.1 Historique et contexte législatif

2.1.1.1.1.1 Une réglementation « pragmatique »

Après avoir autorisé en 2003 les couples de même sexe à se marier³⁸, le législateur belge a modifié en 2006³⁹ les conditions d'accès à l'adoption, ouvrant ainsi la possibilité d'une adoption plénière d'enfants au sein d'un couple homosexuel (l'adoption étant par ailleurs depuis longtemps ouverte aux couples mariés ou non mariés, ainsi qu'aux célibataires). Il n'était pas, dans ce contexte, à l'agenda politique de poser des conditions restrictives pour l'accès aux techniques de PMA, au point même que les questions de leur accès n'ont été que très peu évoquées lors des discussions préalables à l'adoption de la loi du 30 juin 2006. Celle-ci entendait consacrer, en les balisant, des pratiques déjà mises en place *de facto* antérieurement et parfois de longue date par les centres de fertilité agréés⁴⁰, sans pour autant

³⁷ Nous utiliserons sans distinction les termes cliniques de fertilité, et centre agréé. Au total, il y en a 18 en Belgique.

³⁸ Article 143 du Code civil belge tel que modifié par la loi du 13 février 2003.

³⁹ Articles 343 et suivants du Code civil belge tel que modifiés par la loi du 30 juin 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par les personnes de même sexe.

⁴⁰ Les aspects organisationnels et le financement des centres étaient réglementés dès avant 2007 par la détermination notamment des conditions auxquelles devaient satisfaire les centres de médecine reproductive pour recevoir un agrément étatique. Voir notamment l'Arrêté Royal du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins "médecine de la reproduction" doivent répondre pour être agréés, *Moniteur belge*, 25 mars 1999, p. 9556.

les spécifier ou les restreindre fondamentalement. Autrement dit, le législateur a souhaité conforter l'autonomie des praticiens tout en assurant la sécurité juridique du statut des embryons et gamètes surnuméraires, dont le devenir n'était pas réglementé jusqu'à lors.

2.1.1.1.2 Conditions d'accès

La loi du 6 juillet 2007 actuellement en vigueur laisse très largement ouvert l'accès aux techniques de PMA : le législateur n'a pas instauré de critères concernant le profil du ou des demandeur(s), de sorte que, par défaut, tout (ou presque tout) est possible. Elle définit ainsi simplement les auteurs du projet parental comme étant « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procédure de procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons »⁴¹. Le point de départ belge est donc fondamentalement différent du point de départ français : aucune loi bioéthique *en amont* n'est venue interdire ou restreindre l'accès à certains procédés d'AMP ; la loi est venue encadrer des pratiques existantes et acceptées, variant d'un centre à l'autre en fonction notamment de leurs sensibilités éthiques, religieuses ou philosophiques ou des lignes directrices des comités d'éthique des différents hôpitaux⁴².

Ainsi toute personne, qu'elle soit célibataire, mariée ou vivant en couple hors mariage, peut donc avoir accès à l'AMP en Belgique. Si la personne est en couple, la loi ne l'oblige pas à démontrer une certaine stabilité de celui-ci. De plus, l'orientation sexuelle n'est pas mentionnée : les couples hétérosexuels ou homosexuels peuvent indifféremment recourir à l'AMP. Par ailleurs, l'ouverture de l'AMP aux femmes célibataires n'a pas non plus posé question et est pratiquée en Belgique depuis les débuts de la PMA.

Dans le même sens, aucune disposition de la loi ne pose une condition de nationalité ou de résidence pour accéder à la PMA. De cette particularité résulte une forte demande de prise en charge de la part de ressortissants étrangers, notamment de France. En effet, en raison des restrictions imposées par le modèle bioéthique français, nombre d'entre eux se tournent vers la Belgique pour contourner un système de santé fermant l'accès à l'AMP à toutes les personnes ne présentant pas une infertilité pathologique dans un couple hétérosexuel, c'est-à-dire excluant toutes les demandes n'émanant pas d'un couple de sexe différent et en âge de procréer.

Les seules limites à l'accès aux techniques d'AMP posées par le législateur belge concernent l'âge de la femme qui y a recours :

- pour les résidents belges, la limite de la prise en charge financière par le système de santé est fixée aux 42 ans de la femme, dans la limite de 6 cycles remboursés par femme⁴³ ;
- le prélèvement d'ovocyte doit être effectué chez la femme majeure âgée de moins de 45 ans⁴⁴.

⁴¹ Article 2 f) de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes [loi du 6 juillet 2007], *Moniteur belge*, 17 juillet 2007, p. 38.575, disponible (comme tous les textes légaux cités dans cette contribution) sur <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>.

⁴² Voir notamment M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008/2, p. 283-284.

⁴³ Article 74bis de l'Arrêté royal relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux du 25 avril 2002.

- elle doit être âgée d'au plus 47 ans au moment du transfert des embryons⁴⁵.

Aucune condition d'âge n'est en revanche fixée concernant l'homme qui concourt au projet parental, ni pour les donneurs de sperme.

2.1.1.1.3 Gratuité et (non)anonymat

Le don de gamètes ou d'embryon est gratuit⁴⁶. Néanmoins, une indemnité couvrant les frais de déplacement ou de perte de salaire de la personne prélevée, ainsi que les frais d'hospitalisation inhérents au prélèvement d'ovocytes peut être versée⁴⁷.

Le don est en principe anonyme mais le don non-anonyme de gamètes (mais pas d'embryons) est possible en cas d'accord entre le donneur et le(s) receveur(s).⁴⁸ Ainsi selon les centres de fertilité, il est possible d'avoir recours au « don dirigé » ou « don direct » (cas où le/la receveur/receveuse se présente avec son donneur/sa donneuse), ou bien au « don croisé » (la personne demandeuse reçoit un don anonyme « en échange » du don de gamètes d'une personne de son entourage, dont les gamètes seront utilisées par une autre personne).

2.1.1.1.4 Cas particulier du don de gamètes et de l'insémination ou du transfert d'embryon post mortem

On mentionnera par ailleurs qu'une insémination de sperme ou le transfert d'un embryon peut avoir lieu après le décès du co-auteur du projet parental, à condition que cela ait été expressément prévu dans la convention initiale et que l'insémination ou le transfert intervienne plus de six mois et moins de deux ans après le décès⁴⁹.

2.1.1.1.2 La clause de conscience à l'origine d'une pratique hétérogène

Dès lors que les conditions d'accès sont fixées de façon très peu restrictive par la loi, c'est en réalité à chaque centre de fertilité qu'il revient de donner suite ou non à la demande de procréation médicalement assistée, sachant que les médecins sont tenus d'explorer, « pour les cas où cela s'indique », les causes de l'infertilité de la femme ou du couple demandeur⁵⁰. De cette liberté conférée à chaque centre sous la forme d'une clause de conscience prévue à

⁴⁴ Article 4 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Article 51 de la loi du 6 juillet 2007.

⁴⁷ Article 6 de la loi du 19 décembre 2008 relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique, *Moniteur belge*, 20 décembre 2008, p. 68774.

⁴⁸ Articles 22 et 57 de la loi du 6 juillet 2007. Pour plus de détails sur la question de l'anonymat en droit belge, voir notamment G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014 ; G. SCHAMPS et M.-N. DERESE, « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in *Procréation assistée et anonymat – Panorama international*, B. FEUILLET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 125-152.

⁴⁹ Articles 15, 16, 44 et 45 de la loi du 6 juillet 2007.

⁵⁰ Article 6 de la loi du 6 juillet 2007.

l'article 5 de la loi du 6 juillet 2007 résulte une disparité des pratiques sur le territoire, et ainsi certaines demandes peuvent être acceptées dans un centre et refusées dans un autre ⁵¹. Cependant ceux-ci sont tenus de faire preuve de la plus grande transparence quant à leurs options en ce qui concerne l'accessibilité au traitement : en cas de refus de soins, ils doivent avertir le ou les demandeurs, en précisant les raisons motivant ce refus. Ils doivent, si le ou les demandeurs le souhaite(nt), communiquer les coordonnées d'un autre centre où ceux-ci pourraient s'adresser⁵². Si la demande est retenue, une information loyale préalable et un accompagnement psychologique des parties intéressées doit être proposé, et une convention reprenant les conditions des soins ainsi que le devenir des gamètes ou embryons surnuméraires est établie⁵³.

Ces dispositions marquent clairement la volonté du législateur belge de s'abstenir de tout dogmatisme et de consacrer une forme de pluralisme éthique en cette matière. Ce sont les principes de liberté et de transparence qui président : les désirs des individus doivent pouvoir être entendus mais il n'y a pas lieu pour autant de contraindre les professionnels à effectuer des actes contraires à leur représentation personnelle de ce qui est éthiquement acceptable de faire ou pas⁵⁴.

2.1.1.2 La filiation des enfants issus de projets parentaux dans le cadre d'une PMA avec tiers donneur

Dans la suite logique de cette conception « ouverte » quant à l'accès aux techniques d'AMP adoptée en vertu d'un pluralisme éthique, la Belgique veille, en aval, à permettre voire sécuriser l'accès, pour l'enfant qui en est issu, à une filiation en accord avec le projet parental qui est à la base du recours à ces techniques. Non seulement elle ouvre un large accès à l'AMP, mais de surcroît elle s'organise légalement – ou via la jurisprudence – pour que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard de ses parents d'intention.

2.1.1.2.1 Effets de la loi au regard du donneur ou de la donneuse de gamètes

La loi du 6 juillet 2007 encadre les processus de procréation médicalement assistée mais ne régleme nte pas, comme tel, l'établissement des liens juridiques de filiation. Seuls les articles 27 et 56 de la loi traitent de la filiation et se bornent à déclarer qu'à compter de l'insémination des gamètes ou du transfert d'embryon, « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental » (nous soulignons). Par suite, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux

⁵¹ À titre comparatif, une clause de conscience s'applique généralement aux médecins du Québec, mais rien de spécifique à la PMA n'y est mentionné que ce soit dans le *Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, r. 17, art. 24 ou ailleurs dans une autre loi, comme c'est le cas notamment en matière de soins de fin de vie (voir *Loi concernant les soins de fin de vie*, L.R.Q., c. S-32.0001, art. 50). L'article 24 du *Code de déontologie des médecins* se lit comme suit : « Le médecin doit informer son patient de ses convictions personnelles qui peuvent l'empêcher de lui recommander ou de lui fournir des services professionnels qui pourraient être appropriés, et l'aviser des conséquences possibles de l'absence de tels services professionnels. Le médecin doit alors offrir au patient de l'aider dans la recherche d'un autre médecin. ».

⁵² Article 5 de la loi du 6 juillet 2007.

⁵³ Voir notamment les articles 6 et suivants de la loi du 6 juillet 2007.

⁵⁴ M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *op. cit.*, p. 301.

donneurs, de même qu'aucune action de recherche en paternité ou en maternité ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s).

Il est donc certain que le donneur de sperme ou la donneuse d'ovocyte, qu'il ou elle soit anonyme ou non⁵⁵, ne sera jamais reconnu juridiquement comme étant le père ou la mère de l'enfant. Il ou elle ne pourra jamais contester la filiation de l'enfant, ni se voir « inquiété(e) » par une action de l'enfant qui chercherait à établir un lien de filiation à son égard.

2.1.1.2.2 Effets de la loi au regard des auteurs du projet parental

2.1.1.2.2.1 Pour les couples hétérosexuels mariés ou non

En cas d'AMP avec tiers donneur pour un couple hétérosexuel, les auteurs du projet parental deviendront les parents juridiques de l'enfant par application des règles générales relatives à la filiation : la femme qui accouche d'un enfant après avoir reçu un don d'ovocyte en sera la mère légale en application de la règle générale qui veut que l'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance⁵⁶, sachant que la mention dans cet acte du nom de la femme qui a accouché de l'enfant est obligatoire⁵⁷. En cas de don de sperme, le mari deviendra le père de l'enfant par application de la présomption de paternité⁵⁸, ou, en dehors du mariage, par une reconnaissance qu'il opérera avec le consentement de la mère avant ou après la naissance de l'enfant⁵⁹. Il ne sera donc pas nécessaire de passer par une adoption pour « raccrocher » juridiquement l'enfant à sa mère et son père d'intention.

2.1.1.2.2.2 Pour les couples de même sexe mariés ou non

Pour les couples de femmes, si la procréation s'effectue dans le cadre d'une PMA avec donneur connu mais réalisée au sein d'un centre agréé⁶⁰, l'établissement de la paternité du donneur est exclu par la loi du 6 juillet 2007⁶¹. En revanche, si le couple recourt à un « donneur ami » de manière informelle en dehors de toute PMA dans un centre agréé, les droits de la coparente ne seront pas protégés car le géniteur pourra contester le lien de comaternité pour établir sa propre paternité légale⁶².

⁵⁵ Voir *supra*.

⁵⁶ Article 312 du Code civil belge.

⁵⁷ Article 57 du Code civil belge. Le droit belge ne permet donc pas l'accouchement anonyme. Sur ce plan, il faut noter qu'il existe des nuances importantes en comparaison avec le droit français, qui permet l'accouchement sous X (voir art. 326 code civil français) ainsi que la non reconnaissance de maternité (ne faisant pas obstacle à l'établissement d'une filiation paternelle par reconnaissance) et le droit québécois où la mention de la mère n'est pas obligatoire (voir notamment *Adoption 161*, 2016 QCCA 16), sans pour autant qu'il soit permis d'accoucher sous X. Nous reviendrons sur cette question de façon plus détaillée dans le cadre de la GPA.

⁵⁸ Article 315 du Code civil belge.

⁵⁹ Article 329 et suivants du Code civil belge.

⁶⁰ Ce qui est possible en Belgique, voir plus haut.

⁶¹ Articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007.

⁶² Pour plus de détails sur cette situation juridiquement complexe voir notamment J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 15 mai instaurant le régime de la co-maternité : « Trois femmes, un homme et un couffin », *Actualités du Droit de la famille*, 2015/4, p. 76, n° 5. Notons que sur ce point, le droit québécois se distingue. L'article 538.2, alinéa 2 C.c.Q. prévoit un délai d'une année pour le donneur de gamètes par relations sexuelles pour réclamer sa filiation. Pour plus de détails, voir la partie de ce rapport traitant du droit québécois.

Par ailleurs, la loi belge a ouvert la voie de l'adoption (plénière ou simple) aux couples de même sexe en 2006. Il est donc possible à deux hommes ou à deux femmes de devenir les deux parents d'un enfant, que la filiation adoptive soit établie à l'égard de seulement l'un d'eux (cas de l'adoption de l'enfant du conjoint) ou bien des deux parents à la fois.

Pour les couples de femmes ayant recours à une insémination artificielle ou à une fécondation in vitro dans un centre de fertilité agréé, il a néanmoins été jugé inadéquat que la seconde mère doive passer par l'adoption (qui n'est possible qu'au plus tôt deux mois après la naissance de l'enfant) pour établir un lien juridique avec l'enfant. Le législateur belge a alors décidé de créer en 2014 un modèle de filiation inédit afin de permettre à l'enfant issu d'un projet parental d'un couple de femmes de disposer *dès sa naissance* d'un double lien de filiation, au regard de l'intérêt de l'enfant⁶³. Le choix a ainsi été fait de transposer, en les adaptant aux couples de femmes ayant un projet parental commun, l'ensemble des règles permettant d'établir la parenté dans les couples hétérosexuels. Ce choix aboutira à la loi du 5 mai 2014, discutée et votée en un temps record car située dans l'agenda politique peu de temps avant des élections législatives nationales, et sans réflexion véritablement approfondie⁶⁴. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015⁶⁵.

On mentionnera également que cette loi a limité le nombre de parents à deux : par le biais des règles relatives à la filiation⁶⁶, un enfant peut avoir deux et seulement deux parents légaux⁶⁷, et ce même si dans le cadre de leur projet parental, le couple de femmes a fait appel à un homme dont l'identité est connue pour concevoir un enfant – sous réserve que la conception ait eu lieu dans un centre agréé⁶⁸ – ou si le projet d'enfant s'inscrit dans le cadre d'une coparentalité à trois ou plus.

2.1.1.2.3 Les innovations de la loi de 2014

Ainsi, désormais, lorsqu'une femme mariée à une autre femme met au monde un enfant, son épouse sera automatiquement la « coparente » de l'enfant : l'article 325-2 du Code civil belge prévoit en effet que l'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour second parent l'épouse de sa mère⁶⁹.

⁶³ Voir notamment Proposition de loi portant établissement de la filiation du co-parent, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ANCIAUX, Documents parlementaires, Sénat, session ordinaire 2013-2014, 5-2445/3, p. 3 et suivantes (disponible sur <http://www.senate.be>). Cette situation existe au Québec depuis 2002, voir la partie 2.1.2 de ce rapport traitant du droit québécois.

⁶⁴ Au Québec, ce choix s'est imposé rapidement aussi, comme en Belgique et cela a été critiqué par plusieurs auteurs de doctrine.

⁶⁵ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, *Moniteur belge*, 2014 (modifiée et complétée par la loi du 18 décembre 2014), *Moniteur belge*, 23 décembre 2014.

⁶⁶ Un enfant peut en revanche avoir au maximum quatre « parents » par le biais d'une adoption simple qui ne coupe pas tous les liens avec la famille d'origine.

⁶⁷ Article 329 du Code civil belge.

⁶⁸ En revanche, si le couple recourt à un « donneur ami » de manière informelle en dehors de toute PMA dans un centre agréé, les droits de la coparente ne seront pas protégés car le père biologique pourra contester le lien de comaternité pour établir sa propre paternité légale. Pour plus de détails sur cette situation juridiquement complexe voir notamment J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 15 mai instaurant le régime de la comaternité : « Trois femmes, un homme et un couffin », *Actualités du Droit de la famille*, *op. cit.*

⁶⁹ Cette règle prévaut également depuis 2002 en droit civil québécois dans le cas où les mères sont mariées ou unies civilement – l'équivalent en quelque sorte du PACS si on veut résumer très brièvement –, l'article 538.3 C.c.Q. prévoit l'établissement d'une présomption de parenté dans ce cas.

Parallèlement, si la femme qui donne naissance à l'enfant n'est pas mariée mais a conçu celui-ci dans le cadre d'un projet parental avec une autre femme, cette dernière pourra reconnaître l'enfant, avec le consentement de la mère de naissance, et ce dès avant la naissance ou après celle-ci⁷⁰. Elle deviendra la « coparente » par cette reconnaissance⁷¹. Si la mère qui a donné naissance à l'enfant refuse de consentir à la reconnaissance, la coparente peut obtenir du tribunal de la Famille une décision qui l'autorise, si ce n'est pas contre l'intérêt de l'enfant, à reconnaître ce dernier sans le consentement de la mère de naissance, en vertu du projet parental commun attesté par le consentement d'AMP.

Enfin, la co-maternité peut même être imposée par un jugement à la femme qui a consenti, avec une autre, à une procréation médicalement assistée : si la co-maternité n'est pas établie ni par présomption, ni par reconnaissance, elle peut l'être par un jugement au terme d'une action en établissement judiciaire qui peut être intentée par la mère ou l'enfant⁷².

Ainsi le projet parental commun de deux femmes, matérialisé par le consentement à la PMA concrétisé dans la convention signée avec le centre de fécondation, devient donc le fondement d'un double lien de filiation. Le consentement exprimé par les deux femmes auteures du projet parental dans la convention PMA produit en réalité des effets similaires au lien de sang. Ce consentement est au cœur du dispositif de la loi du 15 mai 2014 car il devient la base de la création d'un lien de parenté, et ce alors même qu'il n'a pas été conçu pour cela au départ... Dès lors que, comme indiqué ci-dessus, l'accès à la PMA a été ouvert largement (sans exigence notamment quant à la durée ou la stabilité du couple qui y recourt) et placé sous la responsabilité d'une équipe médicale qui doit fournir aux intéressés.e.s « une information loyale » et un « accompagnement psychologique avant et au cours du processus »⁷³, on délègue en réalité aux professionnels de la santé la responsabilité de recueillir un consentement éclairé des couples de femmes après les avoir préalablement informées des conséquences capitales et irréversibles du consentement à la PMA en terme de filiation. La filiation qui découlera de ce consentement, tout à fait discordante du point de vue biologique, sera inattaquable : il ne sera pas possible de la contester. En effet, d'une part, une action en contestation⁷⁴ ne pourra pas aboutir s'il est prouvé que l'épouse ou la coparente qui a reconnu l'enfant a bien consenti préalablement à la conception de l'enfant par voie d'insémination artificielle ou à tout autre acte ayant la procréation pour but⁷⁵ ; d'autre part, aucun lien de filiation ne peut quoi qu'il en soit être établi entre l'enfant et le donneur⁷⁶.

On remarquera que l'ensemble de ces dispositions ne sont applicables qu'aux couples de femmes : les couples d'hommes en sont exclus dès lors qu'un projet parental commun à deux

⁷⁰ Article 325-4 du Code civil belge.

⁷¹ Au Québec, ce serait l'équivalent de la déclaration de naissance au Directeur de l'état civil et non pas de la preuve par reconnaissance volontaire des articles 526 et suivants C.c.Q. Voir nos explications *infra*.

⁷² Article 325-8 du Code civil belge. Notons qu'au Québec, la situation sera différente lorsque les conjointes ne sont pas mariées ou unies civilement. À ce moment, seule la responsabilité de la personne partie au projet parental mais ne voulant plus reconnaître l'enfant en ne déclarant pas son lien de filiation à l'état civil selon l'article 114 C.c.Q. pourra être engagée (voir l'article 540 C.c.Q.).

⁷³ Article 6 de la loi du 6 juillet 2007.

⁷⁴ Intentée par les titulaires et dans les délais adéquats ; pour plus de détails sur ce point, voir notamment M. DEMARET et E. LANGENAKEN, « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2015/3, p. 469 et s., n° 23 et s.; J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 15 mai instaurant le régime de la co-maternité : « Trois femmes, un homme et un couffin », *op. cit.*, p. 78 et s ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *Tijdschrift voor Familierecht*, 2015/1, p. 9 et 11 ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht/Revue générale de droit civil*, 2014, p. 483.

⁷⁵ Voir notamment les articles 325-3, § 3 et 325-7 du Code civil belge.

⁷⁶ Voir *supra*. La situation est la même au Québec selon l'article 538.2 C.c.Q.

hommes requiert nécessairement le concours d'une femme pour porter l'enfant, et que son accouchement fera d'elle la mère de l'enfant alors même qu'elle n'est pas l'auteure du projet parental. Si un des deux hommes (celui qui a donné son sperme ou non) peut reconnaître l'enfant (avec le consentement de la mère de l'enfant à naître ou mineur ou à défaut l'autorisation du tribunal de la famille), une adoption sera en revanche nécessaire pour que le second devienne également le père de l'enfant, à condition bien sûr que la femme porteuse renonce à sa maternité ou consente à l'adoption. En 2014, le législateur belge a décidé de réserver le bénéfice d'une filiation monosexuée dès la naissance au couple parental féminin, créant ainsi un biais de genre au sein des couples de même sexe⁷⁷. La situation est similaire au Québec⁷⁸.

2.1.2 La PMA au Québec

2.1.2.1 Organisation des soins et conditions d'accès à la procréation médicalement assistée au Québec

2.1.2.1.1 Historique et contexte législatif

2.1.2.1.1.1 Le contexte fédéral dans lequel s'inscrit la législation québécoise

La procréation assistée relève des deux ordres de gouvernement dans la fédération canadienne⁷⁹. Les provinces sont compétentes en matière de droit civil, incluant l'encadrement des cliniques, les conditions d'obtention d'un permis et l'exercice des activités de procréations assistées, et régleme également la filiation des enfants nés du recours à la PMA ou à la GPA. Au Québec, cette dernière question est traitée dans le C.c.Q., mais tous les provinces et territoires n'ont pas une législation en ce sens. Une loi québécoise précise les conditions d'exercice de la médecine dans le secteur de la procréation assistée⁸⁰. C'est la seule province au Canada à le faire. Le gouvernement fédéral, après un long débat jusqu'en Cour suprême du Canada, doit se contenter de régler les interdictions au nom du droit criminel ou de l'ordre moral. La loi fédérale se limite donc à encadrer la recherche sur les embryons, à interdire le clonage humain, la création d'hybride et de chimère, la commercialisation des gamètes et la rémunération des mères porteuses⁸¹. D'autres articles de cette loi, incluant ceux concernant les données en matière de procréation assistée, ont été invalidés en 2010 par la Cour suprême du Canada par le jugement *Dans l'affaire du Renvoi*

⁷⁷ Voir notamment J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalités », in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 28, n° 18 ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁸ Voir *infra*.

⁷⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), art.91 et 92.

⁸⁰ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., c. A-5.01 [Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée]. Voir aussi le règlement édicté en vertu de cette loi ; *Règlement sur les activités cliniques de procréation assistée*, A- 5.01, r. 1. Pour plus de détails sur l'encadrement des PMA et de la GPA, voir COMMISSAIRE A LA SANTE ET AU BIEN-ETRE, Avis détaillé sur les activités de procréation assistée, 2014, p.24-25; 30, En ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/CSBE_PA_detaille_2014.pdf. [Rapport CSBE].

⁸¹ *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, chap. 2 [Loi sur la procréation assistée].

relatif à la *Loi sur la procréation assistée*⁸², parce que ces matières étaient de compétence provinciale.

L'encadrement sur le plan provincial, tout comme mentionné dans la partie 2.1 de ce rapport, varie d'une province ou d'un territoire à l'autre. L'encadrement des relations familiales et de la filiation relève de ces derniers et non du gouvernement fédéral, selon le partage des compétences constitutionnelles. Au Québec, on trouve un droit civil d'inspiration française et dans les autres juridictions, c'est la *common law* de tradition britannique qui prévaut. Quelques provinces ont adopté des législations pour régler la filiation par PMA⁸³ et dans les provinces où aucune loi n'a été adoptée, les tribunaux interviennent et en arrivent à des solutions souvent très différentes de celles auxquelles le droit civil nous a généralement habitués. Par exemple, en Ontario, avant l'adoption de la récente loi entrée en vigueur en 2017, *All Families Are Equal Act*, les parents faisant appel à un don pour concevoir un enfant devaient toujours s'adresser au tribunal pour obtenir une déclaration de filiation à la suite de la naissance de leur enfant, car aucune disposition législative n'empêchait le géniteur d'établir un lien de filiation avec l'enfant conçu suite à son don de gamètes⁸⁴. La Cour d'appel de l'Ontario a rendu une décision reconnaissant la pluriparenté, en l'occurrence il y avait trois parents : le géniteur, la mère et sa conjointe avec laquelle elle avait conclu le projet parental ; l'article 9 de la nouvelle loi ontarienne leur permettrait de faire reconnaître cette pluriparenté sans s'adresser au tribunal, sous réserve d'avoir préparé une convention à cet effet avant la naissance⁸⁵.

À l'instar des familles européennes, la famille québécoise connaît des transformations majeures et les développements de la procréation assistée en font certainement partie. Les fondements de la filiation sont bousculés. Ainsi, le désir d'enfant et la science ont permis de créer une famille fondée sur la volonté, et non plus seulement sur le lien biologique, en s'éloignant du modèle fourni par la nature, quoique comme nous le verrons, pas complètement non plus. L'évolution des mœurs et des pratiques sociales a favorisé la multiplication des formes de famille. La montée des libertés individuelles a aussi eu son rôle à jouer.

Les années 1980 ont vu naître un débat sur les enjeux éthiques et juridiques de la procréation assistée (mentionnons seulement le Rapport du Barreau du Québec⁸⁶, le Rapport de la Commission royale d'enquête⁸⁷ et après plusieurs tentatives, l'adoption de la *Loi fédérale sur*

⁸² [2010] 3 R.C.S. 457.

⁸³ C'est notamment le cas de la Colombie-Britannique, *Family Law Act*, B.-C., Bill 16, 2011, de l'Alberta, *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, amendé en 2010 et tout récemment l'Ontario, *All Families are Equal Act*, S.O. 2016, c.23, *An Act to amend the Children's Law Reform Act, the Vital Statistics Act and various other Acts respecting parentage and related registrations*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

⁸⁴ *All Families Are Equal Act*, S.O. 2016, id.

⁸⁵ *A.A. c. B.B.* (2007) 83 O.R. (3d) 575, 2007 ONCA 2. Pour une analyse comparée entre le Québec et le reste du Canada, voir notamment D. GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 226 et s.

⁸⁶ BARREAU DU QUÉBEC, « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de la reproduction », (1988) 48 (suppl.) *R. du B.*

⁸⁷ COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur. Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministère des Services gouvernementaux Canada, 1993 [Rapport Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction].

la procréation assistée⁸⁸, puis, la contestation de la loi fédérale devant la Cour suprême du Canada⁸⁹ et l'adoption de la Loi québécoise sur la procréation assistée⁹⁰).

Dès les années 1980, le C.c.Q. reconnaît la filiation par procréation assistée. Le législateur québécois revient sur la question en 1991 lors de l'adoption du nouveau code civil du Québec. Puis, finalement, en 2002, lors de la réforme sur l'union civile et l'homoparenté. Au contraire de la Belgique, au Québec, l'homoparenté a été reconnue avant le mariage des personnes de même sexe. En effet, le Québec n'ayant pas juridiction sur le mariage, c'est lorsqu'il adopte l'union civile, calquée sur le mariage, mais ouverte aux conjoints de même sexe, qu'il organise aussi l'homoparenté dans le Code civil. Le mariage des personnes de même sexe est rendu possible partout au Canada à partir de 2005⁹¹.

Ainsi, la réforme du droit de la famille de 2002 instaurant l'union civile et la filiation homoparentale par adoption et par procréation assistée, a proposé une redéfinition majeure de la filiation. Elle crée de toute pièce la filiation homoparentale pour les femmes lesbiennes, à l'aide de la science par la procréation médicalement assistée ou même en faisant passer de la filiation par le sang à la filiation par procréation assistée – le don de gamètes par relation sexuelle⁹² –, afin de faciliter l'enfantement des femmes lesbiennes qui désirent un enfant.

Ainsi donc, en 2002, au nom du droit à l'égalité, la loi québécoise permet, sous certaines conditions, à un couple de femmes de devenir les deux mères d'un enfant, écartant en principe l'établissement de la filiation paternelle (deux mères peuvent inscrire leur filiation maternelle à l'acte de naissance de l'enfant). La même possibilité existe pour la femme seule (la mère monoparentale inscrit sa filiation maternelle à l'égard de l'enfant à l'acte de naissance). La loi prohibe l'établissement de tout lien de filiation entre le géniteur et l'enfant qui en est issu (art. 538.2, al. 1 C.c.Q) lorsque le don a lieu dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. Une exception existe à l'article 538.2, al. 2 C.c.Q. lorsque le don a lieu par relation sexuelle. Dans l'année qui suit la naissance, un lien de filiation pourrait être établi à la demande du donneur, entre ce dernier et l'enfant issu du don. Nous y reviendrons de façon plus détaillée ci-dessous.

2.1.2.1.1.2 Conditions d'accès

La loi québécoise réglementant la PMA définit largement l'activité de procréation assistée⁹³. Le législateur québécois n'est intervenu que très peu à l'égard des conditions d'accès. Le

⁸⁸ L.C. 2004, chap. 2.

⁸⁹ Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

⁹⁰ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., c. A-5.01 [*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*].

⁹¹ Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698 ; *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33 ; Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2004, c. 4.

⁹² L'article 538.2 C.c.Q. prévoit que « l'apport de forces génétiques au projet parental » peut se faire par « relation sexuelle ». Ainsi, le *Code civil du Québec* encadre le scénario selon lequel le couple de femmes demande à un ami de fournir ses forces génétiques par relation sexuelle. L'ami agissant ainsi sera considéré comme un tiers donneur ; il n'est pas partie au projet parental. C'est donc une pratique reconnue, au-delà de celle faite en clinique de fertilité, d'où le titre du chapitre du Code civil contenant cette disposition, *De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée*, tout court et non « De la filiation des enfants nés d'une procréation médicalement assistée ».

⁹³ L'article 2 de la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., c. A-5.01 précise qu'elle consiste en « tout soutien apporté à la reproduction humaine par des techniques médicales ou pharmaceutiques ou par des manipulations de laboratoire ». Il énumère les techniques suivantes comme étant permises : « l'utilisation de procédés pharmaceutiques pour la stimulation ovarienne ; le prélèvement, le traitement, la manipulation in vitro et la conservation des gamètes humains ; l'insémination artificielle avec le sperme du conjoint ou le sperme d'un donneur ; le diagnostic génétique préimplantatoire ; la conservation d'embryons ; le transfert d'embryons chez une femme ».

statut matrimonial et l'orientation sexuelle ne constituent pas des restrictions quant à l'accès à la procréation assistée. En outre, les services ne sont pas offerts uniquement aux couples présentant une infertilité ou à risque de transmettre une maladie génétique, mais également aux femmes seules qui désirent avoir un enfant.⁹⁴ La monoparentalité et l'homoparentalité sont des situations sociales reconnues par les dispositions du Code civil en matière de procréation assistée⁹⁵. Par ailleurs, contrairement à la situation qui prévalait en France, où il était exigé comme condition deux ans de vie commune avant la dernière révision des lois de bioéthiques, une période de cohabitation n'est pas nécessaire pour un couple hétérosexuel qui désire avoir recours à la procréation assistée⁹⁶. Il n'existe également aucune condition précise quant à l'âge d'une personne pouvant avoir accès à la PMA. Le législateur qui avait d'abord interdit le transfert d'un embryon « chez une femme qui n'est plus en âge de procréer », s'en remet maintenant totalement aux recommandations des lignes directrices du Collège des médecins⁹⁷.

De manière générale, l'accessibilité aux techniques de procréation assistée relève de la sphère de l'autonomie des médecins et des cliniques dans lesquelles ils pratiquent. Ceux-ci doivent prendre leurs décisions en s'assurant qu'il n'y ait pas de risques graves pour la santé de la personne, selon sa condition physique et psychologique ainsi qu'en considérant le bien-être de l'enfant à naître⁹⁸. Cet accès large et peu restrictif s'apparente à celui de la Belgique. Néanmoins, la loi comporte tout de même certaines restrictions, par exemple une limite quant au transfert d'embryon⁹⁹. La loi prévoit aussi une obligation pour le médecin d'obtenir une évaluation psychologique lorsqu'il y a un risque quant au développement et à la sécurité de l'éventuel enfant¹⁰⁰.

La question de l'accessibilité se présente également sur le plan économique. En 2010, le gouvernement québécois avait décidé de prendre en charge la majorité des frais liés aux traitements et aux techniques de procréation assistée dont l'insémination artificielle et la FIV. L'État assurait, entre autres, le remboursement de trois cycles stimulés de FIV. Cette subvention était accordée aux couples et aux femmes qui désiraient s'en prévaloir à condition seulement de résider au Québec et de bénéficier de la couverture publique du système de santé québécois¹⁰¹. Face à un programme qui était vite devenu très populaire et en conséquence coûteux, d'autant que les conditions d'accès étaient définies très largement, le gouvernement a décidé en 2015 de revoir l'admissibilité et la gratuité des services de PMA en

⁹⁴ Pour plus de détails, voir le Rapport CSBE, *op. cit.*, aux pp. 36-37.

⁹⁵ D'une part, lorsque le législateur établit qu'il y a existence d'un projet parental « dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental » et d'autre part, lorsqu'il reconnaît la double maternité, articles 538-539.1 C.c.Q.

⁹⁶ GROUPE DE RECHERCHE EN DROIT ET POLITIQUES DE LA SANTÉ, M. BOURASSA-FORCIER et A.-M. SAVARD, Programme québécois de procréation assistée perspective de droit comparé et de droits de la personne (projet de rapport présenté au Commissaire à la santé et au bien-être), 2013, p.45, En ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/Rapport_Bourassa_Savard.pdf

⁹⁷ Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, *op. cit.*, article 10

⁹⁸ Ibid. Voir également COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC, Les activités de procréation médicalement assistée, démarche clinique et thérapeutique (Guide d'exercice), 2015, p. 82-102, En ligne :

<http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2015-11-18-fr-activites-de-procreation-medicalement-assistee.pdf> [Guide d'exercice du Collège des médecins]. Voir de plus les obligations incombant aux médecins conformément à leur code de déontologie, *Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, r. 17.

⁹⁹ Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, *op. cit.*, article 10.3.

¹⁰⁰ Ibid, article 10.2.

¹⁰¹ Rapport CSBE, *op. cit.*, aux pp.35-36

adoptant le *Projet de loi 20*¹⁰². À l'heure actuelle, le régime public ne couvre plus que les services d'insémination artificielle¹⁰³. Les personnes qui ont recours à la FIV ne bénéficient dorénavant que d'un crédit d'impôt¹⁰⁴.

Ainsi, à l'instar de la situation pragmatique prévalant en Belgique, les cliniques de fertilité exercent la procréation médicalement assistée avec une assez grande autonomie, quoique certaines balises soient tout de même imposées par la législation et le règlement sur la procréation assistée.

2.1.2.1.1.3 *Gratuité et (non)anonymat*

Le *Code civil du Québec* prévoit la gratuité du don de gamètes et d'embryons¹⁰⁵. Cette règle est complétée par l'article 7 de la *Loi fédérale* qui criminalise l'achat ou la vente de gamètes et d'embryons¹⁰⁶. Cependant, un remboursement de certaines dépenses associées au don de gamètes et d'embryons est prévu à l'article 12 de cette même loi, mais demeure théorique, car tant que le règlement fédéral ne sera pas adopté, l'article ne pourra être mis en vigueur¹⁰⁷. Vraisemblablement, ces dépenses incluront notamment les frais liés aux déplacements requis pour effectuer le don ou pour le « transport et l'entretien d'un embryon in vitro » ainsi qu'une indemnité pour le temps non travaillé¹⁰⁸.

Le don est en principe anonyme. L'article 542 C.c.Q. prévoit la confidentialité « des renseignements personnels relatifs à la procréation assistée ». Une exception à la confidentialité est prévue si « un préjudice grave risque d'être causé à la santé d'une personne » ainsi conçue ou à ses descendants s'ils étaient privés de ces renseignements. Des conditions strictes pour la transmission des renseignements sont prévues. L'information doit être transmise de façon confidentielle et en passant par une demande au tribunal¹⁰⁹. Malgré cette règle du Code civil, certaines cliniques permettent le don hétérologue non anonyme¹¹⁰.

Par ailleurs, l'anonymat est remis en question par le droit de l'enfant conçu par procréation assistée de connaître ses origines biologiques, comme composante du droit à l'identité¹¹¹. Des propositions de réforme ont été formulées en ce sens¹¹².

¹⁰² *Loi édictant la Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, RLRQ 2015, c 25.

¹⁰³ Dans le guide du Collège des médecins, il est recommandé de ne pas dépasser 6 à 9 cycles : Guide d'exercice du Collège des médecins, *op. cit.*, p.74, 87.

¹⁰⁴ MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, Modification à la liste des frais admissibles à une aide fiscale pour le traitement de l'infertilité et à la suite de la sanction du projet de loi n° 20 (Bulletin d'information n°2015-6), 2015, En ligne : http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/bulletins/fr/BULFR_2015-6-f-b.pdf.

¹⁰⁵ Article 25 C.c.Q.

¹⁰⁶ *Loi sur la procréation assistée*, *op. cit.* En effet, une infraction criminelle est prévue aux articles 60 et suivants de la loi, qui prévoient une amende et une peine d'emprisonnement.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Des discussions sont en cours au Canada sur ce qui devrait être considéré comme une dépense admissible.

¹⁰⁹ Article 542, al. 2 C.c.Q.

¹¹⁰ Rapport CSBE, *op. cit.* Il faut préciser qu'aucune sanction pénale n'est associée à la divulgation d'informations permettant d'identifier le donneur.

¹¹¹ Voir notamment les articles 7 et 8 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992, no 3, Res. A.G. 44/25 Annexe, signée par le Canada le 28 mai 1990, ratifiée le 13 décembre 1991 et entrée en vigueur le 12 janvier 1992. Le gouvernement du Québec s'est engagé, par décret, à en assurer le respect (Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51). Voir notamment C. LAVALLÉE et M. GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 R. du B. 147 ; M. GIROUX et C. MILNE, "The right to know one's origins, the *SCC Reference and Pratten v AGBC*: a call for provincial legislative action", dans Trudo Lemmens, Andrew F. Martin, Ian B. Lee, and Cheryl Milne, eds., *Regulating Creation. The Law, Ethics and Policy of Assisted Human Reproduction*. Toronto, University of Toronto Press, 2017, 124- 144.

2.1.2.1.4 Cas particulier du don de gamètes et de l'insémination ou du transfert d'embryon *post mortem*

En principe, l'insémination ou le transfert d'embryon *post mortem* n'est pas permis sans le consentement écrit du donneur avant sa mort. Sous réserve que celui-ci y ait consenti auparavant, il est possible de prélever des gamètes « sur un donneur après sa mort dans le but de créer un embryon », soit pour les besoins reproductifs de son conjoint ou de sa conjointe (peu importe le statut matrimonial au moment du décès du donneur), soit pour fins de recherche¹¹³. Quant aux gamètes prélevés avant le décès du donneur, mais utilisées après sa mort, la règle du consentement s'applique également. Selon le contenu du consentement, son conjoint ou sa conjointe pourra ou non utiliser les gamètes, les détruire ou les donner à la science pour la recherche. Dans les cas plus litigieux, le tribunal peut intervenir pour trancher.

Aucune autre condition n'est précisée en termes de délai pour procéder à l'insémination ou au transfert comme c'est le cas en Belgique.

2.1.2.2 La filiation des enfants issus de projets parentaux dans le cadre d'une PMA avec tiers donneur

La procréation médicalement assistée a fait son entrée dans le Code civil du Québec en 1980, quoique timidement, par un seul article (art. 586 C.c.Q. 1980) dans le chapitre sur la filiation par le sang, puis elle occupe une section entière dans le nouveau Code civil de 1991 (aux articles 538 et suiv. C.c.Q.) et finalement, un chapitre entier depuis la réforme de 2002 (chap. 1.1). Le chapitre qui s'applique, s'intitulant « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée », s'intéresse autant aux enfants nés de la procréation médicalement assistée qu'à ceux nés d'un apport de forces génétiques par relations sexuelles.

Autant l'encadrement plus général de la procréation assistée déborde le strict cadre du Code civil comme nous l'avons déjà expliqué, les règles concernant la filiation sont pour leur part exclusivement énoncées dans ce dernier¹¹⁴.

Le seul fondement de la procréation assistée est la volonté, et non pas comme en matière de filiation par le sang, le double fondement de la vérité biologique ainsi que de la réalité socio-

¹¹² COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, A. ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015, p. 193 à 195, recommandation n° 3.33.

¹¹³ Article 8 Loi sur la procréation assistée, op. cit.; Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi), (DORS/2007-137), article 7. Voir aussi le Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée, A- 5.01, r. 1, articles 19 à 22, qui insistent sur l'importance du consentement, sans mentionner spécifiquement la situation *post mortem*.

¹¹⁴ Pour plus de détails concernant la filiation des enfants conçus par procréation assistée en droit québécois, voir notamment M. GIROUX, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », dans *JurisClasseur Québec – Coll. « Droit civil », Personnes et famille (N° 1)*, fascicule 30, Montréal, LexisNexis Canada, 2010 (mis à jour annuellement); J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, chapitre II – De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, par. 421 et suiv.

affective. Le « projet parental avec assistance à la procréation » est donc au centre de ces dispositions. Pour que les dispositions en matière de procréation assistée trouvent application, un projet parental avec assistance à la procréation doit exister. L'article 538 C.c.Q se lit comme suit :

« Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints [peu importe le type d'union qu'ils ont choisi] ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental ».

Si un tel projet n'existe pas, les règles sur la filiation par le sang trouveront application au détriment de celles sur la procréation assistée.

2.1.2.2.1 Effets de la loi au regard du donneur ou de la donneuse de gamètes

La volonté de devenir parent étant au centre de la filiation par procréation assistée, il n'est donc pas surprenant de constater que le Code civil empêche l'établissement de tout lien de filiation entre le donneur ou la donneuse de gamètes et l'enfant ainsi conçu¹¹⁵. Cette règle s'applique que le don soit anonyme ou non. Elle permet d'éviter des actions en réclamation d'état à l'égard du géniteur, qui n'est pas partie au projet parental.

2.1.2.2.2 Effets de la loi au regard des auteurs du projet parental

Généralement, la filiation d'un enfant né d'une procréation assistée s'établit, avec les adaptations nécessaires, comme une filiation par le sang, qu'il s'agisse de couples hétérosexuels ou de même sexe et qu'ils soient mariés ou non. Pour cette raison, nous ne reproduisons pas les sections insérées dans les développements concernant le droit belge. Nous préférons ici de pas faire de distinction entre les couples puisque les règles sont les mêmes, avec quelques adaptations (section 2.1.2.2.2.1) tout en prévoyant une section pour distinguer la situation des couples ni mariés, ni unis civilement, dont l'un des conjoints n'aurait pas reconnu l'enfant à l'état civil (section 2.1.1.2.2.2).

2.1.2.2.2.1 Pour tous les couples sans égard à leur orientation sexuelle

Peu importe leur orientation sexuelle ou leur statut matrimonial, la meilleure preuve pour établir la filiation est l'acte de naissance. Généralement, la mère qui accouche déclarera sa maternité à l'état civil et le médecin constatera ce fait¹¹⁶. L'autre parent (le père dans un couple hétérosexuel ou la co-mère dans un couple homosexuel) déclarera sa filiation à l'état civil¹¹⁷. Si le couple est marié ou uni civilement, l'un des parents peut déclarer la filiation à

¹¹⁵ Article 538.2 C.c.Q.

¹¹⁶ Il peut arriver que la femme qui accouche ne déclare pas sa maternité. Dans un contexte de GPA, la Cour d'appel a précisé que la déclaration n'était pas obligatoire, *Droit de la famille 161*, 2016 QCCA 16. Nous y reviendrons dans la partie 2.3.

¹¹⁷ L'officier de l'état civil, nommé le Directeur de l'état civil, confectionne l'acte de naissance à partir d'un constat de naissance, dressé par l'accoucheur, et la déclaration de naissance de l'enfant faite par les père et mère dans les trente jours de la naissance, article 108 C.c.Q. L'acte de naissance est un acte authentique ; articles 2813 et 2814 C.c.Q.

l'égard de l'enfant pour l'autre parent¹¹⁸. Par exemple, dans un couple de femmes, la mère non porteuse peut déclarer la filiation à l'égard de la mère qui vient d'accoucher ainsi que sa propre filiation à l'égard de l'enfant. Ainsi, on retrouvera en principe comme autre parent à l'acte de naissance, la personne ayant formé le projet parental avec la mère, à condition que la déclaration de naissance ait été faite auprès du directeur de l'état civil¹¹⁹.

Puis, les autres preuves, telles que la possession d'état¹²⁰ ou la présomption de parenté pourront être aussi invoquées au besoin. Il faut noter qu'en 2002, cette présomption de parenté a été ajoutée à l'article 538.3 C.c.Q., copiée sur la présomption de paternité de l'article 525 C.c.Q. en matière de filiation par le sang.

En principe, aucune action relative à la filiation n'est ouverte dans le cadre de la procréation assistée. De façon exceptionnelle, la contestation d'état sera ouverte à la personne mariée ou unie civilement avec la femme qui a donné naissance à l'enfant, « s'il n'y a pas eu formation d'un projet parental commun ou sur preuve que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée »¹²¹. Il pourrait être le fruit de l'adultère par exemple et non pas du projet parental avec assistance à la procréation.

En ce qui concerne le don par relation sexuelle, il touche l'implication du tiers dans le projet parental avec assistance à la procréation assistée. Il a fait l'objet de litiges, souvent liés à l'absence de formalisme du projet parental¹²². À partir du moment où la volonté devient le principal fondement pour créer une famille, il faut se demander s'il est approprié de remettre en question la filiation d'un enfant conçu dans le cadre du projet parental de deux femmes à l'aide d'un ami consentant à y participer au départ à titre de tiers. Cependant, le droit n'est pas non plus insensible au fait que l'enfant a été conçu par relation sexuelle. L'article 538.2 alinéa 2 C.c.Q. prévoit la possibilité pour le donneur par relation sexuelle de réclamer sa paternité à l'égard de l'enfant ainsi conçu. Il peut exercer ce recours dans l'année qui suit la naissance. Il faut par ailleurs noter que généralement, la pratique des couples de femmes est de procéder à l'insémination non pas par relation sexuelle directe, mais en faisant usage d'une seringue pour procéder à l'insémination avec le sperme du donneur¹²³ et dans ce cas, la jurisprudence a

¹¹⁸ Article 114 C.c.Q. Il faut noter que le droit civil québécois diffère du droit français sur ce point en ce que même si le couple est marié, ce ne sera pas la présomption de paternité qui prévaudra, mais bien l'acte de naissance (confectionné à l'aide des déclarations de naissance reçues par les parents). L'acte de naissance est une preuve de la filiation hiérarchiquement supérieure à la présomption légale de filiation ; il peut contredire la présomption de paternité ; il prime (article 523 C.c.Q.). Ceci n'exclut pas que la filiation de l'enfant telle que reflétée dans son acte de naissance puisse être contestée et modifiée. Dans le cadre d'une contestation, par exemple, le père présumé pourrait faire valoir sa présomption de paternité, à condition qu'il exerce son recours dans l'année de la naissance ou de la connaissance de celle-ci. De même, le parent qui s'est occupé de l'enfant dans les faits, pourrait faire valoir dans une action en contestation d'état, sa possession d'état constante à l'égard de l'enfant. La seule exception est celle prévue par l'article 531 C.c.Q. ; c'est le cas où la possession constante d'état est conforme à l'acte de naissance. La constance s'établit après environ 2 ans de la naissance, voir notamment *Droit de la famille* 737, [1990] R.J.Q. 85 (C.A.).

¹¹⁹ L'article 130 C.c.Q. prévoit qu'une déclaration tardive (après les 30 jours prévus à l'article 108 C.c.Q.) pourrait être faite, à condition que celle-ci ne contredise pas une déclaration précédente ou un autre mode de preuve extrajudiciaire de la filiation, telles qu'une possession d'état ou une présomption légale de parenté.

¹²⁰ Articles 538.1 et 524 C.c.Q.

¹²¹ Articles 539 C.c.Q.

¹²² Voir notamment *G. N. c. L.B. et E.B. (pour X et Directeur de l'état civil, (Droit de la famille 10190)*, 2010 QCCS 348, confirmé en appel par *Droit de la famille – 111729*, EYB 2011-192171, [2011] J.Q. no 7881 (C.A.), requête pour permission d'en appeler rejetée, [2011] C.S.C. no. 444. Voir aussi M. GIROUX, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », *op. cit.*, par. 10, 11 et 24.

¹²³ Certains ont nommé ce type de pratique comme étant une « procréation artisanalement assistée ». Il reste que le code civil ne qualifie pas cette pratique ainsi. Seul « l'apport de forces génétiques » « par relation sexuelle » est mentionné à l'article 538.2, al. 2 C.c.Q.

exclu la possibilité pour le donneur de réclamer sa filiation¹²⁴. De la même façon, la réclamation d'état pourrait être utile si les parents sont mariés ou unis civilement et que l'un d'entre eux ne reconnaît pas l'enfant auprès de l'état civil.

2.1.2.2.2 Une distinction à mentionner pour les couples non mariés ni unis civilement

La réclamation d'état en justice sera impossible lorsque le couple ayant formé un projet parental n'est ni marié ni uni civilement. Dans cette hypothèse, chaque parent doit déclarer le lien de filiation qui l'unit à l'enfant¹²⁵. Le défaut de le faire de la part du conjoint ou de la conjointe de la mère a pour effet d'engager sa responsabilité à l'égard de l'enfant et de la mère¹²⁶.

2.1.2.2.3 Aspects comparatifs liés aux innovations de la loi de 2002

Lors de la réforme instituant l'union civile en 2002, l'homoparenté est institutionnalisée par la possibilité désormais offerte aux deux mères ayant formé un projet parental commun de faire reconnaître directement la filiation de l'enfant à leur égard auprès du directeur de l'état civil. Au contraire de la Belgique, au Québec, l'homoparenté a été reconnue avant le mariage des personnes de même sexe, car le mariage ne relève pas de la compétence des provinces et territoires au Canada. Le mariage des personnes de même sexe est devenu possible par l'effet de la loi canadienne en 2005. Au-delà de cette distinction, plusieurs des innovations de la loi belge de 2014 sont similaires à celles organisées par la loi québécoise, quoique douze ans plus tôt cependant.

Par ailleurs, des distinctions entre les lois belge et québécoise existent, notamment lorsque la filiation d'un enfant à l'égard de la femme ayant formé un projet parental avec la mère renonce à le reconnaître, alors qu'elles ne sont ni mariées, ni unies civilement. En Belgique, si la co-maternité n'est pas établie ni par présomption, ni par reconnaissance, elle peut l'être par un jugement au terme d'une action en établissement judiciaire qui peut être intentée par la mère ou l'enfant ; cela n'est pas possible au Québec¹²⁷.

De plus, dans les deux pays, le projet parental commun devient donc le fondement d'un double lien de filiation qui sera, sous réserve d'exception seulement, incontestable. La filiation par procréation assistée produit dans les deux pays des effets similaires au lien de sang.

On remarquera également que dans les deux pays, l'ensemble de ces dispositions ne sont applicables qu'aux couples de femmes : les couples d'hommes en sont exclus dès lors qu'un projet parental commun à deux hommes requiert nécessairement le concours d'une femme pour porter l'enfant, et que son accouchement fera d'elle la mère de l'enfant alors même

¹²⁴ La relation sexuelle est entendue au sens strict et la jurisprudence est venue exclure le cas où l'enfant a été conçu à l'aide d'une seringue. Voir notamment J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille, op. cit.*, p. 698.

¹²⁵ Article 114 C.c.Q.

¹²⁶ Article 540 C.c.Q.

¹²⁷ Article 325-8 du Code civil belge. Notons qu'au Québec, la situation sera différente lorsque les conjointes ne sont pas mariées ou unies civilement. À ce moment, seule la responsabilité de la personne partie au projet parental mais ne voulant plus reconnaître l'enfant –en ne déclarant pas son lien de filiation à l'état civil selon l'article 114 C.c.Q.– pourra être engagée (voir l'article 540 C.c.Q.).

qu'elle n'est pas l'auteure du projet parental. Au Québec, un des deux hommes (celui qui a donné son sperme ou non) peut reconnaître l'enfant, sans avoir besoin pour ce faire du consentement de la femme porteuse, conformément aux règles de l'établissement de la filiation par le sang. Puis, une adoption sera en revanche nécessaire pour que le second père d'intention devienne également le père de l'enfant, tout comme en Belgique. L'adoption ne pourra être prononcée que si les consentements du père ayant reconnu l'enfant à l'état civil et de la femme porteuse sont obtenus¹²⁸. L'asymétrie entre les couples de même sexe est existant tant en Belgique qu'au Québec¹²⁹, car tel que déjà mentionné, le législateur belge a décidé de réserver le bénéfice d'une filiation monosexuée dès la naissance au couple parental féminin¹³⁰ et la situation est similaire au Québec¹³¹. Nous verrons plus loin dans la partie 2.3 comment la pratique de la gestation pour autrui s'est tout de même développée.

Enfin, au Québec, le rôle du tiers en matière de procréation assistée doit être repensé. Il y a trois questions sous-jacentes à cet enjeu : la question de l'anonymat des dons de gamètes, le rôle du donneur par relation sexuelle et l'encadrement de la GPA. Ainsi, en ce qui a trait au rôle du donneur par relation sexuelle, une possibilité pourrait être d'éliminer le recours possible de ce dernier en réclamation d'état, dans l'année de la naissance, prévu à l'article 538.2, al.2 C.c.Q. Il s'agirait de permettre la réalisation du projet parental du couple de femmes et d'éviter qu'*a posteriori*, le donneur ne change d'avis. Ces questions n'ont pas été abordées depuis au moins 2002 par le législateur, qui n'a pas voulu remettre ces questions à l'ordre du jour législatif. Il faut toutefois noter que des propositions de réforme ont été formulées en 2015 par le Comité consultatif sur le droit de la famille¹³². Une autre question qui est au centre du débat est l'absence de reconnaissance du rôle du beau-parent et l'impossibilité de la pluriparenté/pluriparentalité en droit québécois. On peut aussi ajouter qu'il n'existait jusqu'au 16 juin dernier qu'une seule forme d'adoption au Québec (adoption plénière) et que l'adoption demeurait en principe confidentielle, sous réserve des retrouvailles¹³³. Cependant, un projet de loi qui assouplit les règles en matière d'adoption vient tout juste d'être adopté par l'Assemblée nationale du Québec¹³⁴. Ce projet de loi introduit plusieurs nouveautés. L'adoption coutumière autochtone est reconnue pour la première fois dans le code civil. Bien que le législateur québécois se refuse toujours à accepter l'introduction d'une adoption qui aurait pour effet de maintenir dans certaines circonstances le lien de filiation d'origine, comme l'adoption simple qui existe en France et dans d'autres pays, le projet de loi assouplit les règles de l'adoption plénière. En effet, une entente visant à faciliter l'échange de renseignements ou des relations interpersonnelles peut être conclue entre la famille adoptante et la famille d'origine. De plus, l'adoption peut être assortie d'une reconnaissance des liens préexistants de filiation. Toutefois une telle reconnaissance ne laisse subsister aucun droit ou obligation entre l'enfant et sa famille d'origine puisque le lien de filiation est tout de même rompu par le prononcé de l'adoption. Enfin, le projet de loi facilite les retrouvailles entre les personnes adoptées et les parents

¹²⁸ Voir en particulier les articles 555 et 543 C.c.Q.

¹²⁹ C. LAVALLÉE, « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », (2012) 1 *R.I.D.C.* 13-34.

¹³⁰ Voir notamment J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalités », *op. cit.*; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *op. cit.*, p. 7.

¹³¹ Voir *infra*.

¹³² Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.* Ce comité multidisciplinaire, présidé par Alain Roy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, a été mandaté par le gouvernement du Québec pour formuler des propositions de réforme en droit de la famille.

¹³³ Article 584 C.c.Q.

¹³⁴ *Projet de loi 113*, L.Q. 2017, c. 12. Au moment de finaliser la rédaction de ce rapport, le texte officiel n'était pas encore disponible. Le projet de loi a été adopté et sanctionné le 16 juin 2017.

d'origine en inversant le principe qui prévalait jusqu'à aujourd'hui. En effet, la divulgation de l'information, jusqu'alors impossible vu la règle de la confidentialité des données, devient le principe sauf si un veto de non divulgation de l'identité a été enregistré selon les prescriptions du projet de loi. La réforme aura notamment pour effet de permettre l'accès aux origines même lorsque la personne recherchée est décédée. Une situation qui entraînait définitivement la fermeture du dossier avant la réforme. Autant de nouveautés qui ébranlent considérablement le principe de la confidentialité de l'adoption plénière.

2.1.3 La PMA en Espagne

Concernant l'historique législatif, l'Espagne a d'abord légiféré sur la PMA en 1988¹³⁵. Puis, cette loi a été partiellement réformée en 2003¹³⁶ avant d'être abrogée en 2006. Cependant, plusieurs principes de la loi de 2003 ont été conservés dans la nouvelle loi de 2006¹³⁷.

Pour résumer très brièvement, les couples de femmes mariées peuvent être reconnues comme co-mères à l'état civil en signant un consentement prénatal à la PMA avant la naissance ou en faisant une déclaration après la naissance. En revanche, les couples de femmes non mariées doivent procéder par adoption, en Espagne généralement, pour faire établir la filiation à l'égard de l'enfant conçu par PMA. Mais pour les communautés autonomes ayant le pouvoir constitutionnel de légiférer sur l'union de fait et pour celles qui l'ont fait comme c'est le cas de la Catalogne, la règle peut être différente. En Catalogne, les couples de femmes non mariées peuvent, au même titre que celles qui sont mariées, faire reconnaître leur maternité à l'état civil. Cependant, on n'a pas adopté de présomption de maternité et le consentement n'est pas le même ; il peut seulement être donné après la naissance de l'enfant.

Le rapport plus détaillé sur le droit espagnol se trouve en Annexe¹³⁸. Il présente une analyse socio-juridique du développement des législations espagnoles et de la communauté autonome de Catalogne.

2.2 L'AMP en France

La réglementation française de l'AMP, de nature médicale, contraste avec les dispositifs des pays étudiés dans la première section.

2.2.1 Organisation des soins et conditions d'accès à la procréation médicalement assistée en France

2.2.1.1 *Historique et contexte législatif*

On ne peut pas comprendre la spécificité du droit français de l'assistance médicale à la procréation (AMP), mis en place pour la première fois en 1994, si on ne l'intègre pas au large dispositif juridique de bioéthique qui lui sert de charpente. En effet en 1994 l'ambition du législateur français n'a pas été seulement de régler les pratiques de procréation médicalement

¹³⁵ Loi 35/1988 du 22 novembre 1988.

¹³⁶ Loi 45/2003 du 21 novembre 2003.

¹³⁷ Loi 14/2006 du 26 mai 2006.

¹³⁸ Il a été préparé par les professeurs Susana Navas Navarro et Marta Encarna i Roca, respectivement juriste et sociologue, toutes deux membres de l'équipe de recherche. Voir l'annexe 5 pour le rapport complet. L'étude espagnole a été conçue de façon à intégrer systématiquement le droit et la dimension sociologique.

assistée mais de dégager des valeurs communes pour encadrer l'ensemble des usages médicaux du corps humain. Dès le début des travaux parlementaires, dans les années quatre-vingt, plusieurs camps se sont affrontés¹³⁹, même si à cette époque, en dehors des cénacles d'experts comme le Comité consultatif national d'éthique¹⁴⁰, la société civile était restée silencieuse¹⁴¹. L'originalité de la démarche française a donc été d'inscrire dans la loi des principes généraux qui expriment, par-delà la fragmentation morale et culturelle emblématique de la post-modernité, un consensus politique minimum entre une ouverture libérale aux progrès de la science et une défiance envers les pratiques médico-scientifiques qui pourraient porter atteinte à la personne humaine. D'où le vote de deux lois, le 29 juillet 1994¹⁴², qui dessinent une architecture en deux volets : dans le code civil (C. civ) sont introduits des grands principes relatifs au respect du corps humain, dans le code de la santé publique (CSP) sont ventilées les règles gouvernant les différentes pratiques biomédicales, et notamment celles organisant l'AMP.

Les imbrications entre les deux volets du dispositif sont étroites. On trouve dans le code civil, à côté des grands principes qui assurent « la primauté de la personne » et interdisent « toute atteinte à la dignité de celle-ci » (art. 16-1 C. civ), la règle de la non-patrimonialité et celle de la gratuité de tout prélèvement ou cession d'élément du corps (art. 16-5 et 16-6 C. civ), qui ont vocation à s'appliquer tout particulièrement au domaine du don de gamètes et d'embryons. C'est encore au rang des principes fondateurs de la bioéthique à la française que figure le principe de l'anonymat du don d'un élément ou produit corporel : « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur » (art. 16-8 C. civ). Ce principe trouve lui aussi une illustration privilégiée dans la règle de l'anonymat qui gouverne le don de gamètes et d'embryons. Pour finir la présentation de ce premier volet, il faut mentionner un principe qui intéresse directement une forme particulière d'AMP : c'est celui qui dispose que les conventions de procréation et de gestation pour autrui sont nulles (art. 16-7 C. civ).

On voit comment les principes généraux, rassemblés dans le code civil, se consolident mutuellement. Ainsi la condamnation des conventions de GPA affermit le principe de non-patrimonialité ; quant au principe de l'anonymat, il est conçu comme le corollaire du principe de non-patrimonialité des éléments du corps humain et de celui de gratuité de leur cession. En empêchant le donneur et le receveur de se connaître, le législateur a prévenu l'existence d'un marché où les produits humains pourraient se négocier de gré à gré entre leurs propriétaires¹⁴³. Un régime général, uniforme et impératif est ainsi mis en place en 1994 pour encadrer l'ensemble des utilisations du corps humain, à commencer par les activités d'AMP. Dans l'esprit du législateur cette charte de bioéthique avait vocation à être pérenne, elle a été exclue des deux révisions du second volet, expressément prévues par le législateur lui-même

¹³⁹ D. MEHL, *Naître ? La controverse bioéthique*, 1999. Paris : Bayard éditions.

¹⁴⁰ Le Comité consultatif d'éthique a été créé en 1983 pour donner des avis sur les problèmes moraux posés par l'évolution de la recherche dans le domaine des sciences de la vie et de la santé. Sa place prééminente dans le champ de la bioéthique a été confirmée par la loi du 6 août 2014. Voir D. SICARD, Introduction, et P. LAZAR, *Jusqu'à où l'éthique peut-elle être institutionnalisée ? Travaux du Comité Consultatif National d'Éthique*, 20^e anniversaire, 2003, PUF, Quadrige, p. 2 et 957.

¹⁴¹ D. MEHL, *Bioéthique-Revue de presse*, in *Les procréations médicalement assistées : vingt ans après*, colloque Gypsy III, éd. O. Jacob, 1998, p. 151 et s.

¹⁴² La loi n° 94-653 modifie le code civil, la loi n° 94-654 modifie le code de la santé publique.

¹⁴³ D. THOUVENIN, *Les lois du 1^{er} juillet 1994 et du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique*, *Actualité législative Dalloz* 1995, p. 149 et s., spécialement p. 163-164 ; C. CAMBY, « Anonymat et fondement des lois de bioéthique » in Paley-Vincent et Jouannet (dir.) *L'embryon, le fœtus, l'enfant*, Editions Eska, p. 274-275, 2009.

pour adapter le droit aux avancées scientifiques. Ainsi, alors que la réglementation des différentes pratiques inscrites dans le CSP a été modifiée à deux reprises, le 6 août 2004 et le 7 juillet 2011, le bloc de principes généraux est demeuré inchangé, comme sanctuarisé dans un chapitre du code civil¹⁴⁴.

Il faut insister sur cette architecture à double étage du droit français de la bioéthique car elle constitue tout à la fois une spécificité française mais aussi un frein important à toute évolution des pratiques et des normes : ainsi le développement des activités d'AMP est resté subordonné au respect des grands principes de mise hors du marché et d'anonymat qui continuent de gouverner la circulation des produits corporels.

2.2.1.2. *La finalité médicale de l'AMP et les conditions d'accès*

L'AMP est tenue comme une « réponse médicale à un problème médical »¹⁴⁵. La loi indique qu'elle « 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 » (art. L. 2141-2 du CSP).

L'AMP en France ne saurait être vue comme « un soin de confort » mais comme « la réparation d'une des fonctions essentielles de l'espèce humaine, la reproduction »¹⁴⁶. La formulation de la loi a été modifiée en 2011 pour ne laisser aucun doute sur ce point et insister sur « le caractère pathologique de l'infertilité » qui doit être « médicalement diagnostiqué ». L'AMP s'inscrit expressément dans un cadre thérapeutique. Elle ne saurait constituer un mode alternatif de procréation, laissée à la convenance des individus. Il est donc exclu d'admettre des infertilités liées à l'orientation sexuelle ou à des choix de vie privée. Procéder à une AMP à des fins autres expose à des sanctions pénales sévères (art. L. 2162-5 CSP : cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende).

Dans la mesure où en France l'AMP sert à pallier une impossibilité de procréer naturellement, elle doit nécessairement se calquer sur le schéma de l'engendrement naturel. En conséquence, aux termes de la loi, seul un couple composé hétérosexuel peut demander à bénéficier d'une procréation assistée. « L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, et doit consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination » (art. L. 2141-2 al. 2 CSP).

Depuis la seconde révision du 7 juillet 2011 il n'est plus nécessaire ni d'être marié, ni de rapporter la preuve d'une quelconque durée de vie commune pour les couples non mariés. Aucune condition de stabilité et de continuité du couple n'est donc plus exigée mais l'équipe médicale devra néanmoins s'assurer qu'elle a bien affaire à un couple vivant sous le même toit. La loi continue en effet de préciser que la cessation de la communauté de vie fait obstacle à la poursuite du traitement.

Il faut encore mettre au compte du modèle thérapeutique, soucieux d'imiter les lois de l'engendrement naturel, l'interdiction du double don de gamètes. La loi exige que l'embryon provienne au moins pour moitié des gamètes d'un des membres du couple (art. L. 2141-3 CSP) et les indications de recours à un tiers donneur sont précisément encadrées ; l'accueil de

¹⁴⁴ A noter que cette "charte" de bioéthique a été renforcée par l'inscription de l'interdiction du clonage humain par la loi du 6 août 2004 (art. 16-4 C. civ).

¹⁴⁵ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 2010, par A. CLAEYS (prés.) et J. LEONETTI (rapp), Ass. nat, doc. n° 2235, p. 9, p. 228 et p. 415.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 10.

l'embryon d'un couple par un autre couple n'est ouvert que lorsqu'aucune autre solution n'est envisageable, soit parce qu'il existe une double infertilité soit lorsque l'infertilité de l'un des membres du couple est associée à un risque de transmission d'une anomalie génétique chez l'autre¹⁴⁷.

Les couples de femmes, mariés ou non, ainsi que les femmes célibataires ne peuvent donc bénéficier ni d'un don de sperme ni de l'accueil d'un embryon dans un service français d'AMP.

Si le cadre français de l'AMP, construit sur une logique médicale, impose des conditions d'accès strictes, qui exclut de nombreuses catégories de personnes qui auraient besoin d'aide médicale pour avoir un enfant, il a pour corollaire un mode de financement généreux. Le système français offre donc un accès aux traitements de l'AMP très égalitaire pour tous les couples affectés par l'infertilité : ils n'ont rien à déboursier (ou presque) pour en bénéficier. A ce titre encore, la France se singularise, parmi les pays occidentaux, comme l'un des rares pays où presque tous les coûts de l'AMP sont assumés par l'Etat. Si le procédé d'AMP est bien mis en œuvre dans un établissement autorisé par les autorités sanitaires¹⁴⁸ et s'il est bien inclus dans la nomenclature des actes et prestations, la prise en charge par l'assurance maladie est de 100%, à l'exception de certains actes biologiques hors nomenclature qui restent à la charge du couple.¹⁴⁹

Des limites sont néanmoins posées à cette prise en charge complète : la femme ne doit pas avoir plus de 43 ans, ce qui ne garantit pas pour autant l'accord de l'équipe médicale à mettre en œuvre une AMP pour un couple dont la femme aurait seulement 40 ans mais dont la réserve ovocytaire est déjà altérée. A l'inverse, une AMP pourrait être entreprise pour un couple dont la femme aurait plus de 43 ans, mais son coût devrait alors être assumé par le couple. Pour les inséminations artificielles la prise en charge s'arrête à six, à raison d'une par cycle et pour les FIV, quatre tentatives peuvent être facturées pour l'obtention d'une grossesse (du recueil des ovocytes jusqu'au transfert des embryons in utero).

2.2.1.3 Gratuité et anonymat

Aucune rémunération ne peut être attribuée au donneur. C'est là une application particulière de l'interdiction générale de rétribuer la personne qui donne des éléments ou des produits de son corps. Mais tous les frais engagés par le donneur à l'occasion du prélèvement de ses gamètes doivent être pris en charge : les dépenses de transport et d'hébergement, l'éventuelle perte de rémunération en raison de l'absence au travail sont remboursés par l'établissement de santé qui réalise le prélèvement. Les frais d'examen et de traitements prescrits en vue du prélèvement sont pareillement couverts (Voir art. R. 1211-2 et suivants du CSP).

Le principe de l'anonymat du donneur d'éléments corporels est, comme on l'a dit, reformulé dans le Code de la santé publique au titre des principes généraux gouvernant le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain : « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée » (art. L. 1211-5 CSP). En cas de divulgation d'une information permettant d'identifier une personne qui a fait un don de gamètes et le couple qui l'a reçu des

¹⁴⁷ *Le grand livre de la Fertilité*, L. LEVY-DUTEL (ed), Eyrolles, 2015, p. 206.

¹⁴⁸ L'insémination artificielle et la stimulation ovarienne peuvent toutefois être mises en œuvre par des gynécologues dans leur cabinet de ville.

¹⁴⁹ Voir le sous-chapitre 9-2 du chapitre 9 du livre II de la classification commune des actes médicaux.

sanctions pénales sont prévues à l'article L. 1273-3 CSP (amende de 30 000 euros et 2 ans d'emprisonnement)¹⁵⁰.

Seule la nécessité thérapeutique peut permettre de porter atteinte au principe d'anonymat : lorsque la prise en charge médicale d'un enfant issu du don de gamètes le requiert, un médecin peut accéder aux informations non identifiantes consignées dans le dossier médical du donneur, constitué au moment du recueil de ses gamètes¹⁵¹.

2.2.1.4 Cas particulier du don de gamètes et de l'insémination ou du transfert d'embryon *post mortem*

En exigeant que les deux membres du couple soient vivants, la loi emporte l'interdiction de toute procréation *post mortem*. Cette interdiction a été mentionnée expressément par le législateur en 2004 : « le décès de l'un des deux membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons » (art. L. 2141-1 al. 3 CSP). Cette précision a été ajoutée en réponse aux controverses politiques et sociales suscitées par plusieurs affaires, portées devant les tribunaux, dans lesquelles l'épouse, devenue veuve, demandait la restitution des gamètes congelés avant le décès de son mari, ou l'implantation des embryons cryoconservés, afin d'accomplir leur projet parental¹⁵².

2.2.2 Un régime spécial de filiation en cas de recours à un don de gamètes

Lorsque l'AMP a lieu au sein du couple, les règles habituelles qui gouvernent l'établissement des liens de filiation s'appliquent. En revanche des règles particulières sont prévues en cas de recours à un don de gamètes ou d'accueil d'embryon (art. 311-19 et 311-20 C. civ).

Le principe de l'anonymat du don de gamètes est associé à l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation par don, dans l'éventualité très improbable où ils seraient identifiés¹⁵³. Par ailleurs aucune action en responsabilité ne pourra jamais être exercée à l'encontre du donneur.

Le couple receveur doit donner son consentement, par déclaration conjointe, devant le président du tribunal de grande instance de son choix ou devant notaire (art. 1157-2 C. proc. civ). Cette déclaration solennelle est recueillie dans des conditions garantissant le secret, hors la présence de tiers. Elle doit être l'occasion pour le juge ou le notaire d'informer le couple des conséquences du recours à un don de gamètes. Il s'agit de leur expliquer que les liens de filiation entre l'enfant et le couple bénéficiaire du don sont protégés et stabilisés par des règles de droit spécial et qu'aucun lien de filiation ne pourra jamais être établi entre le donneur et l'enfant ainsi conçu.

¹⁵⁰ L'article est reproduit à l'identique dans le Code pénal (art. 511-6).

¹⁵¹ Inversement, si une anomalie génétique est diagnostiquée chez le donneur, après le don de ses gamètes, et s'il existe des moyens de prévenir ou de soigner cette maladie, le donneur peut autoriser son médecin à prendre contact avec le centre d'AMP afin de prévenir les enfants éventuellement issus du don.

¹⁵² Une demande de transfert *post mortem* d'embryon était remontée jusqu'à la Cour de cassation : Civ. 1ère, 9 janvier 1996, JCP 1996.II.22666, note C. NEIRINCK ; 1996, p. 376, note F. DREIFUSS-NETTER ; RTD Civ. 1996, p. 359, obs. J. Hauser. Sur le débat relatif au transfert d'embryon *post mortem* voir L. BRUNET, De la distinction entre « personne » et « chose » en droit civil : à propos du transfert *post mortem* d'embryon, in *La recherche sur l'embryon : qualifications et enjeux*, Revue générale de droit médical, numéro spécial, 2000, p. 57.

¹⁵³ Le principe d'anonymat prive le donneur de toute information sur l'utilité réelle de son don : il ne pourra savoir combien d'enfants en sont issus, ni même s'il y a aucun. Il sait seulement par avance que ses gamètes ne peuvent conduire à la naissance de plus de dix enfants (art. 1244-4 CSP).

Pour l'établissement de la maternité, le droit commun s'applique : la femme qui accouche, même si elle a bénéficié d'un don d'ovules, est de plein droit la mère de l'enfant dès lors qu'elle est désignée comme telle dans l'acte de naissance. Pour la paternité en revanche, son établissement varie selon que le couple est ou non marié. En mariage, le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant ; hors mariage, aucune présomption légale ne désigne le père et le consentement de recourir à un don de gamètes, préalablement exprimé devant le juge ou le notaire, ne peut être assimilé à une reconnaissance de paternité. L'établissement de la paternité supposera que l'homme aille volontairement reconnaître l'enfant devant l'officier de l'état civil (art. 316 C. civ). S'il ne le fait pas, la loi peut l'y contraindre : d'une part, dès lors que l'homme a consenti à l'AMP avec don de gamètes, sa responsabilité pourra être engagée et il pourra être condamné au versement de dommages-intérêts à la mère ; d'autre part sa paternité pourra être reconnue de manière forcée par un tribunal, au terme d'une action judiciaire en recherche de paternité (art. 311-20 C. civ).

Le juge ou le notaire doivent aussi informer les deux membres du couple que leur consentement à une telle procréation leur interdit toute contestation de la filiation de l'enfant qui en sera issu, au motif qu'elle ne serait pas conforme à la vérité biologique. Une telle action judiciaire en contestation ne sera exceptionnellement ouverte que s'il est soutenu que l'enfant n'a en réalité pas été conçu par AMP avec don de gamètes ou si le consentement d'un des membres du couple a été privé d'effet avant la réalisation de l'AMP.

Le résultat de ce dispositif global est une fiction parfaite, et presque irréfragable, de naissance par engendrement naturel. La figure du donneur, placée hors d'atteinte de toute recherche, finit par être occultée¹⁵⁴. Le statut juridique de l'enfant ne porte aucune trace de la participation du donneur à sa conception. Le souci des équipes médicales d'apparier le donneur au couple stérile, afin d'éviter toute discordance physique flagrante entre l'enfant et ses parents, renforce encore la logique d'imitation de la nature¹⁵⁵.

Les tentatives de remise en cause de cet effacement du donneur ont été fortes. On a pu ainsi comparer un tel mécanisme à un « crime presque parfait »¹⁵⁶ ou lui accoler la formule « ni vu ni connu »¹⁵⁷. Lors de la révision de la loi en 2011, des mouvements issus de la société civile, rassemblant aussi bien des chercheurs et des psychanalystes de renom que des personnes nées d'un don de gamètes¹⁵⁸, à la recherche de l'identité de leur géniteur, se sont mobilisés pour demander l'abandon du principe de l'anonymat du don¹⁵⁹. Il a néanmoins été maintenu. Le législateur a fait prévaloir l'intérêt supposé de l'enfant dans sa famille : l'écran de l'anonymat

¹⁵⁴ Néanmoins en cas de nécessité thérapeutique des informations non identifiantes sur le donneur pourront être transmises aux parents et à l'enfant par l'intermédiaire d'un médecin (art. L. 16-8 C. civ et art. L. 1211- 5 et L. 1131-1-2 CSP).

¹⁵⁵ L. BRUNET, « Procréations médicalement assistées et catégories « ethno-raciales : l'enjeu de la ressemblance », in G. CANCELIER et S. DESMOULINS (eds), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Société de législation comparée, Paris, 2011, p. 135-154.

¹⁵⁶ M. IACUB, « La construction juridique de la nature dans la reproduction hors-nature : les fécondations artificielles » dans les lois bioéthiques in F. RONSIN, H. LE BRAS, E. ZUCKER-ROUVILLOIS (dir.), *Démographie et politique*, Éditions universitaires, Dijon, 1997, p. 161-173.

¹⁵⁷ I. THERY, *Des humains comme les autres*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010.

¹⁵⁸ Voir l'association PMA (<http://pmanonyme.asso.fr/>) ; A. KERMALVEZEN, en collaboration avec B. de DINECHIN, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008 ; A. KERMALVEZEN, *Mes origines : une affaire d'Etat*, 2014, Max Milo, Paris.

¹⁵⁹ D. MEHL, *Enfants du don, Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Laffont, Paris, 2008 ; G. DELAISI DE PARSEVAL, *Famille à tout prix*, Seuil, Paris, 2008 ; I. THERY, *Des humains comme les autres*, op. cit. Pour une analyse rétrospective, voir L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du don de gamètes en France : un pilier au socle d'argile ? », *Procréation, Médecine et don*, dir. P. JOUANNET, Lavoisier édition, Paris, 2016, p. 99-118

du donneur aiderait les couples stériles à s'investir dans leur rôle parental, en conjurant pour le père social la crainte d'une possible rivalité du géniteur. Les autorités publiques ont surtout redouté que la levée de l'anonymat entraîne une chute dans le recrutement, déjà bas, des donneurs de gamètes, inquiets de pouvoir un jour être contactés par des enfants nés de leur don qui se chercheraient un père d'appoint.

Le débat n'est pas clos pour autant, car l'ouverture du débat sur la parenté dans les couples homosexuels a conduit certains à proposer d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et de revisiter en conséquence la réglementation de l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes, en prévoyant un régime commun aux couples, peu importe qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent. Telles sont en effet les orientations du rapport « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », remis à la ministre déléguée de la Famille par I. Théry et A.-M. Leroyer au nom du groupe de travail qu'elles ont toutes deux présidé ; il y est notamment proposé de maintenir la règle de l'anonymisation des dons de gamètes tout en permettant la délivrance de l'identité du donneur à la personne majeure née du don qui en fera la demande¹⁶⁰. Franchissant un pas supplémentaire dans la mise en place d'un nouveau modèle social de « responsabilité », qui permettrait d'assurer à l'enfant les conditions élémentaires de la construction de son identité narrative, le rapport propose d'instituer un mode d'établissement *sui generis* de la filiation qui ne dissimulerait plus l'engendrement avec tiers donneur, mais qui au contraire le mettrait en valeur¹⁶¹.

2.2.3 La reconnaissance indirecte des familles composées de familles formées par les couples de femmes

2.2.3.1 *L'ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint par la loi du 17 mai ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

La loi du 17 mai 2013 est venue opérer en droit français une véritable « réforme de civilisation »¹⁶² en autorisant, après d'âpres et violents débats, le mariage aux personnes de même sexe et en leur permettant discrètement l'accès à la parenté via le mécanisme de l'adoption¹⁶³. En effet, même si nulle part dans la nouvelle loi n'est expressément formulée l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, celle-ci résulte d'un effet mécanique du droit pour deux personnes de même sexe de se marier : dès lors qu'elles sont mariées, deux personnes peuvent demander au juge d'adopter conjointement un enfant ou l'une des deux peut solliciter l'adoption de l'enfant de l'autre. L'ouverture du mariage à deux personnes de même sexe emporte donc pour elles la possibilité de fonder une famille commune par le recours à l'adoption. En revanche est resté fermé, on l'a déjà mentionné, l'accès à l'AMP qui

¹⁶⁰ I. THERY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalités, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, O. Jacob, 2014, p. 257- 267.

¹⁶¹ I. THERY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalités, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, op. cit.*, p. 192-209. Sur la déclaration commune anticipée de filiation comme nouvelle modalité d'établissement de la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, voir spécialement p. 202-207. Cette proposition est indissociable des réformes de l'état civil proposées par le rapport, en particulier de celle prévoyant que l'accès à la copie intégrale de l'acte de naissance serait réservé uniquement à l'intéressé et à ses ascendants ; ne serait communiqué aux tiers que des extraits d'acte de naissance avec filiation sans mention du mode d'établissement de celle-ci (p. 81-87).

¹⁶² I. THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Droit de la famille*, Dossier, Étude 17, 2013.

¹⁶³ A.-M. LEROYER, La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, présent, futur, *Dalloz* 2013.1687.

permettrait au couple de même sexe de mener un projet parental dans lequel l'enfant serait conçu à partir des gamètes de l'un des membres. En effet, face aux contestations véhémentes et persistantes émanant de divers courants de la société civile¹⁶⁴, le législateur a finalement renoncé à modifier le cadre de l'AMP pour permettre aux couples de femmes de bénéficier d'un don de sperme. Dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel est venu valider la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, exclus de tout accès à l'AMP, « au nom de leur situation différente au regard de la procréation »¹⁶⁵.

La reconnaissance légale de la famille homoparentale dans la loi du 17 mai 2013 est ainsi de portée limitée dans la mesure où la seule voie pour constituer une telle famille est celle de l'adoption. Trois configurations sont envisageables, d'application pratique très inégale.

2.2.3.2 Les diverses formes d'adoption homoparentale

La loi autorise d'abord l'adoption conjointe d'un enfant étranger au couple. On sait bien toutefois que cette option risque de rester un vœu pieu dans la mesure où l'offre d'enfants à adopter est sans commune mesure avec la demande¹⁶⁶.

Ensuite la loi de 2013 est venue autoriser l'adoption intrafamiliale successive afin de permettre qu'un enfant ayant déjà été adopté, en la forme simple ou plénière, par une personne seule puisse ultérieurement être adopté par son conjoint. L'adoption est depuis très longtemps ouverte aux célibataires en droit français. Depuis la condamnation de la France par la Cour européenne de droits de l'homme (Cour EDH), le 22 janvier 2008¹⁶⁷, l'agrément administratif indispensable pour pouvoir adopter ne peut être refusé à une personne seule pour des motifs liés à son orientation sexuelle. Les candidats célibataires doivent avoir le même droit de pouvoir adopter, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels. Depuis la loi de 2013, l'adoption successive est clairement ouverte : l'enfant adopté par une personne seule peut, une fois celle-ci mariée, être adopté par son nouveau conjoint, en la forme simple ou plénière. Si cette seconde adoption ne semble rencontrer aucune obstacle¹⁶⁸, encore faut-il que l'un des conjoints ait pu préalablement adopter un enfant. Or, comme les couples de même sexe, les personnes célibataires homosexuelles se heurtent souvent au refus des Etats étrangers de leur confier un enfant en vue de son adoption internationale.

C'est la troisième solution ouverte par la loi de 2013 qui constitue la voie privilégiée pour fonder une famille homoparentale : l'adoption de l'enfant né du conjoint, et non pas adopté par le conjoint. En effet les dispositions du droit commun permettant l'adoption de l'enfant du conjoint ont été mécaniquement étendues aux couples mariés de même sexe. Alors même que cette sorte d'adoption, du moins dans sa forme plénière, est traditionnellement destinée aux enfants dont l'un des parents est défaillant ou manquant, il devient possible à la conjointe de la mère d'adopter l'enfant dès lors que celui-ci n'a de filiation établie qu'à l'égard de sa mère qui

¹⁶⁴ La bannière commune était "La manif pour tous" : <http://www.lamanifpourtous.fr/>.

¹⁶⁵ Cons. const., décision n° 2013-669 DC, 13 mai 2013, *RDSS* 2013. 908, note L. BRUNET ; *Dalloz* 2013.1643, chr. F. DIEU ; *AJ Famille* 2013.332, étude F. CHENEDE ; *RTD civ* 2013. 579, obs. J. HAUSER.

¹⁶⁶ L. BRUNET, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *Revue de droit sanitaire et social*, Septembre-Octobre 2013, n°5, p. 908-918

¹⁶⁷ CEDH *E.B c/France* 22 janvier 2008, *RTD civ.* 2008. 251, obs. JP MARGUENAUD.

¹⁶⁸ Pour une première décision d'adoption plénière intrafamiliale successive, voir TGI Paris (première chambre, première section), 15 janvier 2014, RG n° 13/13204, non publiée.

en a accouché (art. 345-1° C. civ.)¹⁶⁹. Cette ouverture s'est opérée sans que le législateur ne se préoccupe du mode de conception de l'enfant. Pour les couples de femmes la loi nouvelle est donc venue offrir la perspective d'une consécration de leur projet parental commun, que l'enfant ait été conçu par relation sexuelle ou insémination « artisanale », grâce aux gamètes d'un donneur connu mais ne voulant pas assumer sa paternité, ou, bien plutôt, par le biais d'une insémination pratiquée avec le sperme d'un donneur inconnu dans un des pays voisins qui l'autorisent pour les couples de femmes.

2.2.3.3 *L'intention du législateur de 2013*

L'une des seules solutions pour un couple de femmes qui veut fonder une famille est le recours à un don de sperme pratiqué à l'étranger. Ainsi, de manière tacite, sans ouvrir l'AMP aux couples de lesbiennes en France, l'intention du législateur était bien de permettre « la régularisation » des familles homoparentales constituées grâce à une insémination artificielle réalisée à l'étranger, par le biais de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. Il y avait peu de doute sur ce point car, devant l'Assemblée nationale comme devant le Sénat, des amendements avaient été déposés pour interdire l'adoption de l'enfant du conjoint au cas où celui-ci aurait été conçu grâce à une technique d'AMP contraire aux conditions posées par le droit français ; ils avaient tous été rejetés¹⁷⁰. Il paraissait entendu que, dans l'esprit du législateur, l'adoption de l'enfant du conjoint pourrait être accordée même si cet enfant était né à l'issue d'une démarche contournant la loi française... et quand bien même le prononcé d'une telle adoption serait interprété comme un encouragement au contournement du cadre légal français ! Le silence de la loi valait validation d'une telle pratique¹⁷¹.

2.2.3.4 *L'obstacle de la fraude à la loi*

Dès lors que les conditions posées par la loi pour adopter sont remplies¹⁷², le prononcé de l'adoption est-il acquis ? L'interprétation de la loi retenue par les tribunaux de grande instance n'a pas été uniforme.

De très nombreuses décisions ont accordé l'adoption de l'enfant du conjoint sans que l'argument de la fraude à la loi ne soit invoqué par les juges. Le plus souvent, pourtant, les requérantes ne faisaient pas mystère du mode de conception de l'enfant, préférant la transparence au mensonge, et attestant du même coup de l'absence d'une filiation autre que celle établie à l'égard de la conjointe de l'adoptante¹⁷³. Dans d'autres affaires, aucune

¹⁶⁹ I. THERY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalités*, *op. cit.*, chap. 6 ; C. NEIRINCK, note sous Cass., avis, 22 septembre 2014, *Dr famille*, 2014, comm. n° 160.

¹⁷⁰ Assemblée nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2012-2013, compte rendu intégral, séance du 18 avril 2013 (http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130222.asp#P4703_0264).

¹⁷¹ Un tel argument avait déjà été mis en avant dans plusieurs jugements : TGI Pontoise, 24 juin 2014, n° 14/02335 ; TGI Evreux, 6 juin 2014, n° 14/01072 ; TGI Evry 11 juillet 2014, n° 13/07765.

¹⁷² Rappelons que la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint est allégée par rapport au droit commun de l'adoption : l'adoptant, conjoint du parent, est dispensé d'obtenir un agrément. Il n'y a pas non plus de condition de durée du mariage, puisque cette condition ne s'applique qu'à l'adoption par un couple. De surcroît, la différence d'âge requise entre l'adopté et l'adoptant est seulement de dix ans au lieu de quinze.

¹⁷³ Voir TGI Lille, 14 octobre 2013, no 2013-027517 ; TGI de Lille, 14 avril 2014, no 13-12474 ; TGI Toulouse, 16 décembre 2013, no 13-03513 ; TGI de Villefranche-sur-Saône, 23 janvier 2014, no 13-01006 (le mode de conception de l'enfant avait été expressément mentionné dans une décision précédente attribuant une délégation-partage d'autorité parentale à la compagne de la mère) ; TGI Albi, 17 mars 2014, no 14-0091 ; TGI Paris, 5

indication n'a en revanche été fournie sur le mode de conception, et il n'est pas sûr que ce soit uniquement par souci de dissimulation, une fois répandue auprès des candidates à l'adoption la crainte que la fraude puisse être opposée à la demande d'adoption. Même si dans certains cas, dont la presse s'est fait l'écho, des enquêtes, perçues comme attentatoires au respect de la vie privée, ont été diligentées par la police sur les modalités de la conception de l'enfant, il ressort de la lecture de nombreuses décisions que les juges s'en sont tenus aux éléments mentionnés dans la requête, sans poser de questions sur les circonstances de la conception de l'enfant, si bien que la procédure d'adoption s'est apparentée à une simple formalité¹⁷⁴. On remarque que plusieurs requêtes ont abouti sans l'assistance d'un avocat, comme la matière gracieuse le permet¹⁷⁵ ; les témoignages (partie 4.1) des familles rencontrées en attestent. Les juges se sont contentés de vérifier que l'enfant n'avait pas d'autre filiation établie que celle à l'égard de la conjointe de l'adoptante. C'est à peine s'ils ont précisé que l'adoption était de l'intérêt de l'enfant et leur décision était alors peu ou pas motivée¹⁷⁶, ce qui est au demeurant conforme à l'article 353 al. 5 C. civ. Dans leur grande majorité, les juges ont considéré que l'adoption de l'enfant du conjoint était de droit, dès lors que les conditions légales étaient remplies, peu importe la façon dont l'enfant avait été conçu.

Toutefois le mode de conception de l'enfant a été invoqué par certains procureurs pour s'opposer à l'adoption de celui-ci par la conjointe de sa mère. À leurs yeux, effectivement, le fait de bénéficier à l'étranger d'une insémination artificielle interdite en France pour concevoir l'enfant commun désiré constituait une fraude à la loi qui interdisait l'adoption de l'enfant « illégalement conçu ». Au soutien de ce raisonnement, ils rappelaient que la loi de mai 2013 n'a pas modifié l'accès à l'AMP qui reste réservé aux couples de sexe différent et que le Conseil constitutionnel lui-même, dans sa décision du 17 mai 2013, a appelé à priver d'effet, voire à réprimer, les pratiques consistant à se déplacer à l'étranger pour recourir à des services d'assistance médicale à la procréation au mépris de la loi française. Le reste de leur raisonnement était emprunté à la jurisprudence qui refusait d'inscrire la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger sur les registres français de l'état civil au motif que « 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 » (Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, 2 espèces; Civ. 1^{re}, 19 mars 2014¹⁷⁷). Dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, la fraude à la loi aurait consisté à échapper à « l'interdiction française de concevoir par insémination un enfant délibérément privé de père » pour le rendre ainsi adoptable par la conjointe de sa mère, selon le courant doctrinal dont s'est nourrie l'opposition des procureurs¹⁷⁸.

mars 2014, no 13-15233 ; TGI Paris, 9 avril 2014, no 13-11090 ; TGI Paris, 30 avril 2014, no 14-00913 et no 14-00909 (adoptions croisées des enfants élevés par le couple, chaque femme adoptant l'enfant de l'autre) ; TGI Montluçon, 19 mai 2004, no 14-00210 ; TGI Clermont-Ferrand, 15 mai 2014 (rapporté dans le journal *La Montagne*, 20 mai 2014) ; TGI Marseille, 11 juin 2014, no 13-11746 (un appel a été formé par le parquet).

¹⁷⁴ Voir TGI Montpellier, 23 janvier 2014, no 13-06971 ; TGI Montpellier, 20 mars 2014, no 14-1160 ; TGI Saint-Pierre-de-la-Réunion, 11 avril 2014, no 14-00465 et no 14-463 (adoptions croisées).

¹⁷⁵ Voir les décisions précitées.

¹⁷⁶ Voir TGI Créteil, 10 avril 2014, no 14-00325 ; TGI Bobigny, 19 mai 2014, no 14-01166 ; TGI Bobigny, 19 mai 2014, no 14-01171.

¹⁷⁷ Voir références *infra* dans partie 2.4 sur la gestation pour autrui.

¹⁷⁸ A. MIRKOVIC, « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *Revue Lamy droit civil* 2014, juillet-août, n° 117, p. 40-44 ; C. NEIRINCK, note sous TGI Lille, 14 octobre 2013, *Droit de la famille*, 2014, comm. n° 4 ; « Épouses, fraude et adoption plénière », *Droit de la famille* 2014, Repère 7 ; J. MOULY, « "La délocalisation procréative" : fraude à la loi ou habileté permise », *Dalloz* 2014. 2419-2422.

Ce raisonnement a convaincu quelques juges : certains ont alors refusé de prononcer l'adoption (TGI Versailles, 30 avril 2014, no 13-00168 ; TGI Aix-en-Provence, 24 juin 2014, no 14-01472) ; d'autres ont choisi de surseoir à statuer et de saisir pour avis la Cour de cassation, considérant, conformément aux conditions requises par l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire, que la question était nouvelle et difficile à trancher et que, de plus, elle avait fait l'objet de réponses jurisprudentielles disparates (TGI Avignon, 19 juin 2014, demande d'avis no 1470007 ; TGI Poitiers, 23 juin 2014, demande d'avis no 1470006). Dans l'attente de la réponse de la Cour de cassation, certains tribunaux ont alors repoussé le prononcé de leur décision (TGI de Tarascon, 4 juillet 2014, no 14-00605).

La Cour de cassation fut ainsi saisie concomitamment par deux tribunaux pour répondre dans les trois mois à une même question qui se dédoublait. Le recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes est-il de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère ou, au contraire, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils de faire droit à une telle requête ?

2.2.3.5 La Cour de cassation au secours de la loi

Les juges de la haute juridiction judiciaire ont affirmé que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger, ne faisait 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 »¹⁷⁹. Certes l'avis rendu ne lie pas les deux juridictions qui ont formulé la demande, ni d'ailleurs les autres juridictions. La Cour de cassation elle-même pourrait opérer un revirement si elle était saisie dans le cadre processuel régulier d'un pourvoi en cassation¹⁸⁰. Mais on voit mal comment la Cour de cassation pourrait revenir sur sa position, étant donné son incidence sur le nombre d'enfants qui vont pouvoir être adoptés au sein d'un couple de même sexe. Quant à penser que l'avis pourrait ne pas s'imposer à toutes les juridictions ce n'est guère plausible, d'abord parce qu'un avis est prononcé par une formation prestigieuse de la Cour de cassation, ensuite parce qu'en l'occurrence il est adossé sur des motivations qui ne sont guère contestables.

Cet avis très laconique doit en effet être lu en relation avec le communiqué de presse fait par la Cour de cassation mais aussi avec les rapports publiés qui l'accompagnent (rapport du conseiller référendaire, Mme R. Le Cotty, et conclusions de l'avocat général, M. J.-D. Sarcelet)¹⁸¹. C'est dans le communiqué de presse que sont précisés les fondements juridiques de l'avis, eux-mêmes puisés à la fois dans le rapport du conseiller référendaire et dans les conclusions de l'avocat général auxquelles l'avis prend soin de mentionner qu'il se conforme. Il est ainsi indiqué que la piste de la fraude à la loi est

¹⁷⁹ Deux avis sont rendus le même jour, mais nous utiliserons « avis » au singulier lorsque nous y ferons référence : Cass., avis, 22 septembre 2014 (no 14-70.006 et no 14-70.007), *Actualité juridique Famille*, 2014, p. 523, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, p. 555, obs. F. CHENEDE ; *Dalloz*, 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014, p. 872, obs. J. HAUSER, *Revue de droit sanitaire et social*, 2014, p. 1145, note L. BRUNET ; J. HAUSER. « L'externalisation de la fabrique des enfants. Libres propos », *La semaine juridique* 2014. 1004 ; Ph. Reigné « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *Dalloz* 2014. 1669-1670.

¹⁸⁰ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, La saisine pour avis de la Cour de cassation, *JCP* 1992.1376 ; J. HAUSER, « L'externalisation de la fabrique des enfants. Libres propos », *La semaine juridique*, 2014.1004.

¹⁸¹ Les rapports sont consultables en ligne : https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport1470006_ANO.pdf ; https://www.courdecassation.fr/IMG///Conclu_avocatg%C3%A9n%C3%A9ral.pdf.

écartée dans la mesure où, en France, certes sous conditions, l'insémination artificielle avec donneur anonyme est autorisée : dès lors, « le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français ». Il est aussi ajouté que la loi du 17 mai 2013 a autorisé l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère sans qu'« aucune restriction relative au mode de conception de l'enfant ne soit mentionnée ». Cette solution n'était guère surprenante.

La Cour de cassation n'avait-elle pas déjà implicitement écarté l'argument de la fraude à la loi lorsque, dans sa décision du 24 février 2006¹⁸², elle avait accepté de prononcer une délégation-partage de l'autorité parentale au bénéfice de la compagne de la mère, alors même que l'enfant était issu d'une insémination avec don de sperme réalisé à l'étranger ? Comment, si la situation avait été considérée comme constituée en fraude à la loi française, aurait-elle pu produire des effets de droit¹⁸³ ? Certains tribunaux n'avaient ainsi pas manqué d'invoquer ce précédent dans les motifs au soutien de leur refus de saisir pour avis la Cour de cassation (TGI Evry 11 juillet 2014, n° 13/07765).

Ensuite, comme le communiqué de presse l'indique, si la loi française réserve l'accès à l'AMP au couple de sexe différent, elle n'édicte pas pour autant à l'intention des couples de femmes ou des femmes célibataires une interdiction formelle de recourir (ailleurs) à une insémination avec donneur. De surcroît la méconnaissance du cadre légal français n'est assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public, à la différence de ce qui concerne la GPA. Les seules sanctions pénales prévues concernent en réalité les médecins qui doivent s'assurer que les conditions de l'AMP fixées par le code de la santé publique sont remplies (art. L. 2162-5 CSP), comme l'a souligné le conseiller référendaire dans son rapport (p. 23). Le même raisonnement a été tenu par l'avocat général qui a opportunément qualifié les dispositions encadrant l'AMP de lois de police, n'ayant par définition de portée impérative que sur le territoire national (p. 14). Les principes revêtus d'un véritable caractère d'ordre public international justifiant de refuser de donner effet en France à une situation qui les transgresserait seraient ailleurs, énoncés sous les articles 16 à 16-9 du code civil : respect de la dignité de la personne, protection de l'intégrité du corps humain, gratuité et anonymat du don des éléments et des produits corporels. Là serait le gisement des principes essentiels dont le détournement, au terme d'une délocalisation procréative, appellerait une forme de sanction du droit français¹⁸⁴. On reconnaît ici la référence à la catégorie élaborée par la Cour de cassation pour déterminer notamment dans quels cas les circonstances de la conception d'un enfant ou les mentions sur son acte de naissance étranger peuvent être un obstacle à la reconnaissance en France de sa filiation¹⁸⁵. C'est précisément cette différence entre les principes essentiels du droit français et les autres règles impératives du droit interne que le conseiller rapporteur comme l'avocat général ont creusé, en la cristallisant sur l'opposition entre la PMA avec donneur et la GPA. La gravité du contournement de la loi française opérée par ces pratiques réalisées à l'étranger ne pourrait être appréhendée de la même manière dans l'un et l'autre cas. Seule la GPA enfreindrait un principe essentiel du droit français, par différence avec

¹⁸² Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, Dr. fam. 2006, comm. n° 89, obs. P. MURAT ; JCP 2006. I. 199, n° 16, obs. M. REBOURG ; D. 2006. 897, note D. VIGNEAU ; AJ Famille 2006.159, obs. F. CHENEDE ; RDSS 2006. 578, obs. C. NEIRINCK.

¹⁸³ F. BERDEAUX-GACOGNE, « Adoption d'un enfant né par PMA : irrecevabilité de la saisine pour avis de la Cour de cassation ? », *AJ Famille* 2014. 431.

¹⁸⁴ Telle était l'une des motivations avancées aussi bien par le TGI de Pontoise, dans son jugement du 24 juin 2014 (n° 14/02335), que par le TGI de Nanterre, dans ses deux jugements rendus le 8 juillet 2014 (n°13/14803), pour faire parade à l'argument de la fraude à la loi.

¹⁸⁵ Voir : Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130 : références *infra* dans partie 2.4 sur gestation pour autrui.

l'insémination par don de gamètes (Rapport de R. Le Cotty, p. 40-43, 70 ; rapport de J.-D. Sarcelet, p. 14-15). La distinction paraît bien avoir emporté la conviction de la Cour de cassation. Le communiqué éclairant l'avis énonce expressément que « le fait que des femmes aient recours à l'étranger à une insémination artificielle avec donneur anonyme ne heurte aucun principe essentiel du droit français ». La Cour de cassation a donc repris à son compte la hiérarchie, dégagée par les rapports préparatoires, dans les atteintes à l'ordre public familial français¹⁸⁶.

Enfin, sauf hypothèse d'inceste ou de convention de GPA, avant comme après la loi du 17 mai 2013, le juge de l'adoption n'a jamais eu à se préoccuper du mode de conception de l'enfant pour vérifier qu'il est bien permis par la loi française. Tant le conseiller référendaire (p. 26-29) que l'avocat général (p. 15) avaient insisté sur cet argument. Toute autre solution aurait porté une atteinte grave à l'intimité de la vie privée du couple de femmes¹⁸⁷. Comme l'indique son communiqué de presse, la Cour de cassation a aussi été sensible à cette analyse de la lettre (si révélatrice de son esprit) de la loi du 17 mai 2013 : l'établissement, par adoption, d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe est permise « sans aucune restriction relative au mode de conception de l'enfant ».

Les juges de la Cour de cassation ont donc eu le mérite d'achever le travail de reconnaissance des familles formées par les couples de femmes que le législateur n'avait pas pu mener à bien. L'avis de la Cour de cassation a fait céder les dernières résistances des juges. On trouve une illustration éloquente du ralliement forcé de certains tribunaux dans les décisions de la Cour d'appel de Versailles (1^{ère} Chambre, 1^{ère} section) du 15 avril 2015 (n° 14/04245, n° 14/05360, n°14/04244 ; n° 14/04243) : même si la Cour d'appel se résout à infirmer le jugement du TGI de Versailles refusant de prononcer l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère, en invoquant l'avis rendu par la Cour de cassation, elle ne manque pas de souligner que « le ministère public fait exactement observer qu'il n'est pas douteux qu'en allant à l'étranger pour bénéficier d'une PMA, il y a bien eu de la part de la mère de l'enfant volonté d'échapper à la loi française et de l'enfreindre ». Néanmoins, même après les avis de la Cour de cassation, il y a eu encore quelques tentatives d'opposition de la part de juges du fond. Ainsi le TGI de Cahors, ne se considérant pas lié par ces avis, a refusé dans sa décision du 12 juin 2015 de prononcer l'adoption par la conjointe de la mère de l'enfant au motif de la fraude à la loi constituée par le recours à un don de sperme à l'étranger¹⁸⁸. Sans surprise la Cour d'appel d'Agen (n° 15/00850) est venue réformer le jugement dans un arrêt en date du 18 janvier 2016¹⁸⁹ et a prononcé l'adoption sollicitée.

2.2.3.6 Les principes européens au soutien de la solution dégagée par la Cour de cassation

Il faut, au surplus, mentionner le renfort de poids apporté par certains juges à la position de la Cour de cassation. C'est ce qui ressort notamment de deux décisions de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 14 avril 2015 (6^{ème} chambre C, n° 14/13137 et 6^{ème} chambre B, n°14/13183) qui ajoutent d'autres fondement à ceux dégagés par la Cour de cassation pour motiver le prononcé de l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère. La cour aixoise se réfère tout

¹⁸⁶ Voir aussi A.-M. LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *Dalloz* 2014. 2031.

¹⁸⁷ Voir aussi H. FULCHIRON, « *Fraus omnia corrumpit* ? A propos de la filiation des enfants nés par insémination avec don de sperme dans un couple de femmes », *Dalloz* 2014. 1162 ; S. BOLLEE S, A.-M LEROYER, E. PATAUT, « L'État dans les chambres à coucher », *Le HuffPost*, 7 mars 2014.

¹⁸⁸ Ce jugement est mentionné dans l'arrêt d'appel, Agen, 18 janvier 2016.

¹⁸⁹ Agen, 18 janvier 2016 (n° 15/00850) ; voir aussi Aix en Provence, 14 avril 2015 (n° 14/13183 et 14/13137) ; Versailles, 16 avril 2015 (n° 14/05363, n° 14/05368, n° 14/05360, n° 14/04243, n° 14/04245, n° 14/04244).

d'abord expressément à l'intention du législateur qui était « à l'évidence de favoriser l'adoption par les couples de même sexe ». Par ailleurs la Cour récuse l'objection soulevée par le Ministère public qui soutenait que le consentement de la mère à l'adoption de son enfant par sa conjointe était vicié par le fait qu'elle aurait mis au monde un enfant directement adoptable car irrémédiablement privé de père. Les juges aixois rappellent que le Conseil constitutionnel « a estimé que le droit français ne reconnaissait pas à l'enfant le droit de voir sa filiation établie à l'égard de deux parents de sexe différent, dont il est issu, ni même le droit de voir établi son lien de filiation biologique »¹⁹⁰. Enfin la cour (6^{ème} chambre C) dans son arrêt n°14/13137 dénonce la confusion, dans laquelle ont versé les juges de première instance et le Ministère public, entre violation de la loi et fraude à la loi : la seconde suppose pour être constituée que le sujet ait agi sur la règle de conflit de loi, en usant délibérément d'un artifice pour pouvoir se prévaloir de la loi étrangère. Or, selon elle, en l'espèce « il n'y a eu aucune manipulation de la règle de conflit de lois, car la mère, citoyenne de l'Union européenne, s'est contentée de se rendre en Espagne où la PMA lui était accessible, ce que permet [...] la directive UE 2011/24 du 9 mars 2011 qui pose le principe de la libre circulation pour les soins de santé que les ressortissants européens peuvent aller recevoir en Espagne ».

Ce dernier argument mérite que l'on s'y arrête, alors même qu'il est demeuré ignoré par la Cour de cassation, car il mobilise l'un des principes essentiels du droit européen. Rappelons que la libre circulation des personnes compte parmi les libertés fondamentales protégées par le droit de l'Union européenne et qu'elle inclut la liberté pour un patient de se déplacer dans un autre Etat membre pour y bénéficier d'un traitement particulier. Il est donc en quelque sorte inhérent au droit de l'Union européenne de permettre que les législations nationales soient contournées par la liberté de circulation des personnes et que les patients puissent se déplacer dans un autre Etat de l'Union pour y suivre un traitement qui y est légalement accessible, quand bien même celui-ci serait illicite dans leur pays d'affiliation¹⁹¹. La récente directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, invoquée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le confirme, s'il était besoin. Même si ce texte porte essentiellement sur le remboursement des soins de santé reçus à l'étranger, il consacre la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes relative au droit des patients à bénéficier d'un traitement médical dans un autre Etat membre que le leur¹⁹². Or il est difficile de ne pas inclure dans la catégorie « soins de santé », définie de manière très large par la directive (voir considérant 6 et article 3a), l'AMP avec don de gamètes dès lors que l'acte d'insémination suppose l'intervention d'un médecin dans le cadre d'un établissement de santé et l'utilisation de gamètes¹⁹³. On rappellera, au demeurant, que la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 (dite directive Tissus) vise à fixer des standards minimaux en matière de sécurité sanitaire dans les opérations de don, prélèvement, conservation, répartition... des tissus et cellules humains, et qu'elle a vocation à s'appliquer aux gamètes (voir considérant 7 du Préambule). Il ne fait donc pas de doute que le recours à l'AMP avec don de gamètes à l'étranger est protégé au titre de la mobilité des patients et de la libre prestation de soins, consacrées par la Directive 2011/24/UE

¹⁹⁰ Cons. const., décision n° 2013-669 DC, 13 mai 2013, *Dalloz* 2013. 1643, chron. F. DIEU ; *AJ fam.* 2013. 332, étude F. CHENEDE ; *Constitutions* 2013. 166, obs. A.-M. Le POURHIET ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. HAUSER, *RDSS* 2013, 908, note L. BRUNET.

¹⁹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, L'émergence d'un droit communautaire de la bioéthique, *RTD europ.* 2009. 21 ; T. HERVEY et J. MCHALE, *Health law and the European Union*, 2004, Cambridge University Press, p. 151. ¹⁹² L. DRIGUEZ et V. MICHEL, « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers: progrès pour la santé ou pour le marché ? », *Europe* 2011, n° 10, octobre, étude 9.

¹⁹³ L. BRUNET (dir.), 2013, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », *Directorate General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs*, mai 2013, p. 142-143.

comme des ressorts incontestables du marché intérieur européen. Aucune règle nationale ne saurait donc empêcher ou faire obstacle à une telle délocalisation procréative. C'est bien ainsi que l'a compris la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 14 avril 2015.

Il faut par ailleurs ajouter que le principe de la mobilité des patients et la liberté de recourir à un traitement d'AMP à l'étranger a été consolidé par la CEDH dans l'arrêt *S. H c. Autriche* du 3 novembre 2011¹⁹⁴, dans lequel deux couples hétérosexuels, tous ressortissants autrichiens, se plaignaient de ne pas pouvoir avoir accès à la fécondation in vitro associée à un don de gamètes (en l'occurrence le don d'ovocytes et la FIV associée à un don de sperme), car ces traitements, à cette époque, étaient prohibés dans ce pays. Tout en reconnaissant à l'Autriche, comme à chaque Etat, une large marge d'appréciation pour régler des matières aussi sensibles et controversées que les techniques de procréation médicalement assistée, la CEDH est venue ajouter que « le droit autrichien n'interdit pas aux personnes de se rendre à l'étranger pour y bénéficier de traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de PMA interdites en Autriche ». Allant plus loin sur la piste ainsi ouverte de la délocalisation procréative, elle précise que, « en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents » (§ 114). C'est donc à condition de tolérer l'AMP transfrontière et de pleinement reconnaître le statut familial de l'enfant qui peut en résulter, à l'égard de ses père et mère, qu'un Etat qui a choisi de restreindre l'éventail des techniques d'AMP accessibles sur son territoire peut échapper à une condamnation pour violation du droit de chacun au respect à la vie privée et familiale. Même si les mécanismes des droits fondamentaux de la CEDH ne sauraient se confondre avec ceux des libertés fondamentales du marché intérieur européen utilisés par les instances de l'Union européenne¹⁹⁵, les constructions normatives contribuent, dans l'un et l'autre cas, au même résultat : les personnes sont encouragées à aller là où sont accessibles les techniques d'AMP avec don de gamètes dont elles souhaitent bénéficier. Puis une fois l'enfant conçu et né, le respect de son droit à l'identité commande la reconnaissance du lien de filiation, qui le rattache à ses parents, par l'Etat où il réside.

2.2.3.7 Conclusion

La solution française pour reconnaître la famille constituée par un couple de femmes qui a eu un enfant par don de sperme à l'étranger reste donc un compromis qui ne permet l'établissement des deux liens de filiation maternelle que de manière successive, par étape. La maternité fondée sur la grossesse et l'accouchement est première ; elle s'impose par l'effet que la loi attache automatiquement au fait de l'accouchement, tandis que la maternité qui n'est pas ancrée sur la grossesse est seconde, accessoire de la première. Non seulement elle est conditionnée par le consentement de la mère légale à l'adoption de son enfant par sa conjointe, mais elle ne peut être constituée qu'au terme d'un jugement d'adoption prononcé par un juge en charge d'en apprécier l'opportunité. La famille fondée par un couple de femmes repose donc sur une hiérarchie entre les liens qui rattachent l'enfant à ses deux mères. En l'état actuel du droit positif français, aucune forme d'expression juridique *ab initio* et concomitante des deux maternités n'est possible. La famille homoparentale fonctionne selon le modèle de la greffe par adoption. Elle n'est pas encore revêtue de la légitimité qui permet de faire l'économie du recours au juge pour se rattacher un enfant.

¹⁹⁴ CEDH, Gde ch., 3 nov. 2011, Req. n° 57813/00, *AJDA* 2012. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2011. 2870 ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille* 2011. 608, obs. A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2012. 283, obs. J.-P. MARGUENAUD.

¹⁹⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *L'émergence d'un droit communautaire de la bioéthique*, *op. cit.*, p. 27

Au terme de l'analyse comparative menée dans la section précédente où ont été présentés les dispositifs juridiques de reconnaissance de la famille homoparentale de trois pays, de tradition juridique plus ou moins commune, il ressort que la position de la France est isolée. En effet la Belgique, l'Espagne, le Québec autorisent, à des degrés différents, une forme d'établissement conjoint de la double maternité, qui témoigne d'une politique d'assimilation de la famille homoparentale. Dans chacun de ces pays, sous certaines conditions, il est en effet possible pour la femme qui n'a pas porté l'enfant d'apparaître comme la seconde mère sur l'acte de naissance de l'enfant sans devoir saisir le juge de l'adoption. En Belgique, dès lors que le couple de femmes est marié, la conjointe de celle qui met au monde un enfant sera automatiquement tenue pour la co-parente de l'enfant. Si le couple n'est pas marié, et sous réserve que la mère de naissance y consente, la compagne pourra reconnaître l'enfant. Au Québec, la réglementation participe d'une logique similaire : même dans le cas de l'assistance à la procréation par relation sexuelle, les couples de femmes mariées ou unies civilement peuvent établir dès la naissance la maternité de chacune d'elles. Il faudra néanmoins que soit accomplie, par l'une ou l'autre des deux femmes, une déclaration à l'état civil de la maternité de celle qui n'a pas accouché. Même lorsque le couple n'est ni marié ni uni civilement, cette possibilité de double établissement *ab initio* de la filiation de l'enfant, à l'égard des deux compagnes qui ont contribué à sa naissance, existe : la filiation ne sera toutefois pas établie de manière indivisible entre les deux femmes. Il faut donc souligner qu'en Belgique comme au Québec, les règles permettant l'établissement de la parenté dans les couples hétérosexuels ont été transposés aux couples de femmes qui veulent fonder une famille. En dehors de la Catalogne, qui se rattache pleinement au courant représenté par la Belgique et le Québec, l'Espagne ne s'est pas engagée dans la voie d'une complète assimilation entre couples hétérosexuels et couples lesbiens. Toutefois un dispositif particulier permet aux deux femmes, si elles sont mariées, de pouvoir être tenues pour les deux mères de l'enfant sans devoir passer par une procédure d'adoption. Il suffit pour la conjointe qui n'a pas porté l'enfant de faire une déclaration de maternité devant l'officier de l'état civil. Une procédure d'adoption n'est nécessaire pour faire établir un lien de parenté entre l'enfant et la compagne de sa mère que si les deux femmes ne sont pas mariées. Mais, on l'a vu, la Cour de cassation est venue apporter des tempéraments, en faveur aussi bien de l'épouse de la mère que de la compagne, en lui ouvrant la possibilité de faire établir sa parenté légale au moyen de la possession d'état.

Le modèle français de l'AMP, sous-tendu par une conception médicale qui réserve ce traitement aux couples hétérosexuels stériles, contribue donc à singulariser le droit français de la famille, qui résiste à la tendance croissante vers une élaboration d'un droit commun de la filiation par don de gamètes, applicable aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples de femmes. Ce modèle pourra-t-il encore se maintenir alors que le principe de la libre circulation des personnes lui fait subir des assauts constants ?

2.3 GPA et droit comparé : Belgique, Québec, Espagne

2.3.1 La GPA en Belgique

2.3.1.1 Les pratiques de GPA en Belgique : une prise en charge limitée à quelques centres qui recueillent l'ensemble des demandes

Si aucune loi spécifique ne régleme actuellement la gestation pour autrui en Belgique et si, en application des règles de droit commun, l'on considère généralement que le contrat est nul¹⁹⁶, il n'empêche que la GPA est pratiquée sur le sol belge :

¹⁹⁶ Ce qui implique qu'en cas de non remise de l'enfant par la femme porteuse (aussi mère légale, voir *infra*), il

- soit au sein de certains hôpitaux dotés d'un service de médecine reproductive permettant l'usage de la FIV (appelé GPA de « haute technologie ») ;
- soit de façon plus « artisanale » et en dehors des structures hospitalières encadrées, via une « simple » insémination (GPA de « basse technologie »).

Cette réalité de terrain hétérogène résulte de l'absence totale de conditions posées comme telles concernant l'accès à la gestation pour autrui¹⁹⁷ ; en dehors des conditions de mise en œuvre de la technique de FIV qui sont régies par la loi de 2007, les hôpitaux qui pratiquent la GPA établissent leurs propres modalités d'accès. Celles-ci peuvent tout aussi bien concerner :

- le statut civil du ou des parents d'intention (femme seule, homme seul, couples hétérosexuels, couples homosexuels) ;
- celui des femmes porteuses ;
- la nécessité ou non, pour les parents d'intention, de fournir tout ou partie du matériel génétique du futur embryon ;
- l'existence ou non de liens préalables avec la femme porteuse – sachant que certains centres en Belgique privilégient les gestations pour autrui relationnelles ;
- l'exigence ou non d'au moins une grossesse préalable dans le chef de la femme porteuse ;
- ou bien encore des conditions de résidence ou nationalité¹⁹⁸, tant pour les parents demandeurs que pour la femme porteuse.

Pratiquées dans les hôpitaux ou les centres de reproduction, il s'agit toujours de GPA altruiste — et sans lien génétique entre l'enfant et la femme porteuse — dès lors que des principes généraux du droit civil et pénal interdisent toute forme de commercialisation portant sur une personne. Quant aux gestations pour autrui pratiquées en dehors d'une structure hospitalière, elles échappent par définition à toute définition de condition d'accès.

2.3.1.2 2015 : *Le rapport du Sénat belge sur la GPA*

Un questionnement quant à la disparité des pratiques a motivé le parlement belge à solliciter la réalisation d'un rapport d'information portant sur les possibilités de définir pour la gestation pour autrui un « cadre légal performant »¹⁹⁹. Le Sénat de Belgique, après avoir procédé à de nombreuses auditions, a produit un important rapport de synthèse²⁰⁰ dans lequel chaque parti politique belge représenté dans les assemblées législatives a donné son point de

est impossible de la « forcer » à remettre l'enfant aux parents d'intention. Voir notamment N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 181 et s. Certains auteurs considèrent au contraire que le contrat sera valable : voir G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle. Plaidoyer pour un droit neutre et libéré », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *ibid.*, pp. 155 et s.

¹⁹⁷ Voir également M.-N. DERESE, « L'accès à la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *ibid.*, pp. 293-323. La situation est la même au Québec.

¹⁹⁸ Voir notamment pour l'exposé de l'expérience d'un centre belge C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *ibid.*, pp. 9-21.

¹⁹⁹ Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, document 6-98/1, session 2014-2015, 3 décembre 2014, disponible sur <http://www.senate.be>.

²⁰⁰ Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité document 6-98/2, session 2014-2015, 3 décembre 2014, disponible sur <http://www.senate.be> [[Rapport d'information](#)].

vue quant à savoir s'il fallait (ou non) une législation en matière de gestation pour autrui, qui permettrait notamment de fixer des conditions d'accès à celle-ci.

La majorité des partis se sont positionnés pour un encadrement législatif, d'une part, et une interdiction de la GPA commerciale, d'autre part²⁰¹. En ce qui concerne l'accès, les positions divergent même si la tendance qui semble se dégager serait plutôt, si une loi intervient, qu'il soit prévu que l'un des parents d'intention au moins doive fournir son matériel génétique et que la femme porteuse quant à elle ne puisse pas avoir de lien génétique avec l'enfant. En revanche, quant à définir quels auteurs d'un projet parental pourraient recourir à la gestation pour autrui, si la plupart des partis prônant un encadrement législatif sont disposés à en permettre l'accès aux personnes seules et à tout couple (homo ou hétérosexuel), certains prônent clairement une limitation des GPA transfrontières par l'adoption de règles imposant aux parents d'intention de posséder la nationalité belge ou de résider sur le territoire belge depuis un certain temps (par exemple deux ans) ; certains partis envisagent aussi d'imposer des conditions de résidence en Belgique à la femme porteuse²⁰².

Ce rapport devrait logiquement constituer la base de discussion à la Chambre des propositions de lois déposées²⁰³ ou à déposer, sans qu'il soit possible à l'heure actuelle de définir si, et quand, cette discussion aura lieu, et, partant, la possibilité de l'adoption d'une loi encadrant la gestation pour autrui en Belgique. Mais il se pourrait donc que dans un avenir plus ou moins proche, l'accès à la GPA en Belgique soit limité par les balises légales évoquées²⁰⁴.

2.3.1.3 *La jurisprudence en matière d'établissement de la filiation adoptive suite à une GPA : protéger l'intérêt de l'enfant en l'absence de cadre légal*

2.3.1.3.1 *La GPA pratiquée en Belgique*

Aucune loi n'encadre actuellement la gestation pour autrui, ni dans ses conditions d'accès²⁰⁵, ni quant à l'établissement du lien de filiation avec les parents d'intention. Le droit commun de la filiation s'applique en conséquence. Lorsque la GPA a lieu en Belgique et si la femme qui porte l'enfant accouche en Belgique, elle sera obligatoirement mentionnée comme étant la mère de l'enfant car la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance est obligatoire en droit belge²⁰⁶, et établit automatiquement le lien juridique de filiation avec la femme qui y est mentionnée²⁰⁷.

²⁰¹ Le seul parti estimant qu'il ne faut pas légiférer est le parti cdH (Centre démocrate humaniste) qui estime que le principe de précaution doit s'appliquer et qu'il convient dorénavant d'interdire les gestations pour autrui (voir notamment le Rapport d'information, *ibid*, p. 339).

²⁰² Rapport d'information, *ibid*, pp. 260-268.

²⁰³ Pour un relevé de toutes les propositions de loi déjà déposées, voir le Rapport d'information, *ibid*, p. 291 et s.

²⁰⁴ Comme nous le verrons dans la partie 2.3.2, au Québec, plusieurs propositions de réforme ont été faites, notamment par le Comité consultatif sur le droit de la famille, COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015 [Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille] et par le Conseil du statut de la femme, CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, Avis, *Mères porteuse : réflexions sur des enjeux actuels*, Québec, 2016 [Avis du conseil du statut de la femme]. Aucun projet de loi suggérant une réforme sur la maternité de substitution n'a cependant été déposé à ce jour.

²⁰⁵ Voir *supra* 2.3.1.1

²⁰⁶ Voir le commentaire sur le droit québécois en partie 2.1 sur le fait que la déclaration ne serait pas obligatoire.

²⁰⁷ Articles 57 et 312 du Code civil belge. Une autre possibilité consiste pour la femme porteuse à accoucher sous X en France (l'accouchement sous X est interdit en Belgique). L'enfant n'a alors pas de filiation maternelle. Il peut être reconnu par le père d'intention. Cette possibilité a pu être utilisée lorsque des couples français viennent pratiquer une GPA en Belgique, avec une femme porteuse française. Ils utilisent dans ce cas la possibilité offerte par le droit français d'accoucher sous X qui n'existe pas en Belgique après avoir bénéficié d'un acte médical technique possible en Belgique et interdit en France.

La femme porteuse, qu'elle soit uniquement gestationnelle ou également génitrice, sera donc désignée comme la mère légale de l'enfant²⁰⁸.

Comme tout père, le père d'intention peut reconnaître l'enfant, avec le consentement de la femme porteuse tant que l'enfant est mineur²⁰⁹. La mère d'intention (ou les deux parents si le père d'intention n'a pas reconnu l'enfant) ou le second père d'intention pour les couples d'hommes, pourra adopter l'enfant, ce qui nécessitera aussi le consentement de la femme porteuse.

Les tribunaux belges ont admis depuis longtemps²¹⁰ de prononcer des adoptions d'enfants issus d'une GPA : contrairement au droit français, aucune disposition légale n'interdit explicitement le recours à cette pratique et même si le contrat de GPA peut être considéré comme nul, les juridictions belges considèrent depuis très longtemps que l'enfant n'a pas à être « sanctionné » et que son intérêt commande qu'il soit « rattaché » à son ou ses parents d'intention. Ainsi les tribunaux belges prononcent généralement sans difficulté l'adoption plénière de l'enfant né de GPA par ses parents d'intention, considérant que cette adoption satisfait aux exigences de droit commun en matière d'adoption, à savoir l'existence de « justes motifs » et le respect du meilleur intérêt de l'enfant. La jurisprudence en la matière après avoir été dans un premier temps plus restrictive (notamment lorsque la femme porteuse était liée génétiquement à l'enfant²¹¹), tend aujourd'hui à sécuriser, par la voie de l'adoption, la filiation de l'enfant dans les cas de GPA non-commerciale.²¹²

Cependant, si la femme porteuse — qui est la mère légale à la naissance de l'enfant, qu'elle en soit la génitrice ou pas — refusait de consentir à la reconnaissance par le père et/ou à l'adoption²¹³, de réelles difficultés pourraient se poser pour les parents d'intention²¹⁴. En amont, si elle refusait de remettre l'enfant, le contrat étant nul, on ne pourrait l'y forcer.

²⁰⁸ En principe, c'est aussi la situation prévalant au Québec.

²⁰⁹ Article 329bis du Code civil belge. Et à condition que la femme porteuse ne soit pas mariée : dans ce cas, son mari est présumé être le père de l'enfant (article 315 du Code civil belge) et une action judiciaire est nécessaire pour mettre à néant cette paternité ou y substituer directement la paternité juridique du père d'intention (voir notamment J. SOSSON, « Femme porteuses mariées : danger ? » Civ. Dinant (1^{re} ch.), 6 février 2014, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2014/3, p. 626). Au Québec, la femme porteuse n'a pas à consentir à la déclaration. De plus, tel que déjà expliqué, un tel recours pour repousser l'application de la présomption de paternité n'est pas requis en droit québécois où l'acte de naissance est considéré comme une preuve hiérarchiquement supérieure et où la présomption de paternité n'est plus le moyen privilégié pour établir la filiation paternelle. Cette dernière n'est plus rattachée systématiquement au mari ou au conjoint uni civilement de la femme qui accouche.

²¹⁰ Le premier jugement publié date de 1996 : Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1996, p. 1182. La situation est similaire au Québec comme nous le verrons dans la partie sur le droit québécois.

²¹¹ Cour d'Appel de Gand (15th ch.), 16th January 1989, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*, 1989, p. 52.

²¹² Voir notamment, dans l'ordre chronologique : Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, *Jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles*, 1996, p. 1182; Tribunal de la jeunesse de Turhout, 4 octobre 2000, *Rechtkundige Weekblad*, 2001-2002, p. 206, note F. Swennen; Court d'appel d'Anvers, 14 janvier 2008, *Rechtkundige Weekblad*, 2007-2008, p. 1774, note F. Swennen; Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 6 mai 2009, *Jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles*, 2009, p. 1083 et *Revue trimestrielle de droit familial*, 2011, p. 172, note J. SOSSON; Tribunal de la jeunesse de Bruxelles-Huy, 22 décembre 2011, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 403. Voir également G. Verschelden et L. Pluym, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., pp. 201 et s.

²¹³ Un tribunal ne peut prononcer une adoption lorsqu'un des parents de l'enfant n'y consent pas que s'il apparaît, au terme d'une enquête sociale approfondie, que cette personne s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité (article 348-11 du Code civil belge), ce qui ne sera pas le cas d'une femme porteuse qui déciderait de garder l'enfant.

²¹⁴ Si la femme porteuse (non mariée) refuse de consentir à la reconnaissance, le tribunal de la famille peut être

Dans le cadre des discussions qui ont eu lieu au Sénat en 2015 en vue de la rédaction du rapport d'information proposant la création d'un éventuel cadre législatif²¹⁵, est prônée une réforme du droit belge en vue de permettre l'établissement d'« un lien automatique de filiation entre le(s) parent(s) d'intention » et l'enfant. La plupart des partis politiques belges considèrent que le droit de la filiation belge devrait être adapté pour que le ou les parents d'intention deviennent directement les parents de l'enfant sans devoir passer par une adoption et sans que la femme porteuse ne soit la mère juridique de l'enfant²¹⁶. Des propositions de lois avaient d'ailleurs déjà été déposées avant ce rapport, proposant notamment d'établir la filiation via une convention de GPA qui serait transmise à l'officier d'état civil²¹⁷. Cette voie (extrême dès lors qu'elle permettrait l'établissement d'un lien de filiation par un contrat) n'est pas retenue dans le rapport qui privilégie le passage par une décision judiciaire avant la mise en œuvre du processus procréatif dont découlerait un établissement automatique de la filiation à l'égard des parents d'intention dès la naissance.

2.3.1.3.2 *La GPA transnationale*

Des ressortissants belges recourent aussi à des GPA à l'étranger, soit parce que leur demande est refusée en Belgique, soit parce qu'ils ne sont pas en mesure de satisfaire aux conditions posées par les hôpitaux et centres en Belgique quant aux indications médicales de prise en charge, à leur statut (homme seul ou couples d'hommes dont les demandes semblent plus difficilement acceptés par exemple) ou encore à défaut de trouver une femme porteuse relationnelle dans leur entourage ou en dehors. Certains s'orientent donc vers d'autres pays tels que notamment l'Ukraine, l'Inde, le Canada ou les États-Unis notamment, qui proposent ou ont proposé des GPA à des conditions plus souples, dont, pour certains, des GPA commerciales²¹⁸.

Comme pour bon nombre de personnes ayant recours à la GPA à l'extérieur de la Belgique, une première difficulté rencontrée par ces familles ainsi formées à l'étranger est la délivrance de documents (passeports ou laissez-passer) permettant à l'enfant de rentrer sur le territoire belge lorsque l'enfant n'acquiert pas la nationalité du pays où il naît. Des tribunaux belges ont parfois enjoint l'État belge à délivrer de tels documents en se fondant sur une apparence de droit²¹⁹.

La Cour européenne des droits de l'Homme a été saisie en 2013 d'un recours de ressortissants belges ayant eu recours à une GPA en Ukraine au moment où ils étaient confrontés à un refus des autorités belges de leur délivrer des documents de voyage pour l'enfant. Statuant après

saisi et autoriser la reconnaissance malgré l'absence de consentement de la mère s'il est prouvé que l'homme qui demande à reconnaître l'enfant en est bien le père biologique et si le tribunal estime que l'établissement d'un lien de filiation avec lui n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. On ne dispose pas de cas connu de jurisprudence où il y aurait eu refus de consentement la femme porteuse et intervention du tribunal en ce sens.

²¹⁵ Voir *supra* n° 7.

²¹⁶ Voir le Rapport d'information, *op. cit.* p. 364 et s. (disponible sur <http://www.senate.be>).

²¹⁷ Voir notamment Proposition de loi relatives aux mères porteuses déposée par Ch. Defraigne, *Documents parlementaires*, Sénat, session extraordinaire 2010, n° 5-160 ; Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution déposée par M. Temmerman et G. Swennen, *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 2010-2011, n° 5-929. Pour une analyse de ces propositions, voir J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la femme porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 375-409.

²¹⁸ Nous croyons pouvoir affirmer que la situation est similaire au Québec quoique ce ne soit pas parfaitement documenté.

²¹⁹ Cour d'Appel de Bruxelles, 31 juillet 2013, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2014/3, p. 530, note J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? ». ; Civil Bruxelles (référé), 6 avril 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010/4, p. 1164.

qu'une décision rendue en appel a finalement ordonné à l'Etat belge de délivrer lesdits documents²²⁰, la Cour, dans une décision du 8 juillet 2014²²¹, va tout d'abord confirmer l'existence d'une vie familiale justifiant l'application de l'article 8 de la Convention et même préciser que celle-ci existe dès la naissance de l'enfant²²². Elle a ensuite qualifié le refus initial des autorités belges de délivrer un document de voyage d'ingérence dans le droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale²²³, ingérence pouvant être justifiée par des objectifs légitimes de prévention d'infractions pénales, et notamment de lutte contre la traite des êtres humains, ainsi que la protection des droits d'autrui, ceux de la femme porteuse et de l'enfant²²⁴. La Cour va toutefois conclure que l'État belge, en refusant provisoirement d'autoriser la venue de l'enfant sur le territoire national a agi dans les limites de sa marge d'appréciation, que la Cour réaffirme comme étant « *relativement large* » en matière de GPA²²⁵, la Convention n'obligeant pas « *les États parties à autoriser l'entrée sur le territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes* »²²⁶ et les conséquences concrètes négatives pour les parents d'intention ayant été limitées.

La seconde étape constitue la reconnaissance en Belgique des liens de filiation établis à l'étranger avec les parents d'intention. Le principe de base est qu'un acte authentique étranger doit en principe être reconnu par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure judiciaire si sa validité est établie conformément au droit désigné par la règle de conflit de loi²²⁷.

Un certain nombre d'officiers de l'état civil acceptent ainsi en Belgique de reconnaître et transcrire des actes de l'état civil dressés à l'étranger après GPA en tous cas pour des couples hétérosexuels²²⁸.

En cas de refus des autorités administratives de reconnaître l'acte, un recours est ouvert devant le tribunal de la famille qui examinera si cet acte aurait pu être dressé en application du droit belge lorsque le demandeur en reconnaissance est belge, s'il n'est pas contraire à l'ordre public international belge et s'il n'y a pas eu fraude à la loi.

Les tribunaux belges acceptent le plus souvent de considérer qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de reconnaître un acte de naissance établi à l'étranger après GPA, si ce n'est comme acte de naissance établissant le double lien de filiation, à tout le moins comme acte authentique légalement valable dont découle l'établissement d'une filiation paternelle. En effet, le tribunal devant vérifier si un tel acte aurait pu, ou non, être dressé en application de la loi belge, certains tribunaux estiment que la mention dans un acte de naissance étranger du nom de la mère d'intention belge comme mère légale de l'enfant ne peut être reconnue, car elle contrevient au principe juridique belge selon lequel la mère juridique de l'enfant est la femme qui accouche (la difficulté est plus palpable lorsque l'acte de naissance étranger ne mentionne pas l'identité de la femme porteuse). De même, un acte de naissance étranger mentionnant deux hommes comme étant les deux pères d'un enfant ne sera généralement

²²⁰ C.A. Bruxelles, 31 juillet 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, pp. 530.

²²¹ C.E.D.H. (2e sect.), 8 juillet 2014, *D. et autres vs. Belgique* (req. n° 29173/13).

²²² *Ibid.*, pt. 49.

²²³ *Ibid.*, pt. 51.

²²⁴ *Ibid.*, pt. 52.

²²⁵ *Ibid.*, pt. 54.

²²⁶ *Ibid.*, pt. 59.

²²⁷ Article 27 du Code de droit international privé belge.

²²⁸ La question n'est pas tellement documentée au Québec. Une seule décision judiciaire a eu à se pencher sur la reconnaissance d'un jugement étranger et à la transcription à l'état civil québécois d'un enfant né à l'étranger. Voir notre analyse dans la partie 2.3.2 GPA Québec.

reconnu qu'en ce qu'il établit valablement un lien de filiation avec un des hommes (le plus souvent le père biologique) car la filiation de deux hommes ne peut pas directement être établie dans l'acte de naissance en Belgique²²⁹. Mais après cette reconnaissance partielle de l'acte étranger, la mère ou le second père peut adopter l'enfant de son conjoint ou partenaire, de sorte que celui-ci disposera *in fine* d'un double lien de filiation.

Concernant la nationalité de l'enfant, elle résulte de l'établissement de la filiation à l'égard du père d'intention (en premier lieu), puis de la double filiation ensuite.

Lorsque la filiation découle d'un jugement, par exemple d'un *pre-birth judgment* américain, les conditions de reconnaissance sont moins strictes : la reconnaissance du jugement se fait de plein droit à condition qu'il n'y ait pas contrariété à l'ordre public international ni fraude à la loi²³⁰. Le tribunal de Liège a ainsi considéré qu'il n'était pas contraire à l'ordre public de reconnaître un jugement californien qui indiquait que la filiation des enfants à naître à la suite d'un contrat de gestation pour autrui ne sera pas établie à l'égard de la femme qui accouche mais bien à l'égard des parents d'intention, à savoir deux hommes formant un couple homosexuel marié ; il a ordonné la transcription dans les registres de l'état civil des actes de naissances américains des enfants rédigés en exécution de ce jugement mentionnant comme parents légaux les deux hommes²³¹.

Le constat est en tous cas celui d'une évolution vers une reconnaissance de plus en plus aisée des liens de filiation constitués à l'aide d'une GPA réalisée à l'étranger, au terme de raisonnements de droit international privé parfois complexes mais au nom d'une forme de pragmatisme belge tout à fait réel, reconnaissant *in fine* l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA à être rattaché juridiquement à ses deux parents d'intention avec lesquels il vit et forme une famille.

On pourrait craindre que cette « ouverture » dont font preuve les tribunaux belges puisse être réduite à l'avenir. En effet, lors des discussions qui ont eu lieu au Sénat dans le cadre de la rédaction du Rapport d'information en vue de créer un éventuel cadre législatif à la GPA, plusieurs partis politiques ont semblé exprimer le souhait de « durcir » la position de la Belgique par rapport aux GPA internationales dès lors que celles-ci seraient organisées et encadrées au niveau national. L'idée est de dissuader des belges de recourir à des GPA à l'étranger ne correspondant pas aux normes légalement fixées pour y avoir recours en Belgique (par exemple des GPA commerciales). Certains partis ont même émis l'idée de poursuites pénales pour les belges qui recourraient à des GPA commerciales à l'étranger²³². Il ne serait donc pas impossible qu'un encadrement législatif de la GPA en interne implique un durcissement de la position de la Belgique en matière de reconnaissance des GPA internationales.

²²⁹ Voir *supra*. De plus, voir notamment Civil Gand (15^{ème} ch.), 16 janvier 1989, T.G.R., 1989, p. 52; Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2000, *Rechtskundige Weekblad*, 2001-2002, p. 206, note F. Swennen; Cour d'Appel d'Anvers, 22 avril 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43, note L. Pluym ; Civil Bruxelles, 15 février 2011, <http://www.ipr.be/>, p. 77; Cour d'Appel de Liège, 6 septembre 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2011, p. 695, note C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON; *Journal des Tribunaux*, 2010, p. 634 ; *Jurisprudence Liège, Mons et Bruxelles*, 2011, p. 52, note P. WAUTELET; Civil Bruxelles (12^{ème} ch.), 18 décembre 2012, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2014/3, p. 544, note J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? ».

²³⁰ Voir l'article 22 du Code de droit international privé belge.

²³¹ Civil Liège (3^{ème} ch.), 15 mars 2013, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2013/3, p. 714, note C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ? ».

²³² Voir le Rapport d'information, *op. cit.*, p. 375 et s.

2.3.1.4 Conclusions sur le droit belge

Si l'on peut dire que l'accès aux techniques de reproduction est large en Belgique, c'est d'une part parce la loi ne définit pas de critères restrictifs pour l'accès et la mise en œuvre des techniques de PMA, et, d'autre part, n'encadre actuellement pas légalement la GPA. Ceci revient néanmoins à laisser aux centres de reproduction la possibilité et la responsabilité définir des critères d'accès propres à chacun d'eux. Si le respect d'un pluralisme éthique apparaît fondamental, la ligne de crête communément partagée par ceux-ci consiste à rejeter toute dimension commerciale, tant pour le don de gamètes que pour la GPA. Mais dès lors qu'une PMA avec tiers donneur ou une GPA est réalisée, le législateur (cf. la loi sur la co-maternité) ou les tribunaux belges veilleront à ce que la filiation de l'enfant puisse être en accord avec le projet parental qui est à l'origine de sa venue au monde, parfois au prix de détours juridiques pouvant paraître complexes (notamment en ce qui concerne la reconnaissance des liens de filiation après une GPA pratiquée à l'étranger). L'établissement ou la reconnaissance des liens de filiation avec les parents d'intention sera, en définitive, soit possible par application des règles du droit commun de la filiation (PMA avec tiers donneur dans les couples hétérosexuels), soit légalement facilitée (co-maternité après don de sperme pour les couples de femmes), soit en principe presque toujours réalisable (reconnaissance ou adoption après GPA en Belgique ou à l'étranger).

Autrement dit, le projet parental, dans les cas où un enfant vient au monde avec intervention d'un tiers donneur ou d'une GPA, est pleinement reconnu comme un fondement de la filiation, aux côtés des liens du sang dans les autres procréations dites « naturelles ». Ce « modèle belge » (si tant est qu'on puisse y voir un modèle) consistant à ouvrir largement l'accès à la PMA et à ne pas définir de critères restrictifs d'accès à la GPA dès lors que toute intervention d'argent est exclue et en veillant ensuite à permettre et même sécuriser l'accès à la filiation de l'enfant ainsi conçu, se distingue donc radicalement du « modèle français » où la loi limite fortement l'accès à la PMA et interdit la GPA, ou encore d'un modèle de type américain qui laisse une place plus ou moins grande selon les Etats, à une forme de monétarisation de ces techniques. En revanche, ce « modèle belge » singulier pourrait néanmoins se modifier, dans un avenir temporellement difficile à déterminer, si le législateur belge décidait de restreindre l'accès à la GPA en définissant des critères plus stricts que ceux posés actuellement par les centres (ce qui semble peu probable), et surtout de lutter contre les GPA réalisées à l'étranger dans des conditions plus souples que celles qui seraient, le cas échéant, retenues dans une (future) loi belge pour encadrer une gestation pour autrui « éthiquement acceptable ».

2.3.2 La GPA au Québec

2.3.2.1 Un encadrement tant fédéral que provincial

La GPA est encadrée tant par le législateur fédéral que provincial²³³. Sur le plan fédéral, la *Loi sur la procréation assistée* prévoit le cadre juridique dans lequel elle doit s'exercer afin de demeurer dans la légalité²³⁴. Le fait pour une femme d'agir à titre de « mère porteuse »²³⁵

²³³ Voir *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457. Voir également *Loi constitutionnelle de 1867* 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), articles 91 et 92.

²³⁴ L'article 6 de la loi fédérale se lit comme suit : « (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir de tels services. (3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution. (4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, ni lui conseiller de la devenir, ni pratiquer un

n'est pas condamné, mais est simplement encadré. Ce type de pratique contractuelle est permis, mais à certaines conditions, notamment les ententes doivent être conclues sur une base altruiste. Seule la GPA commerciale est condamnée par le droit criminel. La loi fédérale fixe également l'âge minimal permettant d'agir à titre de « mère porteuse » à vingt et un ans et criminalise les activités des intermédiaires dans ce cadre²³⁶. Comme on l'a vu en matière de PMA pour le don de gamètes ou d'embryons, le remboursement de certaines dépenses associées au fait d'agir à titre de « mère porteuse » est prévu à l'article 12 de la loi fédérale, mais demeure théorique, un règlement fédéral sur cet enjeu se fait toujours attendre. En effet, tant que le règlement fédéral ne sera pas adopté, l'article ne pourra être mis en vigueur²³⁷. En matière de GPA, ces dépenses pourraient inclure les frais liés aux déplacements requis pour effectuer les soins, l'achat de vêtements de maternité, les coûts des soins de santé ou de services sociaux, incluant les médicaments, ou d'exams, de massothérapie de même que certaines dépenses liées à des besoins alimentaires précis. En principe, l'indemnité liée à la perte de travail n'est pas admise, sauf si la poursuite du travail « peut constituer un risque pour la santé de » la « mère porteuse »²³⁸.

Quant à l'encadrement sur le plan provincial, tout comme mentionné dans la partie 2.1 de ce rapport, il varie d'une province ou d'un territoire à l'autre, l'encadrement des relations familiales et de la filiation relevant de ces derniers, et non du gouvernement fédéral, selon le partage des compétences constitutionnelles. Au Québec, trouve application le droit civil d'inspiration française et dans ces autres juridictions, c'est la *common law* de tradition britannique qui prévaut.

Même si nous traiterons de façon plus détaillée du droit québécois dans ce rapport, précisons que quelques provinces ont dorénavant légiféré sur la GPA : Terre-Neuve²³⁹, la Nouvelle-

acte médical pour aider une personne de sexe féminin à devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans. (5) Le présent article ne porte pas atteinte à la validité, en vertu du droit provincial, de toute entente aux termes de laquelle une personne accepte d'être mère porteuse».

²³⁵ Le terme « mère porteuse » ne fait pas unanimité (voir note 20 de l'introduction de ce rapport), mais c'est celui utilisé dans la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, chap. 2, articles 3 définition de « mère porteuse » et 12 (non en vigueur), donc on le conserve ici pour respecter le texte de la loi. La définition de l'article 3 se lit comme suit : « Personne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance (*surrogate mother*) ».

²³⁶ *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, chap. 2, articles 6, 12 et 60. La contravention à la loi fédérale pour les intermédiaires impliqués est une infraction qui peut encourir, « par mise en accusation, une amende maximale de 500 000\$ et une peine d'emprisonnement maximal de 10 ans », selon l'article 60 a), ou, « par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000\$ et un emprisonnement maximal de 4 ans, ou l'une de ces peines », selon l'article 60 b). L'encadrement criminel des intermédiaires existe aussi en France : voir infra beaucoup plus sévère en France : voir 2.4.1.

²³⁷ L'article 12 de la loi fédérale ajoute à l'article 6 et se lit comme suit : « (1) Il est interdit, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation, de rembourser les frais supportés : [...] c) par une mère porteuse pour agir à ce titre. (2) Il est interdit de rembourser les frais visés au paragraphe (1) s'ils ne font pas l'objet d'un reçu. (3) Il est interdit de rembourser à une mère porteuse la perte de revenu de travail qu'elle subit au cours de sa grossesse, sauf si les conditions suivantes sont respectées : a) un médecin qualifié atteste par écrit que le fait, pour la mère porteuse, de continuer son travail peut constituer un risque pour la santé de celle-ci, de l'embryon ou du fœtus; b) le remboursement est effectué conformément aux règlements et à une autorisation. ».

²³⁸ Un questionnement est en cours sur les tenants et aboutissants de cet article. Parmi les interrogations, doit-on exiger des reçus ? Doit-on plutôt prévoir des frais fixes, à l'instar de ce qui existe au Royaume-Uni ?

²³⁹ *Vital Statistic Act*, S.N.L. 2009, c. V-6.01.

Écosse²⁴⁰, l'Alberta²⁴¹, la Colombie-Britannique²⁴² et très récemment l'Ontario²⁴³. De plus, dans le but d'aider à harmoniser les lois à travers le Canada, la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada propose un modèle législatif²⁴⁴. Dans les provinces n'ayant pas de législation (Ontario jusqu'à récemment, Saskatchewan et Nouveau-Brunswick), des déclarations de parenté ont été émises par le tribunal au nom de l'intérêt de l'enfant à l'égard de parents d'intention²⁴⁵.

Au Québec, à l'instar de la situation prévalant en France, en Belgique et en Espagne, l'article 541 C.c.Q. prévoit la nullité des conventions de GPA, peu importe qu'il s'agisse d'une convention de gestation (GPA gestationnelle) ou de procréation (GPA traditionnelle). Parce qu'il les considère contraires, notamment, au principe de non-commercialisation du corps humain, à l'indisponibilité de l'état des personnes de même qu'au meilleur intérêt de l'enfant *a priori* ou *in abstracto*, depuis 1994, le législateur a édicté expressément dans le code civil la nullité absolue de ces conventions. Ainsi, toute personne ayant recours à cette technique le fait à ses propres risques. Dans l'éventualité d'un conflit concernant la convention, celle-ci n'est pas susceptible d'exécution forcée. Cela a un impact sur l'établissement de la filiation de l'enfant. Pour la déterminer, plusieurs possibilités existent selon le scénario en jeu, mais dans tous les cas, on utilise d'abord les règles de la filiation par le sang pour déterminer la filiation de l'enfant ainsi conçu. En effet, conformément à la maxime de droit romain *mater semper certa est*, la femme qui accouche est la mère de l'enfant, peu importe si elle a fourni ou non ses gamètes²⁴⁶. Si elle est mariée ou unie civilement, la présomption de paternité trouvera application à l'égard de son conjoint²⁴⁷. Par ailleurs, l'un des parents d'intention pourra déclarer son lien de filiation à l'égard de l'enfant au directeur de l'état civil²⁴⁸.

Puis, pour éventuellement régler la filiation de l'enfant ainsi conçu, l'adoption est utilisée, quoique ce mécanisme n'ait pas été conçu pour ce type de scénario. Ainsi, par consentement spécial à l'adoption du parent inscrit à l'acte de naissance²⁴⁹ et de la femme porteuse, le

²⁴⁰ *Birth Registration Regulation*, N.S. Reg 390/2007 (Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494).

²⁴¹ *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5.

²⁴² *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25.

²⁴³ *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, des amendements y ont été apportés, notamment quant à la GPA par une loi récente, *All Families Are Equal Act*, S.O. 2016, c. 23.

²⁴⁴ *Loi uniforme de 2010 sur le statut de l'enfant*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Lois uniformes courantes. En ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/655-lois-uniformes-courantes/statut-de-l-enfant-1/1414-loi-uniforme-de-2010-sur-le-statut-de-l-enfant>.

²⁴⁵ Voir notamment K. BUSBY, « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », (2013) 25 *Can. J. Women & L.* 284. Pour une analyse comparée entre le Québec et le reste du Canada, voir notamment D. GOUBAU, « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », in B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 221 ; voir aussi Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.*, pp.166-186, 507.

²⁴⁶ Certains remettent en cause ce principe, c'est le cas de M.-F. BUREAU et É. GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4 *Revue de droit et santé de McGill* 43, p. 65 et suiv. ainsi que de A.-M. SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », dans C. LANDHEER-CIESLACK et L. LANGEVIN (dir.), *Mélanges en l'honneur de Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589.

²⁴⁷ Conformément à l'article 525 C.c.Q.

²⁴⁸ Rappelons, comme on l'a déjà expliqué, que la présomption en cas de mariage ou d'union civile cède le pas à la déclaration de naissance si celle-ci est faite par l'un des parents d'intention, voir *infra*, partie 2.1 PMA Québec concernant les explications sur la confection des actes de l'état civil québécois.

²⁴⁹ Article 555 C.c.Q.

processus d'adoption par la mère d'intention (ou le co-père) pourra dès lors être enclenché²⁵⁰. Toutefois, bien que non interdit par la lettre des dispositions pertinentes du Code civil, cette façon de faire ne fait pas l'unanimité. Nous le verrons dans la partie 2.3.2.3.1.

2.3.2.2 La GPA au Québec : une pratique peu documentée

Au-delà de ce cadre général ne criminalisant que la pratique de la GPA commerciale et prévoyant la nullité des conventions, aucune autre règle encadrant cette pratique n'existe. Comme la pratique est très mal documentée au surplus²⁵¹, il est difficile de savoir ce qu'exigent les cliniques pour y avoir accès. Légalement en tout cas, aucune règle n'existe.

Bien qu'aucune loi ne réglemente actuellement plus spécifiquement la GPA et que la convention l'organisant soit nulle²⁵², la GPA est tout de même pratiquée au Québec. Elle n'est pas illégale. Elle ferait d'ailleurs partie des techniques pouvant être utilisées pour concrétiser un projet parental²⁵³. L'autonomie des cliniques est ici assez large, car aucune règle précisant les conditions d'accès n'existe. Dans son guide d'exercice en matière de procréation assistée, le Collège des médecins reconnaît que la GPA est une réalité présente dans la société et le milieu médical, mais il y fait très peu référence. Le Collège mentionne que la FIV est le traitement de premier choix lorsque le projet parental nécessite le recours à une femme porteuse. En outre, il recommande fortement qu'une évaluation psychosociale soit conduite (pour les parents d'intention et la femme porteuse)²⁵⁴. Il traite aussi brièvement de l'évaluation clinique initiale pour la GPA dans la section processus d'évaluation/démarche médicale :

« La gestation pour autrui est un mode de procréation qui fait référence à une mère porteuse, laquelle porte l'enfant du couple qui a fourni l'embryon [...] Le recours à la gestation pour autrui est utilisé chez les femmes dont une grossesse est proscrite, en l'absence d'utérus ou en présence d'anomalies utérines ne pouvant permettre de mener

²⁵⁰ Pour plus de détails sur l'établissement de la filiation de l'enfant ainsi conçu, voir aussi J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p.682 à 685. Voir également M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *Revue du Barreau* 509, aux pp. 521-524.

²⁵¹ Voir COMMISSAIRE A LA SANTE ET AU BIEN-ETRE, *Avis détaillé sur les activités de procréation assistée*, 2014, p.256-257, 299-300, En ligne :

http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/CSBE_PA_detaille_2014.pdf [Rapport CSBE];

Voir également Avis du Conseil du statut de la femme, *op. cit.*, p.148.

²⁵² Article 541 C.c.Q.

²⁵³ Du moins, c'est ce qu'on peut lire sur le site web du ministère de la santé du Québec qui indique que « les mesures transitoires s'appliquent aussi aux cas de mères porteuses », En ligne <http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/services-de-procreation-assistee/cadre-legal/>. Ces mesures ayant modifié les règles en matière de financement de la PMA se trouvent dans la *Loi favorisant l'accès aux services de médecine de famille et de médecine spécialisée et modifiant diverses dispositions législatives en matière de procréation assistée*, RLRQ 2015, c. 25. Du reste, il demeure difficile de savoir où les services sont offerts, tel que le précise l'Avis du Conseil du statut de la femme, *op. cit.* : « C'est sur la base de critères définis à l'interne que certaines cliniques ont jugé qu'elles pouvaient accepter d'évaluer les demandes des femmes qui souhaitaient agir comme mères porteuses ».

²⁵⁴ COLLÈGE DES MÉDECIN DU QUÉBEC, *Les activités de procréation médicalement assistée, démarche clinique et thérapeutique* (Guide d'exercice), 2015. p.74, 87, En ligne : <http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2015-11-18-fr-activites-de-procreation-medicalement-assistee.pdf> [Guide d'exercice du Collège des médecins]; Voir également l'Avis du Conseil du statut de la femme, *op. cit.*, dans lequel on mentionne que des mesures rigoureuses sont mises en place par les clinique pour assurer un consentement libre et éclairé des parties.

une grossesse à terme. Les couples dont les deux partenaires sont de sexe masculin peuvent également souhaiter recourir aux services d'une mère porteuse »²⁵⁵.

Sans cadre légal bien défini, c'est le Collège des médecins qui vient établir des conditions d'accès. C'est ce qui ressortait aussi du Rapport de la Commission de l'éthique en science et en technologie²⁵⁶ ainsi que de l'avis plus récent du Conseil sur le statut de la femme²⁵⁷. Selon cet avis, les GPA au Québec seraient surtout de type gestationnel (la femme porteuse ne fournit pas d'ovules)²⁵⁸ ; de plus le refus par les centres d'intervenir lorsque le recours à la GPA est motivé par des raisons de convenance, serait une pratique répandue²⁵⁹. L'existence d'un lien préalable avec la mère porteuse ne serait pas une condition d'accès que les cliniques retiendraient : certains couples sollicitent un membre de leur entourage, d'autres font plutôt appel à une inconnue. Toutefois, selon le Conseil du statut de la femme : « au Centre de reproduction McGill, la majorité des mères porteuses auraient un lien amical ou familial avec les parents d'intention »²⁶⁰. Finalement, il est difficile de savoir si le fait d'avoir vécu une première grossesse pour agir à titre de femme porteuse est pertinent ou non²⁶¹. L'encadrement pourrait certainement, entre autres choses, permettre de mieux documenter cette pratique.

2.3.2.3 L'établissement de la filiation suite à une GPA locale, nationale ou transnationale : la prévalence de l'intérêt de l'enfant a posteriori

Que la GPA soit effectuée au Québec, dans une autre province canadienne ou à l'étranger, c'est l'adoption qui a prévalu pour établir la filiation de l'enfant ainsi conçu (partie 2.3.2.3.1). Dans une moindre importance, l'insertion de l'état civil étranger au registre québécois ou la reconnaissance d'un jugement étranger de déclaration de parenté avant ou après la naissance, comme aux Etats-Unis ou dans d'autres pays, est aussi utilisée. Comme nous le verrons, une seule décision en ce sens a été rapportée (partie 2.3.2.3.2).

2.3.2.3.1 La filiation adoptive : une solution donnant priorité à l'intérêt de l'enfant a posteriori

Depuis quelques années, deux courants jurisprudentiels coexistaient au Québec sur la question de permettre l'adoption par consentement spécial de l'enfant du conjoint ayant déclaré sa filiation auprès du directeur de l'état civil et de la femme porteuse²⁶². Un désaccord existait sur l'idée de permettre l'adoption de l'enfant conçu par femme porteuse vu la nullité de ce type de convention. Certains remettaient ainsi en question la validité du consentement spécial

²⁵⁵ Guide d'exercice du Collège des médecins, *ibid*, p.48

²⁵⁶ COMMISSION DE L'ETHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, « Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryon, la gestation pour autrui et diagnostic préimplantatoire » (2009), p.72.

²⁵⁷ Avis du Conseil du statut de la femme, *op. cit.*, p.148.

²⁵⁸ *Ibid*.

²⁵⁹ *Ibid*.

²⁶⁰ *Ibid*.

²⁶¹ Le Rapport du comité consultatif fait quelques recommandations en ce sens, Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.*, p.183-185. Voir aussi Rapport CSBE, *op. cit.*, p.256.

²⁶² Voir M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », *op. cit.*, pp.509-544 ; Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée, dans JurisClasseur Québec –Coll. « Droit civil », *Personnes et famille* (N° 1), fasci. 30, Montréal, LexisNexis Canada, 2010 (mis à jour annuellement), 20 pages; B. MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, p. 859.

à l'adoption donné par les parents d'intention, malgré l'exécution volontaire de la convention²⁶³.

Le 10 juin 2014, la Cour d'appel du Québec tranche et permet l'ordonnance de placement en vue de l'adoption d'un enfant qui avait été conçu à l'aide d'une GPA²⁶⁴. Sur la question principale soumise à la Cour d'appel du Québec de permettre ou non l'ordonnance de placement en vue de l'adoption, ce qui ressort du jugement est la priorité donnée à l'intérêt de l'enfant et le refus d'accorder préséance au respect de l'ordre public. La Cour d'appel met ainsi de côté l'interprétation qu'avaient favorisée le juge Dubois, dans une cause similaire, et le juge Wilhelmy qui avait rendu le jugement en première instance dans cette affaire en Cour d'appel²⁶⁵. Ces derniers mettaient l'accent sur le projet parental ayant mené à la naissance de l'enfant et sur l'illégalité du processus, sur le comportement répréhensible des parents et non sur l'intérêt de l'enfant en cause. Ainsi, leur position préférait nettement la défense de l'ordre public au droit de l'enfant né d'une GPA à l'établissement de sa filiation adoptive maternelle²⁶⁶. Peut-on vraiment s'en étonner ? L'indisponibilité de la filiation a perdu de son importance. En effet, la contractualisation de la filiation liée à la place de la volonté dans l'établissement de la filiation par procréation assistée, élargie à l'assistance à la procréation par relation sexuelle²⁶⁷, a participé au recul de l'indisponibilité de l'état civil, tandis que le principe de la non commercialisation du corps humain ne fait plus l'unanimité²⁶⁸. Dans ce jugement de la Cour d'appel, le juge Morissette, ayant qualifié le recours à l'adoption comme étant « la solution la moins insatisfaisante ²⁶⁹ » et celle « qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant », s'exprime comme suit :

« Dans l'état actuel du droit positif, je ne crois pas qu'il existe un « droit à l'enfant ». L'expression, en effet est dépourvue de connotation juridique [...]. Cette idée a-t-elle un sens selon l'une ou l'autre des différentes écoles de droit naturel, a-t-elle un lien quelconque avec le droit à l'égalité consacré par les chartes de droits fondamentaux ? J'en doute fort, mais je l'ignore. Ce qui est certain cependant, c'est que le droit positif n'a pas réponse à tout et qu'il lui faut sans cesse s'ajuster en tablant sur les transformations de la société et les avancées du savoir scientifique. Au moyen de la procréation assistée et de la maternité de substitution, la volonté naturelle, bien humaine et largement partagée

²⁶³ *Adoption 091*, 2009 QCCQ 628 (Can LII) ; *Adoption 12464*, 2012 QCCQ 20039 (CanLII), infirmé en appel par *Adoption 1445*, 2014 QCCA 1162 (CanLII). Voir aussi A. ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, coll : « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, no 38 ; M. TETRAULT, *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2005, p. 1173-1174.

²⁶⁴ *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162, par. 70. Cette décision renverse le jugement rendu par la j. Dominique Wilhelmy de la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, le 6 novembre 2012, 2012 QCCQ 20039 (CanLII).

²⁶⁵ Respectivement, *Adoption -- 091*, EYB 2009-154793, [2009] J.Q. no 737 (C.Q.) (j. Dubois) et *Adoption 12464*, 2012 QCCQ 200039, [2012], j.Q. no 22713 (j. Wilhelmy). Pour plus de détails, voir M. GIROUX, « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », dans *JurisClasseur Québec – Coll. « Droit civil », Personnes et famille* (N° 1), fasci. 30, Montréal, LexisNexis Canada, 2010 (mis à jour annuellement), 20 pages.

²⁶⁶ Pour plus de détails sur les deux positions jurisprudentielles qui prévalaient avant le jugement de la Cour d'appel dans *Adoption 1445*, voir M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », *op. cit.*, pp. 509-544 et B. MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », *op. cit.*, p. 859.

²⁶⁷ Article 538.2 C.c.Q.

²⁶⁸ Cette idée est bien résumée par le professeur B. MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », *op. cit.*, pp. 863 et 864. Voir aussi M. GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse: entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », *op. cit.*, pp. 531- 532.

²⁶⁹ Cette expression avait d'abord été utilisée par B. Moore dans le texte suivant : « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », *op. cit.*

par des gens de conditions médicales ou d'orientations sexuelles diverses, de procréer ou de devenir le parent d'un enfant, peut aujourd'hui s'accomplir là où autrefois elle faisait face à des obstacles de droit ou de fait insurmontables. La notion d'ordre public a certes un champ d'application nécessaire dans ce domaine : ainsi, la marchandisation ou la chosification de la personne humaine est une tendance à laquelle le droit doit résister. Mais invoquer cette notion d'ordre public venue du droit des obligations dans le contexte précis d'un dossier comme celui-ci lui prête une portée qu'elle n'a pas -- elle n'a pas ce caractère souverain et péremptoire. Et elle ne peut servir à contrecarrer la volonté de parents adoptifs qui, avec transparence et dans le respect des lois sur l'adoption, ont voulu avoir recours aux ressources de la science médicale pour que soit procréé un enfant, leur enfant, et qu'il lui soit donné une famille. À mon sens, voilà aujourd'hui l'état des choses et du droit²⁷⁰. »

Bien que cette décision ne réglât pas tout, on aurait pu croire que la légitimité de l'adoption était dorénavant entendue et qu'elle aurait mis fin au débat jurisprudentiel, mais la Cour d'appel a dû, à une seconde reprise, se prononcer sur la question²⁷¹, car une juge de première instance a remis de nouveau en question l'adoption dans un tel contexte²⁷². Comme nous le verrons (en partie 5.2.2), les entretiens avec les juges de la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse font bien ressortir les hésitations des juges en matière de GPA.

Dans la décision *Adoption 161* rendue le 14 janvier 2016, où un couple d'homosexuels a eu recours à une amie pour porter leur enfant, la Cour d'appel affirme que le fait de ne pas déclarer sa filiation à l'égard d'un enfant ne constitue pas une « fraude à la loi »²⁷³, renversant ainsi l'opinion contraire soutenue en première instance²⁷⁴. Dans cette affaire, la femme porteuse n'a pas déclaré sa maternité à l'état civil. Ainsi seul le consentement du père était dès lors nécessaire pour procéder à l'adoption, conformément à l'article 555 C.c.Q., la maternité n'étant pas déclarée, mais la mère n'étant pas pour autant inconnue, puisqu'en principe son nom doit normalement se trouver sur le constat de naissance.

D'une part, cette décision peut paraître choquante, non pas pour avoir permis l'ordonnance de placement en vue de l'adoption de l'enfant, mais pour avoir refusé d'appliquer la maxime *mater semper certa est* et pour avoir par le fait même ignoré les règles sur la confection de l'acte de naissance. Comme on l'a mentionné en partie 2.1, cet acte de l'état civil est dressé à partir du constat de naissance rédigé par l'accoucheur, joint à la déclaration de naissance faite par le ou les parents de l'enfant. L'article 130 C.c.Q. mentionne bien le pouvoir d'enquête sommaire du directeur de l'état civil « [l]orsqu'une naissance [...] n'est pas constaté[e] ou déclaré[e], ou l'est incorrectement ou tardivement ». Il aurait donc pu ajouter le nom de la mère s'il figurait sur le constat de naissance, mais il ne l'a pas fait. Il ne s'agit pas pour autant d'un accouchement sous X, ce mécanisme permis en France, mais n'existant pas en droit civil québécois. En effet, une action en justice en réclamation d'état pour faire reconnaître la maternité de la femme porteuse demeure possible. Ceci dit, la décision a comme résultat de ne pas donner à la naissance une mère à l'enfant, sans contestation judiciaire, et d'éviter que la femme porteuse n'ait à consentir à l'adoption²⁷⁵. L'enfant est privé de l'un de ses liens de

²⁷⁰ *Adoption -- 1445*, 2014 QCCA 1162, notamment aux paras. 66 et 70 (motifs du juge Yves-Marie Morissette, auxquels souscrivent les juges Jacques J. Lévesque et Manon Savard) [références omises].

²⁷¹ *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16, appel de la décision *Adoption – 1549*, 2015 QCCQ 7955 (j. Thibault).

²⁷² *Adoption – 1549*, 2015 QCCQ 7955 (j. Thibault).

²⁷³ *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16, plus particulièrement au par. 54 (sous la plume de la juge Marie St-Pierre).

²⁷⁴ Voir les décisions suivantes en première instance : *Adoption – 1549*, 2015 QCCQ 7955 et *Adoption – 091* [2009] J.Q. no 737 (C.Q.). Pour une critique de cette interprétation, voir A. MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? », (2015) 117 R. du N. 36, EYB2015RDN36.

²⁷⁵ Par ailleurs, il est frappant de voir le travail soutenu de certains juges de première instance pour tenter, dans

filiation. De plus l'accès à ses origines biologiques lui est nié, si les parents d'intention décidaient de ne rien lui dévoiler concernant la femme porteuse.

D'autre part, on pourrait aussi dire que cette décision semble remettre en cause le principe selon lequel seule la femme qui accouche est la mère de l'enfant. On peut aussi se demander si l'ordre public doit encore aujourd'hui dicter la nullité absolue des conventions de GPA.

En ce qui a trait à la GPA transnationale, ajoutons finalement que la solution pour établir la filiation de l'enfant demeure le plus souvent l'adoption, telle qu'annoncée dans le titre de cette section. Nous verrons en partie 2.3.2.3.2 qu'exceptionnellement on peut aussi procéder par une insertion dans les registres de l'état civil ou par une reconnaissance d'un jugement étranger comme dans le cas d'une déclaration parentale avant ou après la naissance (le jugement de type *pre-birth* américain, par exemple). Dans presque tous les jugements impliquant une GPA à l'étranger, non seulement aux États-Unis, mais également ailleurs, en Inde et en Thaïlande notamment, les juges acceptent d'emprunter la voie de l'adoption pour établir la filiation de l'enfant à l'égard du conjoint de celui qui a pu déclarer sa filiation. Dans ces jugements, on peut tout de même constater des réticences à le faire, surtout lorsque l'enfant est né dans des pays où la pratique de la GPA laisse planer des doutes sur l'exploitation des femmes. Dans ces cas, on sent bien que les juges veulent agir avec la plus grande prudence en vérifiant le plus possible que la femme porteuse a bien donné son consentement²⁷⁶. On perçoit également que les juges veulent être rassurés sur le scénario qui représenterait le mieux l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, on fait intervenir la direction de la protection de la jeunesse ou le procureur général du Québec dans les dossiers et on n'hésite pas à nommer un avocat à l'enfant ou à commander un rapport psycho-social²⁷⁷ pour plus de sûreté. Les entretiens réalisés avec les juges québécois le démontrent clairement (voir partie 5.2.2).

Les deux décisions rendues à ce jour par la Cour d'appel du Québec (*Adoption – 1445* et *Adoption 161*) autorisant l'adoption de l'enfant du conjoint au nom de l'intérêt de l'enfant mettent fin au débat jurisprudentiel de droit interne qui hésitait, en première instance en Cour du Québec entre ordre public et intérêt de l'enfant, mais ne remettent cependant pas en question le fait que la GPA soit contraire à l'ordre public. L'article 541 C.c.Q. n'a en effet toujours pas été modifié et cela peut paraître contradictoire. Plusieurs questions se posent donc autour de ce phénomène social. Par exemples, l'adoption est-elle le mécanisme approprié pour répondre aux défis posés par la GPA ? Ne serait-il pas mieux d'encadrer la GPA comme une technique parmi les PMA ? Qu'arrivera-t-il si les parents d'intention refusent de recevoir l'enfant, l'article 541 C.c.Q. ne permettant de régler que les exécutions volontaires de convention de GPA, autrement dit les belles histoires ? Comme le recours aux mères

des cas de GPA transnationale de s'assurer par tout moyen du consentement de la femme porteuse. Voir notamment le cas de jumeaux nés en Thaïlande, *Adoption 16199*, 2016 QCCQ 8951, par. 121 et ss. (j. Hamel). Dans ce jugement, on a accepté comme preuve que les conditions liées au consentement de la femme porteuse avaient dû être satisfaites, le fait que l'ambassade canadienne avait émis les documents nécessaires pour que l'enfant puisse quitter le pays, et ce après avoir fait plusieurs autres tentatives restées vaines pour s'en convaincre, notamment la signification à l'étranger de la demande d'adoption à la femme porteuse. Voir aussi le cas d'une GPA en Inde, *Adoption 1631*, 2016 QCCQ 6872 (j. Primeau) où la question du consentement de la femme porteuse a longuement été discutée.

²⁷⁶ Voir les jugements suivants qui impliquent en partie ou en totalité le recours à des services de GPA à l'étranger : *Adoption -- 09367*, [2009] J.Q. no 18623 (C.Q.) (né au Québec, mais conçu en Californie) ; *Adoption -- 1590*, 2015 QCCQ 10185 ; *Adoption -- 15410*, 2015 QCCQ 15938 ; *Adoption -- 1631*, 2016 QCCQ 6872 et *Adoption -- 1632*, 2016 QCCQ 6873 (enfants nés en Inde dans ces trois derniers cas) et *Adoption -- 16199*, 2016 QCCQ 8951 et *Adoption -- 16198*, 2016 QCCQ 8950 (jumeaux nés en Thaïlande).

²⁷⁷ Les juges et avocats rencontrés nous ont affirmé qu'ils n'ont jamais eu connaissance d'un rapport psycho-social négatif en matière de GPA. Souvent l'enfant est déjà avec les parents d'intention depuis la naissance.

porteuses existe²⁷⁸, un questionnement plus fondamental et global sera nécessaire afin de réfléchir à l'adéquation des règles actuelles concernant la GPA au Québec, même si la Cour d'appel permet maintenant l'adoption. Bien qu'aucune proposition de modification législative n'ait été déposée à ce jour, il y a eu quelques propositions pour encourager cette réforme, tant par les auteurs de doctrine²⁷⁹ et certaines institutions²⁸⁰ que par le Comité consultatif sur le droit de la famille²⁸¹.

Le rapport du Comité consultatif insiste sur deux principes cadres pour régler les cas de GPA réalisée au Québec : d'une part, l'enfant qui est issu d'une convention de gestation pour autrui ne doit pas être pénalisé et d'autre part, les mères porteuses ne peuvent être abandonnées à leur sort si les parents d'intention refusaient d'honorer leurs engagements vis-à-vis de l'enfant. Il recommande d'abroger l'article 541 C.c.Q. qui prévoit la nullité des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui. Pour établir la filiation de l'enfant, le Comité consultatif recommande deux voies possibles : la première serait une voie administrative avec des conditions plus strictes. Il faudrait passer avant la poursuite du projet, chez le notaire, d'une part pour bien comprendre les aspects juridiques de la convention et chez un professionnel du centre jeunesse, d'autre part, pour assurer une prise en compte des aspects psycho-sociaux et éthiques du projet. Cette procédure nous semble préférable au processus d'adoption, qui a pour objectif de pallier l'abandon d'enfant et non pas celui d'établir la filiation d'un enfant dont la naissance résulte du désir de ses parents d'intention²⁸².

La seconde voie serait judiciaire. Dans l'hypothèse où la procédure plus stricte de consultation préalable n'aura pas été suivie, c'est-à-dire lorsque le projet parental n'aura pas été consigné par acte notarié, on devra plutôt suivre cette voie judiciaire subsidiaire qui consisterait à obtenir une déclaration judiciaire de filiation à l'égard de l'enfant ainsi conçu. Les parties auront 60 jours pour s'adresser au tribunal. Pour le reste, les conditions énoncés dans le cadre de la voie administrative sont les mêmes dans le contexte de la voie judiciaire.

Fait important à noter, dans le cas où les parents d'intention changeraient d'avis et ne voudraient pas exécuter la convention, soit parce qu'ils ne trouvent pas l'enfant à leur satisfaction pour toutes sortes de raisons, qu'il soit né prématurément ou atteint d'une affection, d'une maladie ou d'un handicap, ou parce qu'ils ont tout simplement changé d'avis, ils pourront être tenus responsables à l'égard de l'enfant et de la femme porteuse. La nullité des conventions prévue à l'article 541 C.c.Q. ne permet actuellement pas cette protection accrue en cas d'inexécution de la convention.

²⁷⁸ Pour plus de détails, voir COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire, Gouvernement du Québec, Québec, 2009, p. 67 et suiv.

²⁷⁹ Voir notamment L. LANGEVIN, « La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision Adoption – 1445 ; quelques lumières sur les zones d'ombres et les conséquences d'une solution *la moins insatisfaisante* », (2015) 49 R.J.T. 451 ; Mireille D.-CASTELLI, « L'évolution des fondements du droit de la filiation : dichotomie entre valorisation croissante du lien biologique et prééminence de la volonté » et Anne-Marie SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié ? » dans C. LANDHEER-CIESLAK et L. LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, respectivement aux pages 107 et 589.

²⁸⁰ Voir les prises de position en faveur d'une réforme de la part du Conseil du statut de la femme dans leur Avis, *op. cit.*, et dans le Rapport CSBE. La COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, qui avait rendu un avis en 2009, serait en train de revoir sa position.

²⁸¹ Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.*, plus particulièrement aux pp.166-189 et 231.

²⁸² De cet avis, voir A.-M. SAVARD, « L'établissement de la filiation à la suite du recours à la gestation pour autrui : l'adoption par consentement spécial est-il le moyen approprié en droit québécois », in C. LANDHEER-CIESLAK et L. LANGEVIN (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 589.

2.3.2.3.2 *La transcription à l'état civil ou la reconnaissance d'un jugement étranger : une solution peu utilisée*

Au contraire de la situation prévalant en France, la transcription des actes de l'état civil étranger pour établir la filiation de l'enfant conçu dans le cadre d'une GPA faite à l'étranger n'est pratiquement pas utilisée au Québec. Comme on l'a vu précédemment, l'adoption est la solution adoptée tant pour les GPA effectuées au Québec, que pour celles réalisées à l'étranger. Cette option demeure pourtant une alternative à l'adoption. En mai 2015, et ce pour la première fois, la Cour supérieure du Québec a ordonné l'insertion au registre²⁸³ de l'état civil québécois d'un certificat de naissance émis en Pennsylvanie pour un enfant qui y est né de GPA²⁸⁴.

D'aucuns auraient pu prétendre que l'insertion de cet acte étranger à l'état civil contrevenait à l'ordre public international au sens de l'article 3081 C.c.Q, puisque dans ce pays, la filiation avec les parents d'intention est établie dès la conception de l'enfant empêchant ainsi à la femme porteuse de changer d'avis, alors qu'elle pourrait le faire en droit québécois puisque l'article 541 C.c.Q. prévoit la nullité des conventions de GPA²⁸⁵. Or, le juge Lacoursière ne suit pas cette voie. Son raisonnement laisse une fois de plus voir le repli de l'ordre public en matière de GPA. Il le fait, malgré la contestation de la part de la Procureure générale et du Directeur de l'état civil du Québec qui allèguent tous deux que l'insertion dans le registre québécois de l'acte de naissance produit à l'étranger contrevient à l'ordre public parce qu' « elle a pour effet de reconnaître une filiation non prévue au *Code civil du Québec* »²⁸⁶. Le juge Lacoursière précise qu'il n'a qu'à appliquer l'article 3166 C.c.Q. qui l'autorise à reconnaître que l'acte de naissance de l'enfant a été dressé à l'étranger en toute légalité. Pour lui, l'adoption n'est pas « la seule voie légale pour faire reconnaître la filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse, alors que de nombreux ressorts avoisinants du Québec prévoient l'émission de déclaration de parentalité, soit avant la naissance ou tout de suite après »²⁸⁷.

En ce qui concerne l'ordre public international, l'article 3155, par. 5 C.c.Q. prévoit qu'une « décision rendue hors du Québec [peut être] reconnue » si « le résultat de la décision étrangère n'est manifestement pas incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales ». Commentant cet article dans le contexte de la GPA à l'étranger, le juge Lacoursière dans ce jugement de la Cour supérieure ajoute ce qui suit :

« le résultat du jugement [de déclaration parentale] et de l'acte de naissance qui en découle est de reconnaître la filiation de deux hommes à l'égard de leur enfant. Non seulement ce résultat n'est pas contraire à l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales, mais il ne l'est pas non plus en vertu de l'ordre public interne

²⁸³ L'insertion au registre de l'état civil est permise par l'article 137 C.c.Q. et cet acte revêt alors un « caractère semi-authentiques, à moins que [sa] validité n'ait été reconnue par un tribunal du Québec ». Pour les distinctions entre acte authentique et semi authentique, voir les articles 2813 et suiv. ainsi que l'article 2822 C.c.Q.

²⁸⁴ *Droit de la famille -- 151172*, 2015 QCCS 2308. Dans cette décision, l'enfant est né aux États Unis, d'une femme porteuse américaine, les parents d'intention étaient domiciliés au Québec, mais l'un d'eux est citoyen américain et résident canadien.

²⁸⁵ Voir B. MOORE (dir.), *Code civil du Québec. Annotations – Commentaires 2016-2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, pp. 122 et 418.

²⁸⁶ *Droit de la famille – 151172*, 2015 QCCS 2308 (CanLII), par. 12.

²⁸⁷ *Droit de la famille – 151172*, 2015 QCCS 2308 (CanLII), par. 107.

du Québec, puisque le Code civil du Québec prévoit spécifiquement la possibilité pour un enfant d'avoir deux parents du même sexe. »²⁸⁸

En prenant cette position, le juge fait un amalgame entre les cas de PMA où l'homoparenté est permise et les cas de GPA à l'étranger et affirme que la configuration qui en découle (la filiation de l'enfant à l'égard de deux hommes) ne viole pas l'ordre public international, puisque l'ordre public interne du Québec admet déjà la double filiation monosexuée. Il fait en quelque sorte fi de l'existence de l'article 541 C.c.Q. et insiste dans ce contexte sur le résultat avec lequel la Cour est confrontée, c'est-à-dire, l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger.

2.3.2.4 Conclusions sur le droit québécois

Malgré le peu d'encadrement de la GPA au Canada et en particulier au Québec, la pratique a cours. On ne peut l'ignorer.

L'état du droit permet aujourd'hui, suite aux jugements de la Cour d'appel, de prononcer plus systématiquement l'adoption par consentement spécial des enfants nés d'une GPA. L'adoption est le véhicule utilisé dans la plupart des cas tant pour les GPA locales, que transnationales. Cette solution au problème de l'établissement de la filiation de l'enfant ainsi conçu ne peut qu'être temporaire, quoiqu'elle représente un pas dans la bonne direction pour favoriser l'intérêt de l'enfant issu d'une telle pratique malgré l'article 541 C.c.Q. Les décisions démontrent également la remise en question de la maxime *mater semper certa est* et sont une preuve du repli de l'ordre public en cette matière.

En ce qui a trait à la transcription à l'état civil d'un enfant né à l'étranger de parents domiciliés au Québec, même si le législateur n'a pas expressément prévu la possibilité d'accéder à la GPA pour devenir parents, dans la mesure où ce privilège existe lorsqu'on fait usage d'autres techniques pour les parents de même sexe et (il va sans dire pour les parents de sexe différent), le juge Lacoursière dans la décision *Droit de la famille – 151172*²⁸⁹ est prêt à l'autoriser pour les personnes ayant recours à la GPA. Preuve de nouveau, du repli de l'ordre public en cette matière.

Par ailleurs, une réforme est réclamée, notamment par les juges que nous avons rencontrés et qui ont à rendre des décisions dans ses situations hautement sensibles.

Une réforme des règles en matière de GPA ne pourrait faire l'économie d'une réflexion sur l'accès aux origines. Cette autre question complexe ne fait pas l'unanimité, quoique, comme nous l'avons déjà affirmé, une nette tendance à la reconnaissance du droit d'accès aux origines de l'enfant conçu par procréation assistée se dessine²⁹⁰. Il reste que la revendication d'un droit d'accès aux origines, par les uns, entraîne parfois, pour les autres, la crainte de la « biologisation » de la filiation²⁹¹. C'est précisément parce que le concept de filiation est en

²⁸⁸ *Droit de la famille – 151172*, 2015 QCCS 2308 (CanLII), par. 112.

²⁸⁹ 2015 QCCS 2308 (CanLII).

²⁹⁰ Voir notamment Carmen LAVALLEE et Michelle GIROUX, « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », (2013) 72 *R. du B.* 147-175. Voir aussi le Rapport du comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.*

²⁹¹ Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité (I. THERY, prés.), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé. Ministère délégué chargé de la famille, 2014, 347 pages, aux pp. 14 et 214 et suiv. [Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité] Voir aussi Irène THERY, *Des humains comme les autres*, référence à compléter, p. 135 – 212. M.-F. BUREAU, « Filiation et origines : questionnement et hypothèses sur le rôle du droit », dans C. LANDHEER-CIESLAK et L. LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 75

transformation que ces « malentendus » ont cours, tel qu'en témoigne cet extrait d'un Rapport français :

« [o]n ne peut donc pas aller jusqu'à la racine des controverses sur l'accès aux origines [...], si on ne se penche pas aussi sur le contexte qui leur donne sens : la grande métamorphose de la filiation, et plus généralement de la famille et de la parenté, dans les sociétés occidentales contemporaines. ²⁹²»

Il y a très souvent en cette matière une confusion entre la filiation et les origines. Pourtant ces deux notions doivent être distinguées²⁹³. À la source de cette confusion, figurerait, selon Irène Théry : « la confusion entre enjeux de biomédecine et enjeux de construction de l'identité personnelle »²⁹⁴. Commentant le débat français, elle affirme aussi :

« Elle (la demande d'accès aux origines) a pourtant été interprétée à l'occasion de la rénovation des lois de bioéthique comme un problème de filiation, au point que l'argument principal pour refuser toute évolution du droit a été le refus d'une « biologisation », voire d'une « génétisation » de la filiation qui mettrait en danger aussi bien les parents que les donneurs. Or, non seulement la revendication d'accès aux origines personnelles n'a rien à voir avec une supposée demande d'établir un lien de filiation, mais elle lui est contradictoire »²⁹⁵.

Une telle réflexion devrait inciter à mieux repenser plus globalement la filiation, la parenté et la parentalité. La volonté est devenue le fondement de la filiation par procréation assistée, sans inclure la GPA. Il faut définir plus largement ces règles en englobant la GPA.

Les enjeux entourant la maternité de substitution sont complexes. Ils concernent la filiation de l'enfant ainsi conçu, la question de ses origines, de même que la commercialisation du corps de la femme porteuse. Il faut donc chercher la solution juridique qui sera la meilleure possible, tout en étant bien conscient que celle-ci sera en partie fondée sur un compromis entre les droits de l'enfant, ceux des parents d'intention et ceux de la femme porteuse ou gestatrice. L'article 541 C.c.Q. peut-il être maintenu comme certains le proposent ²⁹⁶? Cet article pourrait certes servir à protéger la mère porteuse contre des clauses abusives dans ce type de contrat ou encore dans l'hypothèse où celle-ci voudrait garder l'enfant. Mais l'art 541 C.c.Q. ne protège pas la mère porteuse quand les choses vont mal, puisqu'elle peut « rester » avec l'enfant qu'elle n'a pas voulu pour elle. Les parents intentionnels peuvent se défausser facilement, sauf si la femme porteuse poursuit le père génétique pour qu'il déclare sa paternité et ainsi obtenir une pension alimentaire. L'évolution de l'ordre public et l'existence de la maternité de substitution comme moyen pour concevoir un enfant n'infèrent-elles pas une réponse négative ? Mais comment modifier le Code ?

L'analyse du droit comparé sur cette question ne propose pas une réponse facile, tellement les modèles législatifs proposés sont variés²⁹⁷. En effet, comme l'affirme deux auteures belges :

²⁹² Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, *ibid*, à la p. 15.

²⁹³ *Ibid*, à la p. 215. Voir aussi de ce côté de l'Atlantique, M. GIROUX et M. DE LORENZI, "Putting the child first: A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law", (2011) 27 (1) *Canadian Journal Family Law* 53-94.

²⁹⁴ Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, *ibid*, à la p. 15.

²⁹⁵ *Ibid*, à la p. 222, références omises.

²⁹⁶ COMMISSION DE L'ETHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE, « Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryon, la gestation pour autrui et diagnostic préimplantatoire » (2009) ; B. MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, p. 859.

²⁹⁷ Voir l'étude comparée sur l'état de la situation en Europe qui permet de constater la très grande panoplie de modèles législatifs, L. BRUNET (Lead), *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate-General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, May 2013, 378 p.

« Les solutions retenues à l'échelle nationale en matière de gestation pour autrui restent à ce stade extraordinairement diversifiées, de l'interdiction absolue à la permissivité. Cette diversité foisonnante peut s'expliquer notamment par la circonstance que gît au cœur du processus un conflit de droit triangulaire confrontant les droits fondamentaux des parents d'intention à ceux de la mère porteuse et surtout à l'intérêt de l'enfant. Le poids important reconnu à chacun de ces intérêts spécifiques est tel que leur confrontation peut aboutir à des solutions très différentes et toutes justifiables en termes de droits fondamentaux. »²⁹⁸

Tout en priorisant l'enfant, ne faudra-t-il pas discuter des conditions d'accès à la gestation pour autrui ? En discuter ne permettra-t-il pas au corps médical d'agir plus efficacement auprès des couples qui entendent procéder de la sorte ? Un soutien psychologique, tel que le prévoit la loi québécoise concernant les autres techniques de procréation médicalement assistées²⁹⁹, ne responsabiliserait-il pas toutes les parties en cause ? De plus, les enjeux n'étant pas seulement nationaux, mais internationaux, se préoccuper de l'accès à la gestation pour autrui au Québec, plutôt que d'ignorer le phénomène, ne peut-il pas contribuer à diminuer l'exploitation des femmes à l'étranger ? Il faudra réfléchir à la GPA transnationale également ; doit-elle recevoir le même traitement que la GPA effectuée au Québec ou dans le reste du Canada ; l'adoption dans ce contexte est-elle le mécanisme approprié ou est-ce que la reconnaissance de l'acte de naissance étranger n'est pas une solution plus adaptée ?

2.3.3 La GPA en Espagne

En Espagne, tout comme en Belgique, au Québec et en France, le contrat de GPA est nul (Article 10 al. 1 Loi 14/2006). Dans sa décision du 6 février 2014, la Cour de Cassation espagnole a confirmé que la nullité du contrat exige la prohibition générale de cette pratique. La question est très polémique dans ce pays, tout comme ailleurs. Cela n'empêche pas à des couples de recourir à la GPA en Espagne ou à l'étranger. Certains voudraient même qu'on la légalise. Comme les auteurs du rapport espagnol commandé pour cette recherche l'expriment : « La gestation pour autrui est devenue en Espagne un thème d'actualité juridico-politique depuis la Loi 13/2005 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels en leur accordant les mêmes effets juridiques que ceux qui accompagnent l'institution matrimoniale, notamment l'accès à la filiation et la reconnaissance de la filiation » (p.6).

Dans l'attente, pour établir la filiation d'un enfant ainsi conçu, la maxime *mater semper certa est* s'applique pour établir la maternité. C'est la femme qui accouche, la femme porteuse, qui est la mère. Quant à la filiation paternelle, elle peut être établie à l'égard du père biologique, le père d'intention, sauf si la femme porteuse est mariée. Dans ce cas, la présomption de paternité, fait en sorte que le mari de la femme porteuse est le père. Ceci étant, l'adoption de l'enfant du conjoint est tout de même possible pour les GPA contractées en Espagne, tout comme c'est le cas au Québec et en Belgique. Par ailleurs, lorsque l'enfant est conçu à l'aide d'une GPA à l'étranger, une transcription de l'acte de naissance dressé à l'étranger est

²⁹⁸ J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quelles liens avec la mère porteuse ? », dans G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui vers un encadrement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 282-283.

²⁹⁹ Règlement québécois sur les activités cliniques en matière de procréation assistée, *op. cit.*, art. 20, par. 12.

nécessaire, mais pose problème. En effet, les problèmes de transcription de l'acte de naissance de l'enfant de parents d'intention espagnols né de GPA à l'étranger sont similaires à ce qu'on retrouve en France ; l'état civil espagnol refusant la transcription de l'enfant ainsi conçu. Pour faciliter l'inscription de la filiation à l'état civil, la Direction générale des registres et du notariat a publié une instruction administrative exigeant un jugement étranger pour transcrire (Instruction du 5 octobre 2010). Cette façon de faire a été critiquée, notamment par les tribunaux, l'instruction a été modifiée, n'exigeant plus de jugement, mais continue tout de même de requérir l'identité de la femme porteuse, cette condition est contestée devant la CEDH à l'heure actuelle (voir p. 11 et suivantes du rapport espagnol). La décision de la CEDH est attendue en 2018.

Les conséquences juridiques des arrêts *Mennesson* et *Labassée* de la CEDH se sont rapidement propagées en Espagne (voir rapport espagnol, p. 19). En effet, dès le 10 juillet 2014, un représentant du Ministère de Justice annonçait l'envoi d'une Instruction immédiate à tous les consulats espagnols afin qu'ils inscrivent dans les registres de l'état civil consulaires la naissance des enfants nés par GPA ailleurs. Ces inscriptions étaient paralysées à cause de l'arrêt de la Cour de Cassation espagnole. Le Ministère de la Justice espagnol considère que les effets juridiques dérivés des arrêts de la CEDH s'appliquent directement en Espagne et, par conséquent, que le blocage des inscriptions des naissances doit cesser automatiquement³⁰⁰. Mais la Cour de cassation résiste et considère que la situation juridique en Espagne n'est pas la même qu'en France et que la solution de la CEDH ne peut être extrapolée aux cas des couples espagnols ayant recouru à une GPA à l'étranger pour avoir un enfant.

Le rapport plus détaillé sur le droit espagnol se trouve en Annexe³⁰¹. Il présente une analyse socio-juridique du développement des législations espagnoles et de la communauté autonome de Catalogne.

³⁰⁰ F. Rodríguez Prieto, "El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional", *El Notario del s. XXI*, nov./dec., 2014, pp. 26-29.

³⁰¹ Il a été préparé par les professeures Susana NAVAS NAVARRO et Marta ENCARNA I ROCA, respectivement juriste et sociologue, toutes deux membres de l'équipe de recherche. Voir l'annexe 5 pour le rapport complet. L'étude espagnole a été conçue de façon à intégrer systématiquement le droit et la dimension sociologique.

2.4 Droit français et GPA : le lent repli de l'ordre public

2.4.1 Le cadre juridique sanctionnant la GPA

En France, avant même que la loi ne vienne condamner les conventions de gestation et de procréation pour autrui, les juges de la Cour de cassation ont, le 31 mai 1991³⁰², sanctionné « le 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 », au nom de la violation tant du principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain que celui de l'indisponibilité de l'état des personnes³⁰³. Ils ont refusé de prononcer l'adoption par la mère d'intention de l'enfant ainsi conçu, au motif que l'opération constituait un détournement de l'institution de l'adoption³⁰⁴.

A l'occasion de l'adoption des premières lois de bioéthique, le 29 juillet 1994, fut ensuite introduit dans le Code civil l'article 16-7 qui dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette nullité, qui est absolue, peut être invoquée par tout intéressé pendant cinq ans. D'autres articles font rempart plus spécifiquement contre le développement de pratiques commerciales de GPA, tel l'article 16-1 du code civil qui dispose que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

³⁰² Cass., ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II. 21752, concl. Dontenwille, obs. F. Terré ; *Dalloz* 1991. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *RTD Civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; Civ. 1^{re}, 29 juin 1994, *Dalloz* 1994. 581, note Y. Chartier ; *RTD Civ.* 1994. 842, obs. J. Hauser ; *LPA* 1995, n° 35, p. 23, note J. Massip ; Civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, *Dalloz* 2004, p. 1988, note E. Poisson-Drocourt ; *RTD Civ.* 2004. 75, obs. J. Hauser ; *Dr famille* 2004, comm. 37, note P. Murat.

³⁰³ Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes signifie que nul ne peut par sa seule volonté se dépouiller, même à titre gratuit, des éléments qui constituent son identité civile (sexe, prénom, nom, filiation, nationalité, situation de famille...). Le principe de l'indisponibilité du corps indique que le corps humain est hors du commerce : il ne peut faire l'objet de transactions, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit (Terré et Fenouillet, 2012 : 72-73 et 147-148). On peine toutefois à découvrir l'existence de ces principes dans la tradition juridique française et, pour certains auteurs, la Cour de cassation a fait ici un usage incantatoire de ces principes, les « projetant de l'imaginaire dans le droit positif » (M. Gobert, *Réflexions sur les sources du droit et les "principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution), Revue trimestrielle de droit civil* 1992, p.489-528 ; V. Depadt-Sebag, De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui, *Revue générale de droit médical*, 2004, p. 135-155). Pour en prendre la mesure, il suffit de mentionner des pratiques, depuis longtemps admises en droit français, comme le don de lait, de sang, d'organes, de moelle, de gamètes ou encore les recherches biomédicales auxquelles des personnes en bonne santé peuvent se prêter contre une indemnisation.

³⁰⁴ Il faut néanmoins mentionner une décision singulière de la Cour d'appel de Paris du 25 juin 1990 (CA Paris, 15 juin 1990, D. 1990, p. 540, note F. Boulanger ; *JCP* 1990.II.21653, note B. Edelman et C. Labrusse-Riou ; *JDI* 1990, p. 982, note H. Gaudemet-Tallon). Il s'agissait d'un cas de procréation pour autrui (traditional surrogacy) par une femme américaine pour le compte d'un couple de Français stérile. La femme, génitrice et gestatrice avait accouché au Kentucky et, à l'issue d'une procédure judiciaire, avait abandonné ses droits sur l'enfant au profit du géniteur et père. La mère d'intention avait demandé l'adoption de l'enfant et la Cour d'appel, infirmant le jugement antérieur, avait accédé à sa requête. Avec audace, elle avait alors affirmé que la procréation substituée permettait au couple d'exercer son "droit naturel de fonder une famille par procréation" et que les conditions dans lesquelles cette maternité de substitution s'était déroulée ne heurtaient pas la conception française de l'ordre public, intervenant au demeurant dans son effet atténué. Il faut préciser que le ministère public n'avait finalement pas jugé bon de former un pourvoi contre cet arrêt, alors que le second arrêt rendu le même jour par la Cour d'appel de Paris, dans une affaire semblable mais sans portée internationale, a précisément donné lieu à la cassation par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 31 mai 1991 qui a fixé pour longtemps la jurisprudence. Le fait que la contravention à l'interdit français de la maternité pour autrui résultait d'un jugement rendu à l'étranger justifiait sans doute à l'époque, que la sanction de l'ordre public ne fût pas déclenchée.

Par ailleurs les pratiques de GPA peuvent tomber sous le coup de plusieurs incriminations pénales : l'article 227-12 du Code pénal sanctionne la provocation directe à l'abandon d'enfant, l'entremise en vue de l'abandon ou de l'adoption (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende). Il faut aussi mentionner l'incrimination spécifique introduite par le législateur le 29 juillet 1994 à l'article 227-12 al. 3 du Code pénal : l'entremise entre parents d'accueil et femme porteuse. Elle vise le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter cet enfant en vue de leur remettre. Les peines sont les mêmes que pour l'entremise en vue de l'abandon et de l'adoption. Il faut ajouter à la liste des incriminations pénales susceptibles de viser la GPA le délit de simulation entraînant une atteinte à l'état civil d'un enfant, inscrit à l'article 227-13 du Code pénal : il sanctionne par exemple le fait pour une femme de prétendre être la mère d'un enfant dont elle n'a pas accouché et donc pourrait s'appliquer au cas où la mère d'intention serait mentionnée. Ce délit est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende³⁰⁵.

L'arsenal juridique contre la GPA a contribué à faire disparaître, ou presque, les pratiques de gestation pour autrui sur le territoire français et par conséquent la jurisprudence pénale est peu fournie. On mentionnera néanmoins le jugement définitif du tribunal correctionnel de Blois en date du 22 mars 2016³⁰⁶ : l'affaire concernait une femme, mère de quatre enfants, qui par deux fois avait vendu l'enfant dont elle était enceinte au bénéficiaire d'un premier couple (la première fois cet enfant était en réalité issu de son propre couple) à un second couple ignorant de la situation. La femme est condamnée pour escroquerie à un an d'emprisonnement avec sursis, tandis que tous les couples ayant eu recours à cette femme porteuse sont condamnés du chef de provocation à l'abandon à une amende de 2000 euros, mais compte tenu de leur profil, la peine est prononcée avec sursis.

Il faut aussi citer un jugement du tribunal correctionnel de Bordeaux en date du 1^{er} juillet 2015 : un couple d'hommes mariés désirait avoir un enfant et avait recouru aux services d'une société basée à Chypre pour trouver une femme susceptible de porter un enfant pour eux. Une femme bulgare avait été recrutée et la conception de l'enfant par FIV avec don d'ovocytes avait eu lieu à Chypre. Quelques mois plus tard le couple d'homme avait décidé de faire venir en France la femme porteuse avec sa famille afin que leur enfant puisse obtenir plus facilement la nationalité française et pour assurer à la femme un meilleur suivi médical. C'est donc en France que la femme porteuse avait accouché, avant de repartir à Chypre en laissant l'enfant à ses deux parents, son père biologique et son père d'intention. Le délit de provocation à l'abandon a été retenu contre chacun des deux époux, qui ont été l'un et l'autre condamnés à une peine de 7500 euros. Toutefois le tribunal a souligné qu'« il n'est pas douteux que les deux hommes n'aient pas été animés par un autre but que le désir d'un enfant à élever au sein de leur couple ». En conséquence, même si une amende de 7500 euros est prononcée contre chacun des deux hommes, le tribunal l'assortit du sursis et précise que la condamnation ne sera pas visible sur leur extrait de casier judiciaire.

Même si, dans ces deux affaires, les juges entreprennent d'appliquer les règles pénales avec fermeté et rigueur, on perçoit dans leur décision d'assortir les peines de sursis l'embarras qu'ils ont à punir trop rapidement ceux qui se sont engagés dans un projet de GPA pour avoir un enfant.

³⁰⁵ Comme on l'a vu en partie 2.3, aucune sanction n'existe en ce sens au Québec.

³⁰⁶ M-C Guérin, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? », *Dr famille* 2016, étude n° 18.

Au surplus, le droit pénal paraît assez inefficace en ce domaine³⁰⁷. Si, comme on l'a dit, la sévérité de l'interdiction de la gestation pour autrui a dissuadé les couples français, privés de toute autre possibilité pour fonder une famille, de recourir à la GPA sur le territoire français, elle n'a pas réussi à les décourager d'aller ailleurs pour mener à bien leur projet d'enfant grâce à cette même pratique. L'un des effets de la prohibition française a été le développement de pratiques délocalisées de GPA pour le compte de couples français. De surcroît, les pratiques de GPA transfrontières se sont récemment amplifiées à la suite de la reconnaissance juridique des couples de même sexe et de leur engagement dans des projets parentaux³⁰⁸. Mais lorsque les opérations de GPA ont lieu à l'étranger, le Code pénal (art. 113-6 al. 2) dispose que la loi française n'est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire qu'à la condition que les faits soient punis par le législateur du pays où ils ont été commis. Or cette condition fait souvent défaut puisque les Français se rendent dans des pays où la pratique est licite et où elle n'est pas réservée aux ressortissants nationaux³⁰⁹.

2.4.2 La résistance du droit français face au défi de la GPA transfrontières

Le cadre réglementaire n'a pas été modifié depuis 1994 alors même que les pratiques de GPA transfrontières n'ont cessé de convoquer les juges et de mettre à dure épreuve la résistance de l'interdiction française. Certes un groupe de travail du Sénat consacré à la maternité pour autrui s'est prononcé en 2008 en faveur d'un encadrement légal de la GPA en France³¹⁰. Mais la même année, l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques s'opposait à la levée de la prohibition³¹¹. En 2009, dans le cadre de la première révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a rendu un avis préconisant le maintien de l'interdiction, tout en proposant que la situation juridique des enfants nés à l'étranger par recours à cette pratique soit aménagée, de façon que ceux-ci ne soient pas pénalisés par le fait que leurs parents d'intention ont eu recours à une pratique interdite en France³¹² (Conseil d'État, 2009). A l'inverse, il faut signaler le rapport publié en 2016 par la Commission des lois du Sénat qui invite le législateur à interdire expressément dans le code civil toute forme d'établissement de la filiation vis-à-vis du parent d'intention et à renforcer la répression pénale en relevant le quantum des peines encourues³¹³.

C'est bien là le point sur lequel se cristallisent de vives controverses juridiques³¹⁴, qui débordent très largement des prétoires³¹⁵ : une fois les enfants nés, les parents cherchent à

³⁰⁷ C. André, *Droit pénal spécial*, L3 M1, 2015, Dalloz, n° 241 ; B. Chapleau, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui. Difficultés d'application dans l'espace », *Dalloz* 2015.1775.

³⁰⁸ M. Gross, *Choisir la paternité gay*, Eres, 2012.

³⁰⁹ Voir notamment TGI Créteil 2004, *Dalloz* 2005. 476, note V Depadt-Sebag : non-lieu prononcé dans le volet pénal.

³¹⁰ Sénat (2008). *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*. Rapport d'information n°421 (2007-2008). <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>.

³¹¹ OPECST (2008). *La loi bioéthique de demain. Rapport de MM. Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte*. <http://www.senat.fr/rap/r08-107-1/r08-107-1-syn.pdf>.

³¹² Conseil d'Etat (2009). *La révision des lois de bioéthique*, Paris, La documentation française. http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique_ok.pdf.

³¹³ Sénat, Rapport d'information, Commission des lois, *Assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui*, Y. Détraigne et C. Tasca (rapp.), n° 409, 17 février 2016, p. 77 et p. 85.

Voir aussi la proposition de loi n° 227, 14 octobre 2014, visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une GPA déposée par J. Leonetti : elle a été rejetée sans débat.

³¹⁴ M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : Fictions et réalité*, Fayard 2013 ; M. Frison-Roche, « Sophistique juridique et GPA », *Dalloz* 2016, p. 85.

Au niveau collectif : Collectif CoRP (collectif pour le respect de la personne) <http://collectif-corp.com>.

³¹⁵ Voir *infra* 5.2.

revenir avec eux en France puis à obtenir la transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état civil français afin de faire reconnaître leur parenté légale. Tels sont les principaux obstacles auxquels les parents d'enfants nés à l'étranger par GPA doivent franchir pour établir leur famille en France.

2.4.2.1 Premier obstacle : l'entrée sur le territoire français des enfants nés par GPA à l'étranger

Le lieu de la GPA a une importance non négligeable concernant la nationalité de l'enfant et la possibilité de le faire revenir en France. Dans les pays qui accordent la nationalité en vertu de la loi du sol, par exemple les Etats-Unis et le Canada, les enfants obtiennent la nationalité du pays où ils ont vu le jour et un passeport pour rentrer en France avec leurs parents. Dans les pays ne pratiquant pas la loi du sol, par exemple l'Inde ou l'Ukraine, les enfants suspectés par les autorités françaises d'être nés par GPA sont dans une impasse : si aucun lien de filiation n'est reconnu par les autorités consulaires françaises avec le ou les parents français, la nationalité française ne leur sera pas attribuée automatiquement³¹⁶ et par conséquent ils ne pourront pas obtenir de passeports pour partir vivre en France avec leur(s) parent(s). Il faudra que les parents sollicitent un laissez-passer consulaire. Les autorités consulaires françaises ont eu souvent tendance à refuser de délivrer ces documents de voyage et des recours ont été introduits en urgence devant les juges administratifs. Le Conseil d'Etat est venu enjoindre les autorités françaises de délivrer des documents de voyage provisoires dès lors que l'acte de naissance ne présente pas d'in vraisemblance ou d'irrégularité, que son authenticité n'est pas remise en cause et que les faits déclarés paraissent correspondre à la réalité, conformément aux exigences de l'article 47 C. civ. La haute cour administrative s'est aussi appuyée sur l'intérêt de l'enfant qui, selon l'article 3 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, doit être la considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants, qu'elles soient le fait de tribunaux ou d'autorités administratives, et qui doit prévaloir sur la suspicion de recours à une GPA. Les juges du Conseil d'Etat prennent néanmoins soin de rappeler que leur décision ne préjuge en rien de la reconnaissance en France de la filiation de l'enfant et de sa nationalité française dont seule l'autorité judiciaire pourra trancher une éventuelle contestation³¹⁷.

Une étape supplémentaire a été franchie, qui enjoint aux chancelleries françaises à l'étranger de retenir une appréciation plus conciliante de l'intérêt de l'enfant, détaché de tout contrôle de la conformité de l'acte de naissance étranger de l'enfant à la réalité. C'est ce qui résulte de l'ordonnance du Conseil d'Etat, en date du 3 août 2016³¹⁸, ordonnant au ministre des affaires étrangères, à titre provisoire et quelle que soit la position qui sera retenue ultérieurement sur la nationalité, de délivrer un document de voyage pour entrer sur le territoire national à un enfant soupçonné d'être né d'une gestation pour autrui en Arménie. En

³¹⁶ Malgré le correctif de la circulaire « Taubira » du 25 janvier 2013 (voir développements *infra*).

³¹⁷ Conseil d'Etat, réf., 4 mai 2011 *Dalloz* 2011. 1995, obs. A. Goutenoire ; *Dt famille* 2011, com 99 : Un homme avait eu recours à une GPA en Inde ; sur l'acte de naissance indien figuraient le nom du père et de la mère indienne qui avait mis au monde l'enfant. Le père avait ensuite reconnu l'enfant et bénéficiait d'une délégation d'autorité parentale de la part de la mère. *A contrario* voir Conseil d'Etat, réf., 8 juillet 2011 n° 350846 : en l'espèce il y avait des incertitudes sur l'identité de la mère porteuse et sur sa volonté exacte de celle-ci, ainsi que ces déclarations mensongères de la part du père biologique.

³¹⁸ CE, réf., 3 août 2016, *Dr famille* 2016, com. n° 202, obs. H. Fulchiron ; *Dalloz* 2016.1700, note P. Le Maigrat, et 2017.261, obs. F. Jault-Seseke.

l'espèce, seule la mère d'intention était mentionnée sur l'acte de naissance étranger. Les juges du Palais Royal rappellent que

« la circonstance que la conception de cet enfant 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 [...] d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant »,

et qu'en l'occurrence l'intérêt de l'enfant implique de ne pas être séparé de la requérante, sa mère d'intention, « qui en assume seule la charge ». Faute de délivrance de ce document, l'enfant resterait en Arménie sans aucun responsable légal pour en assurer la charge. Le Conseil d'Etat, même s'il rappelle qu'il ne s'agit pas d'empiéter sur la question de la filiation réservée au juges judiciaires, relâche ici le contrôle de l'entrée sur le territoire national et laisse ostensiblement à l'écart tout examen de la régularité de l'acte de naissance pour faire prévaloir des préoccupations humanitaires.

2.4.2.2 *Second obstacle : la reconnaissance en France des liens familiaux*

Le second obstacle concerne le droit international privé et porte sur la reconnaissance en France de l'acte de naissance, délivré à l'étranger, établissant la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention, autrement dit le père biologique et la mère d'intention.

L'acte de naissance étranger fait preuve de la naissance de l'enfant et établit, au regard des règles de droit où cet acte a été dressé, les liens juridiques le rattachant à l'une ou aux deux personnes qui l'ont mis au monde. La transcription d'un acte étranger de naissance est une mesure de publicité destinée à inscrire dans les registres français de l'état civil les indications de l'acte étranger afin de disposer d'actes français. A partir de là il pourra être délivré aux intéressés des copies et des extraits des actes de l'état civil français, ils n'auront plus à utiliser les actes étrangers³¹⁹. Cette formalité est facultative, mais, comme certains juges ne manquent pas de le souligner³²⁰, « l'absence de transcription prive l'enfant des droits attachés à la filiation et de faire valoir au quotidien son état civil et l'empêche d'exercer ses droits activement ». L'obtention d'un livret de famille notamment suppose cette transcription. La charge en est exclusivement dévolue au service central d'état civil de Nantes, créé en 1965 et dépendant du Ministère des Affaires étrangères. Ce service est en effet chargé de l'état civil des Français nés à l'étranger, ainsi que du recueil et de la transcription des actes civils faits par des Français à l'étranger. La transcription n'a rien de commun avec la procédure d'*exequatur* d'une décision rendue par une juridiction étrangère, mais elle est tout de même l'occasion d'un contrôle par les autorités françaises de l'état des personnes créé à l'étranger³²¹.

Pour éviter tout encouragement à recourir à la GPA, la France a jusqu'à très récemment refusé de transcrire les actes de naissance établis à l'étranger pour les enfants nés de cette pratique, alors même que les demandes de transcription ne cessaient de parvenir au service central d'état civil de Nantes et que, depuis 2002, les refus récurrents qui leur étaient opposés ont conduit à une accumulation des contentieux devant les juridictions dont Nantes est dans le

³¹⁹ C. Bidaud-Garon et H. Fulchiron, "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 européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 4.

³²⁰ Comme la Cour d'appel de Rennes a plusieurs fois eu l'occasion de le rappeler : voir par exemple, la décision du 27 juin 2016 (6^e ch A) ou celle du 12 décembre 2016 (6^e ch A).

³²¹ C. Bidaud-Garon et H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 5.

ressort.

Certaines juridictions avaient néanmoins tenté de forcer une telle transcription des actes de naissance étrangers afin de sécuriser le statut familial des enfants nés à l'étranger d'une GPA. On mentionnera ici l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait refusé le 25 octobre 2007 que la transcription dans les registres français d'état civil de deux actes de naissance américains puisse faire l'objet d'une demande d'annulation de la part du Ministère public, au nom « des conséquences contraires » que cette annulation aurait sur « l'intérêt supérieur des enfants »³²². Les actes de naissance transcrits rattachaient alors les enfants, deux jumelles, à leur géniteur (père biologique) et leur mère intentionnelle. Cependant, cet arrêt avait été cassé par la Cour de cassation le 17 décembre 2008³²³, au motif de l'intérêt à agir du ministère public pour demander la nullité de la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger.

Le 6 avril 2011, au nom de la contrariété à l'ordre public international français et au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « principe essentiel du droit français », la Cour de cassation, dans trois arrêts de principe (dont l'un était la suite de l'affaire *Menesson* ayant déjà donné lieu à l'arrêt du 17 décembre 2008), avait refusé « de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui ». Elle avait ainsi confirmé le refus de transcription des actes de naissance étrangers des enfants établissant la filiation à l'égard de leur père biologique et de leur mère d'intention. Néanmoins la Cour de cassation avait précisé que les enfants n'étaient pas pour autant privés de leurs liens de filiation acquis à l'étranger et qu'ils ne sauraient être empêchés de vivre avec leurs parents³²⁴. La décision avait suscité un certain embarras : comment comprendre une décision qui énonce une sanction (le refus d'un état civil français) et en même temps retire tout effet concret à cette sanction (la filiation étant suffisamment établie au vu des titres de naissance étrangers, ce qui permet de garantir une vie familiale normale) ?

Les voies de recours internes étant épuisées, deux des couples concernés par ces arrêts (*Menesson* et *Labassée*) ont alors saisi la CEDH.

A la suite des arrêts de la Cour de cassation, un timide courant jurisprudentiel favorable à reconnaissance du statut de l'enfant s'était toutefois esquissé : plusieurs arrêts de la Cour

³²² CA Paris, 25 octobre 2007, *Gaz. Pal.* 2008, p. 20, note G. de Geouffre de la Pradelle ; *RTD civ.* 2008. 93, obs. J. Hauser ; F. Bellivier et C. Noiville, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue de droit de contrats* 2008-2, p. 545 ; L. Brunet, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *Revue générale de droit médical*, n° 27, 2008, p. 155

³²³ Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Dalloz* 2009. 166, obs. V. Egéa, 340, note L. Brunet, 332, avis J.-D. Sarcelet, 773, obs. F. Granet- Lambrechts, 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, et 2010. 604, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ famille* 2009. 81, obs. F. Chénéde ; *Rev. crit. DIP* 2009. 320, note P. Lagarde ; *RTD civ.* 2009. 106, obs. J. Hauser ; *JCP* 2009. II. 10020 et 10021, notes A. Mirkovic et L. d'Avout ; *Dr. famille* 2009. Comm. 15, obs. P. Murat.

Sur renvoi, V. Paris, 18 mars 2010, n° 09/11017, *Dalloz* 2010. 1210, obs. V. Egéa, 1683, note G. de Geouffre de La Pradelle, et 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ fam.* 2010. 233, obs. F. Chénéde, et 147, édito. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2010. 317, obs. J. Hauser ; *JCP* 2010. II. 498, note A. Mirkovic, déclarant l'action du ministère public recevable et refusant la transcription des actes de naissance sur les registres français de l'état civil.

³²⁴ Cass 1^{ère} civ., 6 avril 2011 (3 arrêts), *Dalloz* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *Dr Famille* 2011, Etude n° 14, C. Neirinck ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser, *AJ Famille* 2011.262, obs. B. Haftel : « la situation ainsi faite à l'enfant, qui ne le prive pas de la filiation que le droit [de l'Etat où il est né] lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec ceux qui l'élèvent en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant (...), non plus qu'à son intérêt supérieur (...) ».

d'appel de Rennes avaient ordonné la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par GPA³²⁵. Le ministère public avait néanmoins chaque fois introduit un pourvoi en cassation.

La résistance des juges du fond avait été balayée. La Cour de cassation franchissait alors une étape supplémentaire dans l'intensité de la lutte juridictionnelle contre les recours transnationaux à la GPA : dans ses deux arrêts du 13 septembre 2013³²⁶ (cassant, pour l'un, l'arrêt de la CA Rennes du 21 février 2012 précédemment mentionné) et dans celui du 19 mars 2014³²⁷, la Haute juridiction judiciaire avait substitué un nouvel argument, la fraude à la loi, à celui de la contradiction avec l'ordre public français, pour refuser la transcription de l'acte de naissance indien, d'un enfant né par GPA, où figuraient le nom de la mère de naissance et celui du géniteur. La gravité de la fraude à la loi neutralisait, selon la Cour de cassation, toute considération de l'intérêt de l'enfant ou du respect de sa vie privée. De plus, la Cour s'était prévalu de la fraude à la loi pour valider l'annulation de la reconnaissance de paternité que parallèlement le père biologique avait faite en France.

Il en résultait pour les enfants un statut incertain : la transmission de la nationalité française n'était pas assurée ; les parents d'intention n'avaient fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; en l'absence de legs ou testament, les enfants n'avaient aucune vocation successorale³²⁸.

2.4.3. La condamnation de la France pour méconnaissance du droit au respect de la vie privée

C'est ce rempart jurisprudentiel qui, pour partie, a été renversé par la CEDH dans deux décisions en date du 26 juin 2014 (*Labassée* et *Menesson*³²⁹). Même si les juges européens ont reconnu le droit à chaque Etat d'interdire le recours à la GPA, ils ont considéré que le refus de la transcription des actes de naissance des enfants a porté atteinte à « leur identité au sein de la société française » (§ 96). A leurs yeux, les conséquences juridiques de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants et les parents d'intention affectaient significativement « le droit au respect de la vie privée qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation ». Se posait donc là « une question grave de compatibilité de la situation avec l'intérêt supérieur des enfants dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§ 99). La CEDH a ensuite souligné que cette préoccupation « prenait un relief particulier » lorsque, comme en l'espèce, le père biologique se voyait privé de toute possibilité d'établir sa paternité à l'égard des enfants (§100).

La locution « un relief particulier », introduisant le paragraphe précédant le constat de la méconnaissance par la France du droit au respect de la vie privée des enfants, rendait indéniablement incertaine la portée des arrêts de la CEDH : le refus de reconnaître la paternité

³²⁵ Rennes (Ch 6 A), 21 février 2012, n°11/02758, *Dr famille* 2012, comm. 67, obs. C. Neirinck ; Rennes 15 janvier 2013, n° 11/07500, inédit.

³²⁶ Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013 (deux espèces), *Dalloz* 2013. 2377, avis C. Petit, 238, note M. Fabre-Magnan ; *JCP* 2013.985, note A. Mirkovic ; *RTD civ.* 2013. 816, note J. Hauser ; *AJ Fam.* 2013.579, note F. Chénéde ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « A propos de la situation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz* 2013. 2349.

³²⁷ Voir H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « L'enfant de la fraude », *op. cit.*

³²⁸ I. Théry et A-M. Leroyer, *op.cit.*, p. 221-222 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *L'enfant de la fraude., id.*

³²⁹ Il s'agit des affaires qui avaient été fait l'objet des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 : CEDH 26 juin 2014, *Menesson c/France* et *Labassée c/France*, *Dalloz* 2014.1773, chr. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1797, note F. Chénéde, 1806, note L. d'Avout ; *AJ Famille* 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2014. 877, note A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2011. 616, obs. J. Hauser.

du géniteur doit-il être entendu comme la condition *sine qua non* qui déclenche la condamnation de la France ou bien doit-il être compris comme une circonstance supplémentaire qui aggrave la violation par la France du droit au respect de la vie privée, mais qui n'est pas indispensable pour que cette violation soit constituée ? La CEDH n'a-t-elle condamné le droit français qu'en raison du refus de reconnaître ou d'établir la filiation paternelle fondée sur un lien biologique ? Ou, à l'inverse, la Cour a-t-elle considéré que le refus de transcrire la double parenté d'intention, paternelle et maternelle, constituait une atteinte d'autant plus flagrante que le père d'intention était le géniteur ?

Etonnamment la doctrine a très majoritairement occulté cette double interprétation possible des arrêts *Mennesson* et *Labassée* et a soutenu que la CEDH n'imposait de consacrer que la parenté d'intention qui correspond à une parenté biologique. Pourtant quelques-uns parmi les meilleurs spécialistes de la CEDH ont estimé que « l'analyse de la Cour n'aboutit jamais à conclure que les atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui dont la reconnaissance est refusée ne sont constituées que si et seulement si son parent d'intention est aussi son parent biologique »³³⁰. Une lecture attentive pourrait même faire pencher en faveur d'une portée large des arrêts du 26 juin 2014. En effet, avant de préciser que l'atteinte à l'identité des enfants prenait un « relief particulier » lorsque l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant, la CEDH a pris soin de dénoncer les conséquences de la non reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et les parents d'intention (§ 99). Et en particulier, lorsqu'elle alerte sur le risque que les enfants soient privés de leurs droits de succession, elle prend soin de se référer tant à la succession paternelle que maternelle (§ 98). Au demeurant, dès lors comme la CEDH le rappelle encore dans ces deux décisions, que « le droit au respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut la filiation » (§ 96), il pourrait sembler contradictoire de ne reconnaître l'identité familiale d'un enfant que de manière partielle, en occultant délibérément une moitié de sa filiation ?

Par ailleurs seule cette interprétation serait pleinement en conformité avec le raisonnement développé par la CEDH dans l'affaire *Wagner c/Luxembourg* jugée le 30 juin 2007³³¹. Dans cette affaire, la cour avait fait prévaloir la reconnaissance du « statut valablement créé à l'étranger par le jugement péruvien d'adoption et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention » (§ 133) entre l'enfant et l'adoptante luxembourgeoise sur l'interdiction d'adopter pour les célibataires, contenue dans sa loi nationale. La Cour avait dans cet arrêt marqué sa préférence, sur toute autre méthode, pour la reconnaissance de la « réalité sociale » créée par le jugement étranger (§ 133).

Quoi qu'il en soit, par delà cette controverse d'interprétation, tous les commentateurs étaient d'accord sur un point : les décisions du 26 juin 2014 s'imposaient à la France qui avait obligation de mettre fin à la contrariété de son ordre juridique interne avec les droits de l'homme³³². L'appel au législateur et au gouvernement faisait peu de doute, mais les deux se sont abstenus de toute intervention. Les juges se sont retrouvés seuls pour dégager de nouvelles solutions respectueuses de l'identité des enfants nés à l'étranger d'une GPA.

³³⁰ J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2014. 835.

³³¹ CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W. c/ Luxembourg*, *Dalloz* 2007. 2700, note F. Marchadier et *Dalloz* 2008.1517, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Rev. crit. DIP* 2007. 807, note P. Kinsch. Ce raisonnement a été confirmé dans CEDH 3 mai 2011, affaire *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, qui concerne une décision américaine d'adoption contraire aux règles de l'Eglise orthodoxe grecque.

³³² Voir néanmoins M. Fabre-Magnan (Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, *Dalloz* 2015, p. 224) qui appelle à ne pas « prendre tous les motifs de la CEDH à la lettre ».

2.4.4. Le revirement partiel du droit français

2.4.4.1 L'attribution de la nationalité française aux enfants nés par GPA à l'étranger

Les juridictions administratives ont immédiatement tiré les conséquences de la condamnation de la France par la CEDH : le Conseil d'Etat a refusé d'annuler la circulaire du 25 janvier 2013 demandant à ce que puissent être accordés des certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger de GPA sans contrôler *a priori* l'établissement de la filiation, dès lors que leur filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger³³³. Il a jugé que « la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat nul ne peut (...) 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 », sous peine de « 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 ». Il en déduit que la circulaire attaquée n'est pas illégale, mais prend soin de préciser, dans le communiqué de presse qui accompagne la décision, qu'il ne lui appartient pas, en tant que juge administratif, de se prononcer sur ses conséquences éventuelles en matière de filiation et de nationalité.

Il reste, comme l'a dénoncé le Défenseur des droits, que les autorités publiques ont multiplié les manœuvres dilatoires pour retarder la délivrance de certificats de nationalité, si bien que plusieurs enfants nés par GPA à l'étranger ne sont pas parvenus à se voir reconnaître la nationalité française, et par voie de conséquence, n'ont pas réussi à obtenir une carte nationale d'identité ou un passeport français³³⁴.

2.4.4.2 La transcription sous condition de la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger

Quant aux juges de la Cour de cassation, ils n'ont tranché que partiellement la question de la reconnaissance de la filiation, dans deux décisions du 3 juillet 2015, en raison de la spécificité des affaires dont ils avaient été saisis³³⁵. Les deux affaires concernaient deux couples d'hommes qui avaient eu recours à une femme porteuse en Russie. Sur l'acte de naissance figuraient le nom d'un des hommes, le géniteur, et celui de la femme qui avait porté l'enfant. La Cour n'a donc pas eu à se prononcer sur la parenté d'intention de l'autre homme, comme elle n'a pas manqué de le souligner dans son communiqué de presse³³⁶. Après avoir « constaté que les actes de naissance étrangers n'étaient ni faux ni irréguliers et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité », comme l'exige l'article 47 du Code civil, elle a considéré que « la convention de gestation pour autrui ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Si la théorie de la fraude à la loi ne fait donc plus barrage à la reconnaissance de la filiation des enfants, tous les verrous antérieurs n'ont pas pour autant sauté. La Cour de cassation n'a fait ici qu'une application *a minima* des décisions de la CEDH

³³³ CE 12 décembre 2014, rapp. X Domino, *Dalloz* 2015, p. 352 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité française validée », p. 357 ; *Dr famille*. 2013, comm. 42, note C. Neirinck.

³³⁴ Le Défenseur des droits, décision n° MSP-MLD-MDE-2015-093, 5 juin 2015, Observation devant la Cour de cassation, p. 6-7.

³³⁵ Cass, ass. plén., 3 juillet 2015 (2 arrêts), *Dalloz* 2015. 1481, édito, S. Bollée, 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *JCP* 2015. 1614, note A. Gouttenoire ; *Dr famille* 2015, Repère 8, J.-R. Binet.

³³⁶ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/archives_6783/2015_8003/civil_enfants_32237.html.

de 2014 et a pu se contenter d'un revirement partiel : la parenté d'intention (celle de la mère d'intention dans un couple de sexe différent ou celle du second père d'un couple d'homme), qui n'était pas en cause, est restée dans la plus grande incertitude.

2.4.4.3 *L'obstacle levé de l'autorité de la chose jugée*

Une fois que les juridictions françaises ont rendu une décision définitive annulant ou refusant la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français, une nouvelle demande se heurterait à l'autorité de la chose jugée, règle fondamentale de la procédure civile française, qui interdit aux parties de saisir à nouveau le juge après que le contentieux a été définitivement tranché. C'est pourquoi les actes de naissance des enfants *Menesson* n'ont toujours pas été transcrits sur les registres français de l'état civil, malgré la condamnation de la France par la CEDH dans cette affaire³³⁷.

Ces blocages liés à l'autorité de la chose jugée ont été à l'origine d'une nouvelle condamnation de la France par la CEDH dans l'arrêt *Foulon et Bouvet* du 21 juillet 2016³³⁸, et plus implicitement, dans l'arrêt *Laborie* du 19 janvier 2017³³⁹. Le législateur français a alors saisi l'occasion du chantier législatif sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle pour renforcer l'autorité des décisions de la CEDH en droit interne et assouplir le frein procédural. La loi du 18 novembre 2016 est ainsi venue introduire la possibilité d'un réexamen, sous certaines conditions, d'une décision définitive, rendue en matière d'état des personnes, qui a donné lieu à une condamnation de la France par la CEDH (nouveaux articles L. 452-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire)³⁴⁰.

2.4.5. La parenté d'intention en souffrance de reconnaissance

2.4.5.1 *La condition de conformité à la réalité : des interprétations divergentes*

La Cour de cassation en 2015 avait semblé subordonner la reconnaissance de la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger à la conformité de la réalité biologique, et non à la réalité juridique résultant de l'acte de naissance dressé à l'étranger. C'est cette lecture que, jusqu'en décembre 2016, les juges de la Cour d'appel de Rennes ont fait prévaloir pour la transcription de l'acte de naissance étranger : la réalité, à laquelle devaient correspondre les faits déclarés dans l'acte, selon l'article 47 du Code civil, a toujours été interprétée comme la vérité biologique, tout au moins physiologique. Aussi, les juges rennais ne transcrivaient de manière complète que les actes de naissance où figuraient les noms du père biologique et de la mère porteuse qui avait accouché de l'enfant (Voir CA Rennes, 7 mars 2016, n° 15/03859 ; CA Rennes 30 novembre 2015, n° 14/01043 ; CA Rennes, 27 juin 2016, n° 15/03856). Lorsque l'acte de naissance étranger mentionnait le père biologique et la mère d'intention qui n'avait pas accouché de l'enfant, la transcription était, soit refusée en bloc (voir CA Rennes, 28 septembre 2015, n°14/07321 et n°14/05537³⁴¹), soit acceptée de manière partielle, le nom de la mère

³³⁷ La transcription des actes de naissance des enfants avait été acceptée par le juge des référés du TGI de Nantes le 3 décembre 2015 (ordonnance de référé n° 15/00841) qui avait repoussé l'argument de l'autorité de la chose jugée. Mais cette ordonnance a été censurée par la Cour d'appel de Rennes le 27 juin 2016 (n° 15/09501) aux motifs que la demande ne pouvait pas être tranchée par le juge des référés qui ne peut ordonner l'exécution d'une obligation que si l'existence de cette obligation n'est pas sérieusement contestable (art. 809 al. 2 C. procéd. Civ.).

³³⁸ CEDH 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et 10410/14, *Daloz* 2016.2152, note A.-B. Caire ; *AJ Famille* 2016.407, note A. Dionosi-Perrusse ; *RTD civ.* 2016. 819, obs. J. Hauser ; *JCP* 2016.965, note F. Sudre.

³³⁹ CEDH 19 janvier 2017, *Laborie c/ France*, n° 44024/13, *Daloz* 2017. 1229, note A.-B. Caire ; *Dr famille* 2017, comm. 34, H. Fulchiron.

³⁴⁰ T. Le Bars, « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr famille* 2017, dossier n°12.

³⁴¹ CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321, *Dr. famille* 2015, comm. 201, J.-R. Binet.

d'intention étant supprimé sur les registres français de l'état civil (CA Rennes, 7 mars 2016, n° 15/03855³⁴²).

Dans deux arrêts plus récents, l'un du 12 décembre 2016 (n° 15/08549)³⁴³, l'autre du 7 mars 2017 (n°16/00393) la Cour d'appel de Rennes (6° chambre A) a rompu ouvertement avec la définition de la réalité qui semblait avoir les faveurs de la Cour de cassation et dont le ministère public, en l'espèce se faisait le gardien : dans les deux affaires, les actes de naissance dressés à l'étranger (dans la première espèce en Ukraine, dans la seconde au Ghana) indiquaient le nom des deux époux (un homme et une femme) qui ne contestaient pas avoir eu recours à une convention de GPA. Les juges rennais, ceux-là mêmes qui dans une affaire très similaire en mars 2016 n'avaient autorisé qu'une transcription partielle, ont pourtant ici admis que la transcription devait être intégrale et que même la mention de la mère qui n'avait pas accouché pouvait être reproduite dans les registres français de l'état civil.

En effet, pour les juges d'appel rennais, la réalité au sens de l'article 47 C. civ, qui n'est pas définie par le législateur, ne peut se limiter à « la réalité matérielle de l'événement déclaré », « par opposition à une situation fictive, irréelle ou imaginaire ». Certes la réalité inclut la vérité biologique mais elle ne s'y réduit pas. Elle s'entend aussi, « dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui a droit à une identité qui inclut la filiation, [...] comme celle qui existe juridiquement au jour où l'acte de naissance étranger a été dressé ». Là où dans ses arrêts précédents, les mêmes juges avaient considéré que la transcription de la mention de la mère supposait que cette mention désignât bien celle qui avait accouché, ici ils rejettent cette interprétation naturaliste.

C'est donc la réalité juridique telle qu'elle a été établie par le droit étranger qui prévaut et non plus le fait que la femme désignée comme mère n'a pas de lien biologique et physiologique avec l'enfant. Il est remarquable que les juges ne distinguent plus ici entre maternité et paternité, même si la nouvelle définition de la réalité vise avant tout à justifier la transcription de la filiation maternelle. Cette interprétation renouvelée de la réalité qui associe continuellement filiation paternelle et filiation maternelle mobilise, ce faisant, une conception stricte du principe de l'indivisibilité de la filiation en mariage.

Un autre apport de ces deux décisions mérite d'être souligné. Allant plus loin dans leur analyse de la réalité que doivent refléter les faits déclarés dans l'acte de naissance, les juges ont aussi opéré un décrochage significatif par rapport à l'acceptation juridique tout d'abord retenue. A la réalité instituée par un titre public émanant de l'administration étrangère va en effet s'ajouter la réalité vécue, le tissu des relations familiales dans lesquelles l'enfant est quotidiennement intégré. Les juges rennais émaillent leur motivation de références à « la communauté affective et effective » que les enfants partagent avec leurs parents d'intention » ou aux « liens affectifs, éducatifs et familiaux qui unissent l'enfant à ses parents ». Ils prennent aussi en considération la réalité de l'engagement des parents, compris comme « la sincérité de la volonté du couple parental d'attribuer à cet enfant une filiation d'intention, objectivée par la demande de transcription ». Il est donc remarquable que dans ces deux décisions une triple dimension, juridique, sociologique et volontaire, de la réalité familiale ait été mobilisée au soutien de la transcription des actes de naissance étrangers.

La notion de réalité a donc fait l'objet de la part de la même juridiction de lectures divergentes. Néanmoins les deux derniers arrêts mentionnés ont fait l'objet d'un pourvoi

³⁴² H. Fulchiron, « Une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassée et Mennesson », *Dr famille* 2016, étude 9.

³⁴³ CA Rennes, 6 ch., sect. A, 12 déc. 2016, *Dr famille* 2017, étude 3, L. Brunet ; *AJ famille* 2017.11 obs.

Dionisi-Perrusse.

introduit par le parquet de Rennes. L'ambivalence entourant la condition de conformité à la réalité, à laquelle doit se conformer l'acte de naissance pour pouvoir être transcrit, ne saurait donc perdurer très longtemps. La Cour de cassation ne manquera pas de la dissiper, d'autant plus que des arrêts sur cette question sont attendus de manière imminente.

2.4.5.2 La réserve récente de la CEDH

Les dernières décisions de la CEDH ne donnent pas de nouvelles indications sur l'étendue requise par la transcription des actes de naissance étrangers pour garantir le respect de l'identité des enfants nés à l'étranger par GPA au sein de la société française.

Dans son arrêt *Foulon et Bouvet c. France* (affaires jointes) du 21 juillet 2016, la CEDH condamne sans surprise la France qui avait refusé, en invoquant la fraude à la loi, la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une GPA réalisée en Inde³⁴⁴. Elle considère, au terme d'un raisonnement assez elliptique, qu'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants. Les motifs de la Cour ne se comprennent qu'à la lumière de ses décisions *Menesson et Labassée*, auxquelles elle fait référence à de nombreuses reprises. Il faut toutefois noter que les faits n'étaient pas exactement similaires : en effet les actes de naissance indiens mentionnaient pour parents, dans les deux cas, les pères biologiques et les femmes qui avaient porté l'enfant, à la différence des affaires de 2014, où les actes américains désignaient le père biologique et la mère d'intention. Il n'était donc pas question dans ces affaires de parenté d'intention (qu'il s'agisse d'une mère d'intention au sein d'un couple hétérosexuel ou d'un père d'intention au sein d'un couple homosexuel). Rien d'étonnant donc à ce que ces arrêts traitent de la seule reconnaissance de la filiation à l'égard du parent biologique et ne résolvent pas le problème de la filiation à l'égard du parent d'intention. Par ailleurs, on l'a dit³⁴⁵, l'arrêt se place sur un terrain jusque là inédit : l'obstacle élevé par l'autorité de la chose jugée à l'exécution des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg, qui empêchait l'établissement de la filiation des enfants *Foulon et Bouvet*.

Dans l'arrêt *Laborie c. France*, du 19 janvier 2017, la France est une nouvelle fois condamnée, pour les mêmes motifs, par la CEDH dans une affaire de GPA réalisée en Ukraine³⁴⁶ : la question portait là encore sur le barrage à la transcription des deux actes de naissance ukrainiens que pouvait constituer le principe de l'autorité de la chose jugée. Mais cette fois, comme dans les affaires *Menesson et Labassée*, les actes de naissance étrangers mentionnaient le père biologique et son épouse, la mère d'intention, qui était requérante aux côtés de son mari et de ses enfants. Pour sa défense, le gouvernement français invoquait la possibilité pour le mari et père d'intention de recourir au mode d'établissement de la filiation hors mariage (reconnaissance de paternité, possession d'état ou action en recherche de paternité), en faisant fi du mariage des parents d'intention. La CEDH se décentre et évite de s'enliser dans l'analyse épineuse des modalités juridiquement efficaces d'établissement de la paternité, en l'absence de transcription de l'acte de naissance mentionnant les deux époux. Elle se contente de faire référence à ses arrêts *Menesson, Labassée, Foulon et Bouvet* et de relever *a minima* que « le droit français a fait obstacle durant presque quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique du lien de filiation paternelle » (§ 31). En conséquence, ayant considéré qu'il n'y avait aucune raison de conclure autrement que dans les arrêts précités (§ 30), elle juge lapidairement qu'il y a eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

³⁴⁴ Op. cit.

³⁴⁵ Voir supra 2.4.4.3.

³⁴⁶ CEDH 19 janvier 2017, op. cit.

Comme le souligne un commentateur, « la Cour prend soin de ne pas traiter directement ou indirectement de la maternité d'intention »³⁴⁷. On peut certes regretter que la Cour n'ait pas pris position sur la reconnaissance de la maternité d'intention, mais on ne peut rien déduire du fait que, dans cet arrêt assez court, elle ne se soit intéressée qu'à la paternité : c'est sur ce terrain que se concentrait l'argumentation du gouvernement français et il suffisait à emporter la condamnation de la France. Il semble difficile donc d'en conclure que pour la CEDH « la maternité est donc illégale lorsqu'elle est une pure intention, une pure volonté »³⁴⁸. Un tel enseignement serait trop hâtif.

Il n'en reste pas moins vrai que la CEDH a donné au lien biologique la primauté comme fondement de la filiation : c'est ce qui ressort nettement de son revirement de jurisprudence dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*³⁴⁹, où l'enfant conçu par GPA en Russie n'était génétiquement rattaché à aucun de ses parents d'intention, à la suite d'un manifestement d'une erreur de la clinique russe. Réunie en Grand Chambre le 24 janvier 2017, la CEDH infirme la décision précédemment rendue et considère que l'enfant qui n'a de lien biologique ni avec son père d'intention ni avec sa mère d'intention, a pu être légitimement confié aux services sociaux en vue de son adoption par un autre couple³⁵⁰. L'éloignement de l'enfant ayant entraîné sa séparation définitive avec ses parents d'intention ne saurait, dans ce cas, être constitutive pour ces derniers d'une violation du droit au respect de la vie familiale. Selon la CEDH, dans les circonstances de l'espèce où l'enfant était dépourvu de tout lien biologique avec ceux qui ont présidé à sa conception, « 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 en Italie ».

Il reste que dans cette affaire la CEDH n'était pas saisie de la question de la reconnaissance de la filiation et on ne peut donc rien en inférer quant au régime juridique de la filiation des enfants issus d'une GPA. La protection absolue que requiert, aux yeux de la CEDH, la parenté biologique dans les situations de GPA, ne saurait signifier que la parenté reposant sur la seule volonté doit rester précaire ou incertaine et ne puisse prétendre de la part des Etats à une égale forme de reconnaissance directe, par voie de transcription.

2.4.5.3 La voie de l'adoption?

Si la voie de la reconnaissance directe devait demeurer fermée, est-ce que pour autant celle de l'adoption pourrait être une option pour le parent d'intention ?

C'est en faveur de cette voie qu'une partie autorisée de la doctrine plaide explicitement pour permettre l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son parent d'intention³⁵¹.

Est-elle pour autant assurée ? Ne peut-on craindre que les juges n'opposent la fraude à la loi à la demande d'adoption de l'enfant par la conjointe ou le conjoint de son père légal ? On se souvient que la Cour de cassation en 1991 avait jugé que l'adoption par l'épouse du père était l'ultime phase d'une opération de GPA et qu'elle constituait « un détournement de l'institution

³⁴⁷ H. Fulchiron, obs *op. cit.* sous CEDH 19 janvier 2017.

³⁴⁸ Voir A.-B. Caire, note précitée sous CEDH 19 janvier 2017.

³⁴⁹ *Op. cit.*

³⁵⁰ CEDH (gde ch.) 24 janvier 2017, *Dalloz* 2017.897, note L. de Saint-Pern ; voir aussi A. Dionisi-Peyrusse, La conformité à l'article 8 de la Convention EDH de mesures conduisant à séparer un enfant issu de GPA de ses parents d'intention, *Dr famille* 2017, étude 4.

³⁵¹ Voir en particulier C. Bidaud-Garon et H. Fulchiron, notamment dans leurs articles précités à la *Rev. crit. DIP* 2015 et au *Dalloz* 2015.

de l'adoption » avant de refuser de prononcer l'adoption sollicitée. Certes l'avis de la Cour de cassation du 22 sept. 2014 a autorisé l'adoption de l'enfant du conjoint sans restriction au regard au mode de conception de l'enfant. Mais dans le communiqué de presse qui accompagnait son avis, la Cour de cassation avait pris soin de préciser que cette solution n'était possible que dans la mesure où aucun principe essentiel du droit français n'était heurté. Or il ne fait pas de doute qu'en l'état du droit positif français, la prohibition de la GPA est un principe essentiel.

C'est ce qui est confirmé par la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 24 mars 2016³⁵² : les juges d'appel, comme les juges de première instance, ont refusé de faire droit à la requête en adoption simple formée par le père d'intention dans une famille homoparentale. En l'espèce l'enfant était né en Californie d'une femme porteuse et son acte de naissance mentionnant la mère qui l'avait mis au monde et le père biologique avait été transcrit, conformément à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. Pour refuser l'adoption à laquelle la mère avait expressément consenti, les juges ont mis en balance l'intérêt de l'enfant et la gravité de la violation de la prohibition française. Ils considèrent qu'en l'occurrence il n'y a pas d'atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant car celui-ci est considéré comme « parfaitement épanoui » ; et qu'une seule « paternité active et opérante à tous égards » suffit à préserver son intérêt et que le « priver d'une filiation élective paternelle [...] ne porte pas sérieusement atteinte à ses droits protégés au respect de sa vie privée et familiale ».

On peut s'étonner d'une telle appréciation alors que le juge de l'adoption est supposé s'assurer que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, et non pas vérifier que le refus de cette adoption le préserverait tout autant !

Néanmoins ce raisonnement n'est pas partagé par tous les juges et certains ont prononcé l'adoption simple, et même parfois plénière, de l'enfant par le conjoint de son père³⁵³.

L'incertitude qui entoure le statut familial des enfants nés par GPA à l'étranger demeure toujours pesante. Si la parenté fondée sur un lien biologique semble désormais être reconnue sans encombre, la parenté d'intention reste très incertaine : aucune procédure ne permet pour le moment d'en obtenir une reconnaissance directe, par le biais d'une transcription, ou une reconstruction, par le canal de l'adoption, de manière assurée. La situation devrait toutefois évoluer très prochainement car la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi dans l'affaire de la Cour d'appel de Dijon. On devrait savoir bientôt si la voie de l'adoption est une piste sûre, ou si elle est au contraire condamnée, pour consolider juridiquement le second lien de filiation de l'enfant à l'égard de son parent non biologique.

2.4.6 Conclusions sur le droit français

La situation en France pour les enfants nés par GPA est assurément plus rigoureuse que dans les autres pays étudiés dans ce rapport.

Cette singularité est étonnante à première vue puisque tous les pays envisagés considèrent les conventions de GPA comme des conventions frappées de nullité.

Ce qui différencie le droit interne français ce sont les sanctions pénales qui frappent, plus qu'ailleurs, les intermédiaires et les couples qui voudraient se faire passer pour les parents légaux de l'enfant né d'une autre femme. Mais cette singularité de l'arsenal répressif s'explique aussi par l'attachement de l'ordre juridique français aux principes inscrits dans le

³⁵² Dijon, 24 mars 2016, *Dalloz* 2017.729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2016. 335, obs. J. Hauser ; *Dalloz Actualité*, 5 avril 2016, obs. T. Coustet.

³⁵³ TGI Paris, RG n° 16/05887, 9 novembre 2016 (adoption simple) ; TGI Grasse, RG n° 16/04705 et n° 16/04706, 11 avril 2017 (adoption plénière).

chapitre II du Code civil sur le respect du corps humain. Le résultat est qu'aucune pratique de GPA ne s'est développée en France avec le soutien de centres d'assistance médicale à la procréation et que, par conséquent, le droit français ne s'est pas familiarisé à des pratiques de GPA accompagnées et régulées par des acteurs médicaux ou institutionnels, comme c'est le cas en Belgique et au Québec, où le droit civil, flexible, a pu s'adapter de façon à rattacher l'enfant aux deux parents avec qui il forme une famille. Il faut ajouter que dans ces deux pays la primauté accordée à l'intérêt de l'enfant n'est pas aussi fortement concurrencée par la préoccupation du respect de l'ordre public qu'en France.

Le choc avec la pratique des GPA transfrontalières a donc été plus violent en droit français qu'en droit belge ou québécois. Comme on l'a vu, les juges français confrontés à ces pratiques ont systématiquement dressés les barrières de l'ordre public ou de la fraude à la loi pour refuser la reconnaissance des enfants nés à l'étranger par GPA. Alors qu'au Québec et en Belgique, où les juges ont déjà eu à traiter en interne de la problématique de la GPA, une des solutions qui s'est peu à peu imposée a été d'étendre l'instrument déjà utilisé dans les pratiques nationales à savoir l'adoption par le conjoint, pour rattacher sans trop de difficultés l'enfant à son parent d'intention. Depuis plus récemment, l'un et l'autre de ces pays cherchent aussi à procéder par reconnaissance directe, et transcription dans les registres nationaux d'état civil, du statut familial de l'enfant cristallisé à l'étranger, notamment lorsqu'un jugement étranger déclaratif de naissance a déjà établi la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention.

Malgré la condamnation sans ambiguïté de la France par la CEDH en 2014, les juges français semblent résister à ce mouvement de régularisation de la filiation de l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger. La condition posée à la transcription des actes étrangers, la conformité à la réalité, pourrait être un obstacle insurmontable à la reconnaissance de la parenté d'intention si l'interprétation biologique de cette conformité devait perdurer.

Là encore la France se singularise par rapport à sa voisine l'Espagne qui a pourtant longtemps opposé une même intransigeance aux pratiques de GPA transfrontalières. En Espagne, en effet, avant même les décisions de la CEDH, l'administration responsable du registre de l'état civil s'était montrée plus conciliante en proposant une voie médiane pour reconnaître les actes de naissance établis à l'étranger. Les juridictions judiciaires, en revanche, campaient sur une position proche de la France. Depuis les arrêts européens de 2014, qui ont une autorité interprétative sur tous les pays du Conseil de l'Europe, la situation juridique espagnole demeure néanmoins confuse : les juges font valoir la différence entre le droit français et le droit espagnol pour refuser de se plier aux recommandations de la CEDH. Le bras de fer avec l'administration en charge du registre civil se poursuit donc. Mais quoi qu'il en soit en Espagne, et même si c'est une option plus coûteuse, l'adoption de l'enfant par le conjoint est toujours possible, alors qu'elle reste aléatoire en droit français.

3. PARCOURS FAMILIAUX

3.1 Le projet parental

La disponibilité croissante, dans les sociétés occidentales, de traitements médicaux et de techniques de contrôle des naissances a permis à de nombreuses femmes d'accéder à des méthodes de régulation et de contrôle de leur fécondité. Au plan démographique, cela se traduit par un recul de l'âge des femmes, et des hommes, à la naissance de leur premier enfant. Au plan idéologique, une nouvelle norme a émergé. Désormais, et de manière préférentielle, on devient parent parce qu'on en a élaboré le projet.

Comme évoqué plus haut, notre enquête nous a permis de ne rencontrer qu'un couple hétérosexuel ayant eu recours à la GPA. L'essentiel des analyses du point de vue des familles ne concernera, à strictement parler, que les couples gays et lesbiens ; ce qui n'exclut pas, bien sûr, qu'une partie de nos analyses soit valable plus largement pour des familles hétéroparentales.

3.1.1 Désir d'enfant et projet parental

3.1.1.1 Homosexualité et désir d'enfant

Emmanuel Gratton montrait que les hommes gays devenus pères rencontrés dans son étude sur l'homoparentalité au masculin, exprimaient un désir d'enfant qui n'apparaît pas spécifique aux hommes gays et qui se décline sur trois axes : l'axe de l'alliance, exprimé dans le désir partagé de couple ou désir personnel ; l'axe de la transmission, dans le désir de transmettre ; l'axe existentiel, dans le désir d'éprouver l'expérience de la parentalité (Gratton, 2008). Les motivations des hommes interrogés rejoignent ces expressions du désir d'enfant. Comme on le verra, la dimension conjugale est très souvent présente. Le désir d'éprouver la paternité au quotidien et le désir de transmission sont aussi présents.

Steve (en couple avec Mathis depuis 8 ans, avec qui il a initié une GPA aux Etats-Unis) :

« J'ai eu une enfance avec mes parents que j'ai trouvé géniale. Je veux reproduire ça. Je trouve que c'est un beau cadeau à faire à quelqu'un. »

Jacques Antoine et Pablo sont en couple depuis 15 ans. Ils ont des jumeaux de 6 ans conçus par GPA aux Etats-Unis. Le projet parental était d'abord celui de Pablo. En tant que pédopsychiatre, le contact avec les enfants a fait naître en lui le désir de paternité, mais il n'aurait jamais initié le projet sans Jacques-Antoine. Il a convaincu Jacques-Antoine, qui s'exprime ainsi sur le versant de la transmission :

« Longtemps après s'être rencontrés, on a eu envie de transmettre des choses, et puis d'accompagner, de se donner un but dans la vie aussi : et puis l'amour des enfants des deux côtés. »

Mathieu (en couple avec Samuel depuis 10 ans, jumeaux de 10 mois conçus par GPA aux Etats-Unis) :

« Ben, en fait, disons que je suis pas du tout religieux (Mathieu est juif), je suis pas croyant. Après j'avais pas envie de couper 5000 ans d'histoire. Je sais pas, pour moi ça avait une importance de donner une continuité à... même virtuelle, c'est à dire qui n'existe pas. Mais pour moi c'était vraiment très important de continuer... »

John, en couple avec Kilian, père de jumeaux de 9 ans conçus en Russie, exprime le désir existentiel de paternité en évoquant les soins au tout-petit et le désir de faire famille :

« Moi, je suis l'aîné de 3, j'ai un frère qui a 5 ans de moins, une sœur qui a 14 ans de moins que j'ai, entre guillemets, pouponnée quand elle est née, j'avais déjà 14 ans. Oui, des souvenirs vraiment très agréables de biberons, de couches culottes... J'aimais bien ça. Et puis, tout en étant très soudés tous les trois, on vient d'une famille un peu explosée, on a malgré tout été très soudés, donc le côté famille j'aime bien, on adore se retrouver. On ne se voit pas assez parce qu'on habite tous dans des régions différentes. Mais c'est important, même si la famille avec les parents n'a pas été très soudée, mais nous, on est resté très soudés. Je suis très fêtes de famille, tout ça... Tout le monde était chez moi pour Noël, c'est important. »

Les hommes que nous avons rencontrés, particulièrement les plus âgés, ont souvent commencé par renoncer à avoir des enfants lorsqu'ils ont pris conscience de leurs préférences sexuelles. Certains disent en avoir souffert. Ainsi François (en couple avec Dylan depuis 16 ans avec qui il a conduit une GPA aux Etats-Unis), déclare :

« C'était extrêmement douloureux, c'était très pénible. Non pas parce que j'avais envie de reproduire un schéma ... ce n'était pas mon idée. Mais parce que effectivement, finalement créer une famille c'est aussi avoir des échanges entre générations, aller finalement bien au-delà de seulement un cercle de vie de couple. Et là ça faisait partie oui des choses qui me traumatisaient beaucoup si j'ose dire. Alors traumatiser c'est peut-être un grand mot mais... ça oui ça me posait un vrai problème, l'idée que... justement de ne pas pouvoir avoir de famille.... c'était... oui c'était dur. »

Des événements de la vie, de nature diverse, ont conduit les hommes que nous avons rencontrés à imaginer que vivre son homosexualité n'impliquait pas de renoncer à la paternité ou, plus simplement, à se rendre compte qu'un certain nombre de possibilités, même réduites, existaient pour devenir père. La rencontre avec d'autres parents, une émission de radio ou un reportage télévisé, ou encore le fait d'être sollicité pour aider un couple de femmes ouvre les yeux sur la possibilité de devenir père sont autant de déclencheurs. Benjamin (45 ans, en couple avec Arthur depuis 14 ans avec qui il a conduit une GPA aux Etats-Unis) :

« Je pense que tous les deux on avait envie d'avoir des enfants sauf que quand j'ai commencé à assumer mon homosexualité j'avais plus ou moins fait une croix dessus, mais finalement en vieillissant puis en étant sollicité par des copines lesbiennes qui veulent trouver des papas tu te dis que finalement ça pourrait être possible. »

Comme un certain nombre de pères gays, plusieurs mères ont évoqué un moment de leur vie où avoir des enfants leur semblait incompatible avec leur homosexualité. Ce n'est que plus tard, après s'être interrogées et documentées qu'elles ont finalement admis la possibilité de fonder une famille homoparentale. Ainsi, Anne (30 ans, en couple depuis 13 ans avec Maude, un enfant) :

« Être lesbiennes, c'était ne pas avoir d'enfants, et puis petit à petit on a déconstruit toute notre... éducation judéo-chrétienne et on a compris qu'on pouvait aussi avoir des enfants. On s'est renseignées, on a lu énormément de documents etc. et l'idée a germé de construire une famille, d'avoir des enfants... C'est vraiment la déconstruction de tout ce qu'on a pu nous apprendre pendant notre enfance quoi, enfin... notre éducation quoi, que c'est un papa une maman... Cela s'est fait avec les lectures, on a beaucoup lu, on a lu beaucoup de témoignages notamment belges parce qu'en Belgique il y a eu des études qui ont été faites bien avant la France. »

Dans ces situations il s'est également agi de rompre avec un certain nombre d'idées ancrées souvent malgré elles dans leur esprit, des idées dont elles considèrent qu'elles sont le fruit d'une éducation et d'une socialisation au long cours marquées par une répartition des tâches et des responsabilités dans la reproduction et l'élevage des enfants très imprégnées d'une bi-catégorisation hiérarchisée des sexes. Comme l'explique également Anne, un autre enjeu était

de parvenir à envisager qu'un enfant élevé par deux parents du même sexe pouvait se construire et grandir comme le fait n'importe quel enfant élevé par deux parents de sexe différent :

« Pour nous, le frein c'était vraiment ça... nous avons besoin d'être certaines qu'il n'y avait pas de problèmes pour l'enfant. Et quand on a vu qu'ils se construisaient de la même façon, qu'il n'y avait pas plus qu'ailleurs d'enfants qui deviendraient homos, que la seule différence c'était que les enfants allaient avoir peut-être tendance à tester des choses dans leur sexualité. (...) On s'est dit, voilà, ben au final ça leur donne même une ouverture d'esprit. » (Anne)

Il faut tout de même noter que s'interdire de penser à la maternité n'est pas un horizon indépassable pour toutes les femmes homosexuelles.

Pour un certain nombre d'homosexuels, vivre son homosexualité n'a jamais signifié une quelconque occultation d'un désir de famille. C'est le cas par exemple de Karine (36 ans) et de Clothilde, en couple depuis 7 ans, mères d'un enfant, de Joëlle (38 ans) et de Evelyne, en couple depuis 17 ans et élevant quatre enfants ou encore de Michèle (38 ans) et de Sonia, ensemble depuis 12 ans et mères de deux enfants :

« Après quelques années, on a échangé assez tôt pour savoir si on avait des projets de famille l'une et l'autre, on était assez d'accord toutes les deux sur le fait qu'on souhaitait fonder une famille même si c'était un peu tôt à ce moment-là et puis petit à petit notre projet s'est concrétisé. » (Karine)

« On s'est installées ensemble, et donc la question des enfants, c'était assez évident. Je pense qu'on fait partie de cette génération où on n'a pas fait le deuil d'un enfant avant de pouvoir en avoir. Ça commençait à devenir assez possible, assez fréquent. On ne connaissait pas d'autres couples de femmes mais on s'est inscrites à l'association. » (Michèle)

« Moi, j'ai été élevée dans une famille où c'était comme ça : on nous a élevé pour être adultes, on va faire des études, on va se marier et on va avoir des enfants. Mon homosexualité n'a pas été un barrage au mode de vie qu'on m'a promis. C'est ce qu'on m'a fait miroiter depuis que je suis toute petite. » (Joëlle)

3.1.1.2 Dimensions individuelle et conjugale du désir d'enfant

Certaines des femmes rencontrées attestent avoir éprouvé le désir de devenir mères avant même la rencontre avec leur compagne. Dans certains cas, ce désir a émergé très tôt dans leur vie, comme le raconte Viviane (33 ans, en couple avec Jeanne puis 10 ans, 1 enfant) :

« Moi, j'éprouvais un désir fort d'avoir des enfants depuis l'âge de 13 ans ; du coup c'était un peu plus mûr chez moi. »

Sans qu'il n'ait émergé très tôt dans leur vie, Annick (42 ans, en couple avec Mira depuis 15 ans, 2 enfants) confie qu'elle et sa compagne éprouvaient également le désir d'être mères avant de se connaître. Néanmoins, en ce qui la concerne et contrairement à d'autres femmes pour lesquelles la maternité est indissociable de l'expérience de la grossesse et de l'accouchement, vouloir devenir mère n'impliquait pas de vouloir porter un enfant.

« On avait un désir d'enfant chacune avant de nous rencontrer. (...) Moi, par contre, je ne voulais pas porter, j'avais très peur d'accoucher, je voulais adopter ».

Un certain nombre de femmes, au contraire, ont insisté sur l'importance pour elles d'éprouver dans leur corps l'expérience de la grossesse. C'est exactement ce qu'a ressenti Viviane et ce que ressent aujourd'hui sa compagne alors qu'elles sont déjà mères :

« (Q.: aviez-vous envisagé l'adoption?)

Ah non, pas du tout. Moi j'avais envie d'être enceinte, (...) Et elle aussi a envie de porter un enfant. »

Il peut aussi arriver que quelques hommes aient éprouvé le désir d'avoir un enfant avant la rencontre avec leur compagnon mais dans ce cas il n'a été verbalisé et véritablement envisagé qu'une fois installé dans une vie de couple. Pablo (55 ans, en couple avec Jacques-Antoine depuis 20 ans, avec qui il a mené une GPA aux Etats-Unis) :

« Pour moi là c'est très très clair qu'avoir des enfants c'était avec Jacques-Antoine et pas avoir des enfants comme ça à moi. Je ne sais pas comment le dire autrement. »

Dans certains couples, le projet d'enfant était clairement celui d'un seul des deux hommes. Son compagnon a alors accompagné en quelque sorte sa réalisation.

Ainsi, Vincent (46 ans, en couple avec Petros depuis 4 ans 1/2 ; il a conduit une GPA aux Etats-Unis) :

« Alors déjà, le désir d'enfant il vient de moi, il ne vient pas de mon mari donc. Moi j'ai toujours voulu des enfants, enfin depuis tout petit (...) Mon mari a été très support, mais pas du tout partie prenante. Il recevait les infos que je lui donnais, il était là quand j'avais besoin d'être sécurisé ou quand j'avais de grosses interrogations. Il est resté très distant en fait jusqu'à ce que je rentre à la maison avec l'enfant. (...) Mais quand je me suis lancé dans le projet - je me suis lancé tout seul. Parce que, j'avais pris ma décision et que j'avais passé les 40 ans, donc entre le choix de l'agence, trouver les financements (...). Je ne pouvais plus attendre. Pour moi et pour l'enfant. »

Samuel (35 ans, en couple avec Mathias depuis 10 ans ; il a conduit une GPA au Canada) :

« Moi j'avais un souhait, Mathias aussi mais c'est venu un peu plus tard, d'avoir des enfants. Moi ça a toujours été vraiment viscéral quoi, j'ai toujours voulu avoir des enfants vraiment. (...) On avait quand même profondément envie... enfin moi je pense, peut-être toi aussi (il se tourne vers son mari) mais, d'avoir des enfants a nous, avec un lien biologique quand même, quelque part, ... j'avais envie d'avoir un enfant à moi. »

Quelques-uns considèrent même que leur mode de vie conjugal, fût-ce avec une autre femme, correspondait tout à fait à l'image traditionnelle d'un couple avec enfants présenté tout au long de leur vie comme la forme normale de l'organisation de la vie amoureuse et familiale. A la lecture du témoignage de Joëlle, relaté plus haut, on comprend même que l'entrée en homosexualité et dans une conjugalité avec une autre femme n'a pas impliqué la moindre rupture biographique :

« On nous a élevé pour être adultes, on va faire des études, on va se marier et on va avoir des enfants. Mon homosexualité n'a pas été un barrage au mode de vie qu'on m'a promis. C'est ce qu'on m'a fait miroiter depuis que je suis toute petite. » (Joëlle)

Faire des études, se marier, avoir des enfants était le destin de nombreuses femmes comme le sien. Pas de rupture biographique donc mais, du point de vue de quelques-unes, comme Viviane qui nous parle de sa compagne, pas de rupture non plus dans le continuum familial :

« En plus, elle est fille unique, il y avait un peu sur ses épaules le poids familial de continuer la lignée. »

Le projet d'enfant peut d'abord être un projet individuel, parce que chacun, chacune dans un couple, n'a pas nécessairement le même âge ni la même histoire. Il arrive même que, dans des couples gays, qui relatent cette expérience davantage que les femmes interrogées, le projet soit initié par un seul des futurs pères. Mais lorsque les démarches se concrétisent, le compagnon devient partie prenante et le projet devient alors véritablement un projet conjugal.

Axel (35 ans, en couple avec Yann depuis 10 ans, avec qui il a mené une GPA aux Etats-Unis) :

« C'était Yann, mon mari, qui voulait un enfant. Ça a fait son chemin. Ça fait 10 ans qu'on est ensemble, ça a fait son chemin »

Damien (38 ans, en couple avec Gérard depuis 15 ans, avec qui il a conduit une GPA au Canada) :

« Gérard a eu assez vite l'envie d'être papa. Donc avec moi à côté. Donc du coup, Gérard a d'abord entamé des démarches d'adoption. (...) Moi, j'ai rejoint à ce moment-là l'aventure de la paternité. Pour moi, cela me tournait autour, mais sans jamais m'être vraiment tombé dessus. Et là, comme je rejoignais Gérard qui avait ce projet-là, j'ai dû, rattraper les wagons, parce qu'il était très avancé dans à la fois le processus intellectuel et la maturité du projet, etc. Je sais que j'ai toujours voulu être papa. (...) Je ne m'étais jamais vraiment posé la question, tellement la tâche était, me paraissait, ardue. Après, en couple c'est vrai que c'est... c'est plus facile, et puis on était, c'était déjà lancé. Du coup, j'ai rejoint Gérard. »

Steve (42 ans, en couple avec Mathis depuis 8 ans, avec qui il a initié une GPA aux Etats-Unis) :

« Les enfants, c'était moi... j'ai toujours voulu avoir des enfants. (...) J'ai toujours eu une vision dorée de ma famille, pour moi la famille ça a toujours été génial donc j'ai voulu reproduire ça. (...) Quand j'ai rencontré Mathis, je lui ai dit : je te préviens, j'ai très envie d'avoir des enfants ; il m'a dit : pour le moment je ne suis pas d'accord mais je vais y réfléchir et puis je suis revenu à la charge en lui disant : maintenant on commence à être un peu plus vieux, il va falloir s'y mettre. On va s'inscrire à une association, on va aller à des réunions, on va voir. On a été à 2,3 réunions. (...) Alors Mathis a eu du mal à démarrer, mais quand il est parti, il est parti très fort. (...) quand il a eu cette idée 'je vais peut-être être papa' dans la tête, je n'ai plus eu besoin de le pousser. Il s'occupait des papiers et quand on a commencé à faire les inséminations là je lui ai dit : arrêtes, arrêtes là tu passes d'un extrême à l'autre : il montrait la photo de l'ovocyte à son père en disant : t'as vu t'es peut-être grand-père (...). C'était mon projet. Mathis il a fallu que je le travaille au corps. Il n'était pas d'accord. Ça l'emballait moyennement. Et finalement il a dit ok. (...) Quand on a commencé à vraiment faire des choses pour avoir des enfants, là, il était beaucoup plus impatient que ça aboutisse que moi. Moi, j'avais ma logique de marathonien, ça faisait 20 ans que je me disais que j'en voudrais, je n'étais plus à ça près. Lui c'était l'inverse »

Pour plusieurs hommes rencontrés dans le cadre de cette étude, qu'il ait été initié par un seul des deux pères ou qu'il soit le résultat d'une discussion, le projet parental est donc véritablement un projet conjugal. En cela, finalement, rien de très étonnant. Ces couples se conforment aux normes dominantes dans le domaine de la parenté dans les sociétés euro-américaines et qui considèrent l'enfant, de manière préférentielle, comme le fruit de l'amour de ses parents (Schneider, 1968). Certains hommes vont jusqu'à véritablement formuler les choses de manière à ce que l'on comprenne que leur famille est le résultat de leur amour.

Christophe (45 ans, en couple avec Damien depuis 14 ans, avec qui il a mené une GPA aux Etats-Unis) :

« C'était présent en nous avant et c'est devenu un projet de couple. Et puis ça faisait partie de la suite logique de notre vie de couple, de se rencontrer, de vivre ensemble, de se pacser et après d'avoir des enfants. »

Jacques-Antoine (58 ans, en couple avec Pablo depuis 20 ans, avec qui il a conduit une GPA aux Etats-Unis) :

« Je dirais que le projet, ça a été les 2 à la fois. Longtemps après s'être rencontrés, on a eu envie de transmettre des choses, et puis d'accompagner, de se donner un but dans la vie aussi. »

Les enquêtes menées par Martine Gross auprès des familles homoparentales depuis la fin des années 1990 ont montré une évolution de la nature des projets parentaux des hommes gays. Il y a une vingtaine d'années, il s'agissait très souvent de projets individuels. S'ils étaient en

couple, leur compagnon n'était pas partie prenante mais soutenait le projet (Gross 2006, Gratton 2008). C'est encore le cas, bien sûr. Mais dans les années 2000 et 2010, les projets d'enfant sont plus souvent des projets conjugaux (Gross 2012).

Le projet parental est donc presque toujours celui du couple mais surtout, ce qui est souvent dit, c'est qu'il ne se serait pas concrétisé sans la rencontre de la bonne personne. C'est ce qu'ont raconté notamment Hinda (42 ans, en couple avec Clothilde depuis 10 ans, 2 enfants), mais aussi Anne (30 ans) et Maude (42 ans) en couple depuis 13 ans avec un enfant :

« Ça a été long, parce que moi quand j'ai dit : je voudrais un gosse, elle m'a dit : ok je ne peux pas t'empêcher d'en avoir un, mais en gros c'était : c'est ton truc. Et moi ça je ne voulais pas l'entendre et il a fallu 8-10 mois pour que ça devienne un projet commun. Je voulais que l'enfant soit désiré par les deux. » (Hinda)

« Q : Vous aviez ce désir d'enfant avant de vous rencontrer ?

Ben oui, enfin après il fallait trouver la bonne personne et du coup il se trouvait qu'on était bien ensemble... enfin c'était comme pour un couple hétéro quoi, c'était vraiment pareil. Le désir d'enfants était vraiment là. » (Anne)

« Anne a su assez rapidement ce qu'elle voulait faire, avec qui elle voulait s'engager... et puis à un moment donné dans notre parcours de vie elle a posé qu'elle voulait que je sois la mère de ses enfants, donc sous-entendu, j'aimerais fonder une famille avec toi. (...) C'était présent (le désir d'enfant) à l'intérieur et c'était comme si elle m'avait donné son accord. Moi je suis d'une génération où ce n'était pas possible vraiment. C'était à l'intérieur de moi ce truc-là, donc elle me donne son accord et me fait une vraie demande de vie ensemble avec des enfants et là je lui dis oui. (...) Il y avait un tas d'interrogations, mais c'était évident de dire juste : ben oui on va être parents et c'est facile » (Maude)

Le désir d'enfant peut être évoqué avant la rencontre et devenir un élément fondateur du couple. Ainsi Chloé et Eliane, 43 ans toutes les deux, qui se sont connues sur un site de rencontres, sont en couple depuis six ans et ont deux enfants :

« Quand on a parlé de ça avant de se rencontrer disons que ça a cristallisé le coup de foudre. C'est inhérent à notre histoire. » (Eliane)

« Elle m'a demandé : t'as des enfants et je lui ai répondu : non, parce que je n'ai pas rencontré la personne avec qui je voudrais les faire. L'envie d'enfant était des deux côtés. (...) Et ça a rendu l'intérêt pour l'autre plus fort. » (Chloé)

3.1.1.3 Devenir parent à son tour : participer à la poursuite de la lignée

Fonder une famille lorsqu'on est gay ou lesbienne c'est faire un choix de vie qui participera de son propre épanouissement et de celui de la personne avec laquelle on vit, mais c'est aussi, aux yeux de certain.es, endosser le rôle attendu de chaque génération dans toute société en contribuant à la prospérité du groupe de parenté.

Le caractère conjugal du projet d'enfant ajouté à la distance géographique entre les deux foyers conduit bien souvent à se poser la question de savoir quel dispositif mettre en œuvre pour permettre à la femme qui portera l'enfant de ne pas véritablement occuper une fonction maternelle. C'est ce dont témoigne Sylvain (35 ans, en couple avec Bernard depuis 8 ans, GPA aux Etats-Unis) :

« Aux États-Unis, on a une mère porteuse d'un côté et une donneuse d'ovocyte, c'est vraiment une gestation pour autrui. ... je pense qu'il faut quand même essayer de vraiment limiter au maximum tout ce qui peut faire que cette pauvre femme qui va porter ses enfants, elle s'attache ou qu'il y ait trop de sentiments. »

La possibilité de recourir à une autre femme qui donnera ses ovocytes n'est bien sûr pas ce qui a été déterminant dans le choix des Etats-Unis pour mener à bien leur projet ; cette option

est disponible dans d'autres pays. L'évolution des techniques a permis une division jusque-là impossible et impensable dans le domaine de la reproduction. L'assistance à la reproduction avec don de gamètes distinguait déjà la femme qui porte l'enfant pendant neuf mois et le met au monde et celle qui donne son ovocyte. Désormais, dans le cas des couples hétérosexuels qui recourent à une gestation pour autrui, on distingue parfois non seulement chacune de ces deux femmes mais également une troisième, celle à l'origine du projet, qui élèvera l'enfant et en sera la mère. L'engendrement se montre ici sous trois dimensions qui habituellement se confondent tout à fait : l'élaboration du désir de devenir parent (la particularité des parcours en assistance à la reproduction et en adoption est de toujours l'expliciter), la conception et la gestation (Courduriès 2016). Si bien que Flávio Tarnovski propose, pour tenir compte des changements contemporains, de compléter la première des fonctions parentales identifiées par Esther Goody (1982), « concevoir et mettre au monde » par « l'intention de devenir parent, ainsi que sa mise en pratique par un projet » (Tarnovski 2010 : 251). Dans nos sociétés où la maternité paraît indivisible à la fois sur le plan des représentations générales et dans le code civil, l'engendrement d'un enfant à plus de deux adultes et, en l'occurrence, plus d'une femme, est difficile à penser (Fine 1991 et Théry, Leroyer 2014). Néanmoins, aux yeux des professionnels de la gestation pour autrui et des parents, le recours à deux femmes distinctes, la donneuse d'ovocytes et la femme qui porte l'enfant, est apparu au fil des années comme la garantie d'une plus grande clarté quant à la place de chacune et chacun autour de l'enfant (Scott, 2008). Parmi les 18 couples ayant eu recours à une GPA rencontrés dans le cadre de cette étude, seuls trois couples ont fait appel à une femme qui a donné son matériel génétique et porté l'enfant.

3.1.2 Vouloir fonder une famille à deux parents

3.1.2.1 Pourquoi écarter l'adoption, la coparentalité et la procréation amicalement assistée ?

L'adoption est une option que quelques hommes et femmes ont envisagée. C'est le cas d'Axel (35 ans) et Yann, en couple depuis 10 ans, ou de Damien (38 ans) et Gérard en couple depuis 15 ans, deux couples qui ont finalement mené une GPA respectivement aux Etats-Unis et au Canada :

« Moi, j'ai regardé quand même l'adoption, c'était à peu près impossible, et encore plus impossible depuis le mariage pour tous. Et du coup on a pensé à la GPA. » (Axel)

« Gérard a entamé des démarches d'abord d'adoption. Il a eu l'agrément. Il a fait des démarches d'adoption et en fait on s'est aperçus que ce n'était pas possible. » (Damien)

Mais tous les couples qui l'avaient d'abord envisagé ont fini par écarter l'adoption et ce, pour des raisons différentes. La première tient au fait que certaines femmes voulaient absolument vivre une grossesse. C'est le cas Clothilde (51 ans) et Hinda (42 ans) qui élèvent deux enfants, mais aussi de Lola (45 ans, en couple avec Nadine depuis 22 ans, 2 enfants) et de Anne (30 ans en couple depuis 13 ans avec Maude, 42 ans, un enfant) :

« L'adoption, on ne l'avait pas envisagé parce qu'Hélène voulait porter le bébé. » (Clothilde)

« Mes parents m'avaient dit : " tu n'auras pas d'enfant " et moi je leur avais répondu : " pourquoi je n'aurai pas d'enfant ? je suis une femme, j'ai un utérus, je tombe enceinte comme je veux " Et voilà, je peux tout à fait avoir un enfant. Pour moi l'adoption n'a jamais été une option. » (Hinda)

« Au départ, on avait un projet parental qui était d'un enfant et c'était Nathalie qui le portait, moi je n'avais pas besoin d'enfant biologique à l'époque et pour elle c'était important de devenir une mère biologique, alors que moi si ça n'avait pas été aussi compliqué, j'aurais très bien pu me tourner vers l'adoption. » (Lola)

« Le projet était un vrai projet de couple. On ne voulait pas d'un troisième intervenant... Un ami, il a beau dire ce qu'il veut, si un jour il veut se manifester, il le peut. J'ai eu ce désir de porter un enfant et partager ça avec Maude, de vivre ça en couple. » (Anne)

Ensuite quelques couples ont renoncé à adopter parce que cela leur paraissait trop compliqué : d'une part ils craignaient de devoir cacher leur vie de couple³⁵⁴, d'autre part ils pensaient que la probabilité était mince d'obtenir un agrément puis d'accueillir véritablement un enfant. Mira (39 ans) et Annick (42 ans), en couple depuis 15 ans avec deux enfants ne voulaient pas construire leur famille sur un mensonge :

« On s'est plus posé la question sur l'adoption que sur la coparentalité, mais on avait l'impression qu'on n'aurait pas l'agrément. » (Mira)

« Il fallait tricher et on ne voulait pas tricher. » (Annick)

Pour Eliane et Chloé (43 ans toutes les deux, en couple depuis 6 ans avec deux enfants), le parcours des candidats à l'adoption était incertain, long et semé d'embûches :

« On s'est tourné vers la PMA parce que ce n'était pas possible d'adoption. Mais le 1er choix ça aurait été d'adopter et de donner de l'amour et une famille à un enfant qui en a manqué, si c'était possible et s'il y avait des enfants disponibles à l'adoption. (...) Même depuis que c'est possible légalement, on n'y pense plus trop parce qu'on sait que c'est un parcours du combattant. Ça peut prendre des années et ce n'est même pas sûr d'aboutir. » (Eliane)

La probabilité, du point de vue des couples rencontrés, était extrêmement réduite d'accueillir un enfant en tant que candidat masculin ou en couple avec un homme, et ce malgré la promulgation de la loi ouvrant en France le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. La réalité de l'adoption en France ne dément pas leurs craintes. De nombreuses personnes en situation d'infertilité se tournent effectivement vers l'adoption, mais elles sont peu nombreuses à devenir parent de cette manière, compte tenu de la raréfaction des enfants adoptables en France mais aussi à l'étranger où la démographie connaît d'importantes évolutions (Mignot, 2015) et où on privilégie davantage aujourd'hui l'adoption nationale, conformément à ce que prévoit l'article 4 de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (Roux, 2015)³⁵⁵. La diminution du nombre d'enfants adoptables ne suffit pas néanmoins à expliquer le faible engouement des candidats pour la maternité et la paternité adoptives. Pour beaucoup, l'adoption reste un choix par défaut lorsque toutes les possibilités d'avoir un enfant biologique se sont avérées infructueuses et n'est donc souvent mobilisée qu'en seconde intention (Ramirez-Galvez 2014). Raréfaction des enfants adoptables, particulièrement lorsqu'ils sont très jeunes, attachement important à la filiation biologique, crainte d'avoir à gérer les conséquences psychologiques d'un abandon souvent vécu comme traumatisant, les personnes en manque d'enfant se tournent vers des solutions qui leur permettraient, ils l'espèrent, d'avoir un nourrisson aussi proche que possible d'eux-mêmes au plan biogénétique. Cela conduit des hommes et des femmes aspirant à la paternité ou à la maternité à se tourner, dans un certain nombre de situations, vers d'autres pays aux législations plus libérales, en tout cas moins restrictives.

³⁵⁴ C'était avant la loi de 2013 qui a ouvert l'adoption aux couples de même sexe et l'adoption n'était alors disponible qu'aux célibataires ou aux couples hétérosexuels.

³⁵⁵ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>).

Pratiquement tous les couples rencontrés avaient écarté la coparentalité ³⁵⁶ après l'avoir parfois envisagée sérieusement. Indépendamment de la difficulté de choisir les bonnes personnes avec lesquelles s'engager pour un tel projet, la coparentalité leur semblait trop compliquée en raison du nombre de personnes occupant une fonction parentale au quotidien auprès de l'enfant. Les couples rencontrés souhaitaient être au quotidien les uniques parents et élever leurs enfants à plein temps sans dépendre de tiers. C'est ainsi que l'expliquent Didier (50 ans, en couple avec Jean-Louis depuis 20 ans, avec qui il a mené une GPA aux Etats-Unis) ou encore Anne (30 ans en couple depuis 13 ans avec Maude, 42 ans, un enfant), Hinda (42 ans, en couple avec Clothilde, 51 ans, deux enfants), Evelyne (38 ans, en couple avec Joëlle, 38 ans elle aussi, quatre enfants) :

« On a envisagé à un moment un projet de coparentalité avec un couple de filles. Ça n'a pas marché et puis ça a été tant mieux parce que finalement ce qu'on voulait aussi c'était avoir des enfants à plein temps donc... » (Didier)

« La coparentalité, on s'est dit que c'est déjà dur d'élever un enfant à deux, du coup à 4 on s'est dit que ce serait encore plus compliqué. Et puis c'est aussi difficile d'avoir les mêmes principes éducatifs... Donc c'est ce qui nous a fait renoncer à ce projet de coparentalité. » (Anne)

« Nous ne voulions pas partager l'enfant. Une coparentalité, ce n'était pas envisageable. On ne voulait pas partir sur la base de "on aura l'enfant une semaine sur 2". Donc on s'est dit, ok, c'est la PMA. » (Hinda)

« On a réfléchi à faire des enfants avec des garçons en coparentalité, puis on s'est dit qu'on voulait être un couple de parents à deux, et donc on allait s'orienter vers la PMA. » (Evelyne)

La coparentalité fait aussi craindre à la compagne de la mère légale de ne pas avoir toute sa place. C'est ce qu'expriment Nicole (49 ans, en couple avec Caroline depuis 11 ans, un enfant), Lola (45 ans, en couple avec Nadine depuis 22 ans, deux enfants) et Joëlle (38 ans, en couple avec Evelyne, quatre enfants) :

« La coparentalité personnellement je n'en voulais pas, je l'ai dit direct à Caroline parce que je voulais vraiment ma place de mère. On a le schéma de 2 amies qui ont 2 papas, ils ont des jumeaux de 6 ans. Maintenant ça se passe très bien mais moi je trouve que le Papou et la Mamou, ils sont un peu à l'écart... et puis s'il arrive un problème à Cécile, je n'aurais pas l'assurance d'avoir l'enfant » (Nicole)

« On ne se voyait pas partager l'éducation. On voulait que ce soit quelque chose à nous deux, et quant au donneur connu c'était pour moi le risque de n'être plus rien dès l'instant où il y aurait un père. (...) s'il n'y a pas de père, je ne suis rien, mais s'il y a un père connu, je suis encore plus³⁵⁷ rien ! » (Lola)

« On s'est posé la question mais moi je me suis dit : je ne vais pas pouvoir m'effacer devant un père biologique qui aura plus d'importance pour l'enfant, alors que c'est notre projet de couple » (Joëlle)

François (en couple avec Dylan depuis 16 ans avec qui il a conduit une GPA aux Etats-Unis) rapporte en substance la même expérience mais va un peu au-delà :

« On a commencé à réfléchir et ce qu'on a vu, entendu, les dialogues qu'on a pu avoir sur la coparentalité, on s'est dit que ça ne représentait pas ce qu'on voulait vivre. On le délègue pas

³⁵⁶ Dans la coparentalité en contexte homoparental, un homme et une femme, tous deux généralement homosexuels, qui ne vivent pas sous le même toit, conçoivent ensemble un enfant et l'élèvent au sein de leurs deux foyers. De deux à quatre personnes peuvent être parties prenantes du projet parental : le père, la mère, le compagnon du père, la compagne de la mère. La coparentalité était la modalité très majoritairement choisie dans les années 1990 et 2000. Elle reste l'option la plus souvent choisie même si les enquêtes menées auprès des pères gays montrent qu'elle l'est moins souvent qu'auparavant (Gross, Courduriès, De Federico 2014).

³⁵⁷ "plus" est à comprendre dans son sens additif.

du tout cette solution pour les autres. Mais on trouve que voilà... on ne porte pas de jugement de valeur, mais pour notre projet parental, mentalement on se projetait à un couple et un ou plusieurs enfants et... on s'imaginait pas... partager. Deux couples... ça nous paraissait compliqué. On est issus, alors ça a peut-être un lien avec l'attache familiale, on est issus de... de parents qui sont restés mariés enfin qui étaient mariés, moi je n'ai pas été particulièrement malheureux dans ce cadre-là. Je ne dis pas que je veux le reproduire absolument mais enfin... en tout cas pour nous ça nous paraissait plus équilibré, plus conforme à ce qu'on attendait. »

Ce choix que François et Dylan ont fait d'avoir un enfant qui les aurait pour seuls et uniques parents n'est pas un choix aussi inédit qu'on pourrait le croire de prime abord ; il s'inscrit dans l'histoire familiale et se conforme, de ce point de vue, aux normes attendues dans nos sociétés en matière de parenté.

Pour les couples de femmes, nous savons qu'un certain nombre choisissent de solliciter un homme de leur connaissance avec le sperme duquel elles mettent en œuvre une « procréation artisanalement assistée » (Gross, Courduriès, De Federico 2014). Mais, compte tenu de la constitution de notre échantillon, peu de femmes parmi celles que nous avons rencontrées, même si elles ont pu l'envisager, ont mobilisé cette option.

Deux couples de femmes ont préféré se tourner vers un « donneur connu ». Les raisons de leur choix sont liées à la possibilité de renseigner l'enfant sur ses origines et de lui permettre un jour peut-être de rencontrer le donneur s'il ne fait pas partie de leur entourage, tout en privilégiant la biparentalité : dans leur esprit, il n'est pas question d'être plus de deux parents, en l'occurrence deux mères. C'est en substance ce que racontent Sonia (39 ans) et Michèle en couple depuis 22 ans, deux enfants d'une part et Viviane (33 ans) et Jeanne en couple depuis 10 ans, un enfant d'autre part :

« On a hésité, et à refaire on ne ferait peut-être pas forcément pareil. Pour moi j'étais dans le schéma on arrive à l'adolescence et on se demande d'où on vient, et qu'en gros il fallait pouvoir donner une réponse ; on savait tout à fait qu'on ne ferait pas de coparentalité, moi je sortais du divorce de mes parents qui avait duré 10 ans, qui était un bordel sans nom, donc je me disais : déjà à 2 c'est le bordel, alors à 3 ou à 4 ce n'est pas la peine, donc ça on était sûres, par contre c'était sur le fait d'avoir un donneur connu ou pas. Donc je ne sais plus si on a passé une petite annonce, ou si on a répondu à une petite annonce, et on a rencontré quelqu'un, on n'a rencontré qu'une personne, et en fait il nous a paru bien. » (Sonia)

« Moi j'étais plus partante sur une PMA au départ, parce que je me disais "même si on a super confiance, on ne sait jamais". Elle, elle était plus bloquée sur l'histoire des origines biologiques. » (Viviane)

Michèle laisse entrevoir une autre motivation : concevoir un enfant avec un donneur connu permettait d'éviter le parcours médicalisé à l'étranger. Viviane retient aussi quant à elle le coût que représente le recours à une IAD à l'étranger, lié aux déplacements sur place (parfois nombreux) et aux frais facturés par la clinique étrangère, même si ce n'est pas la seule raison ni, peut-être, la principale.

« Je pense aussi que si tu avais pu quitter le boulot du jour au lendemain pour partir à l'étranger facilement, t'aurais eu la possibilité de faire en France, proche de Paris, une PMA avec donneur connu je pense qu'on aurait choisi ça par sécurité. Je pense maintenant qu'on a un peu occulté un certain nombre de risques parce que c'était plus facile. » (Michèle, s'adressant à son épouse pendant l'entretien)

« C'est cette option qu'on a choisie. C'est vrai que ça faisait un certain temps qu'on en parlait avec un ami très proche qui est devenu le donneur-géniteur de notre fils. Le fait qu'il soit d'accord, qu'on évolue ensemble sur ce projet, du coup on ne s'est plus posé la question de l'AMP. On trouvait que le principe était un peu cher. Puis il faut dire qu'on est de plus dans une société où encore le biologique peut peser sur les enfants. » (Viviane)

Les autres femmes que nous avons rencontrées ont écarté l'option de se tourner vers un

donneur connu. Il aurait été un géniteur sans être père et en même temps aurait fait partie de leur entourage. Elles n'imaginaient pas comment parler à l'enfant de cet homme, de la place qu'il occuperait. De leur point de vue, la PMA avec don anonyme permettait de mieux gérer la distinction entre lien biologique et paternité. C'est le point de vue de Chloé et Eliane (43 ans toutes les deux, en couple de 6 ans avec deux enfants)

« J'étais moins à l'aise pour discuter de ça avec mon enfant plus tard. Je suis moins à l'aise sur le fait de lui présenter un géniteur. Aujourd'hui, je ne sais pas comment le nommer : qui n'est pas un papa, qui est un géniteur mais qu'on connaît quand même, on n'aurait pas été capable de lui expliquer que c'était lui, mais qu'il n'avait pas de place dans sa vie, une place, mais pas celle de parent. » (Chloé)

Si l'homme qui donne son sperme à des femmes de son entourage accepte *a priori* de ne pas être un père, rien ne l'empêche un jour de changer d'avis et de reconnaître finalement l'enfant à la conception duquel il a participé. Parce qu'elles ont eu vent de ce genre d'histoires, Anne (30 ans) et Maude (42 ans) en couple depuis 13 ans avec un enfant ont finalement décidé de recourir à une AMP avec don de sperme à l'étranger :

« Ensuite, en insémination artisanale c'était avec un donneur connu. Ça on l'a pas fait non plus parce que... c'était le fait de pas connaître trop les antécédents médicaux du donneur. (...) et puis aussi c'est surtout... ben faire un enfant avec un donneur connu, lui à n'importe quel moment pouvait reconnaître l'enfant et du coup on se retrouvait dans la même situation [que la coparentalité], de devoir... » (Anne)

3.1.2.2 Choisir une IAD

Dès son émergence, l'assistance médicale à la procréation s'est posée comme une alternative à l'adoption – à des moments où les enfants adoptables ne manquaient pourtant pas – jusqu'à devenir aujourd'hui, pour beaucoup de candidats à la parentalité (et pour nombre de professionnels de l'adoption), une étape préalable avant d'envisager l'adoption. D'autres alternatives existent, même si elles ne sont pas satisfaisantes aux yeux des personnes concernées, comme être candidat à l'adoption ou renoncer à devenir parent. L'AMP s'envisage aussi dans ce contexte comme une ressource, parmi d'autres mais peut-être la plus importante, pour permettre à des hommes et des femmes en couple hétérosexuel d'accomplir leur désir d'enfant. C'est une manifestation de l'importance que les gènes semblent revêtir, pour une partie de nos contemporains, dans l'établissement de liens de filiation, nous y reviendrons. Le recours à l'AMP, voire à l'insémination artificielle avec tiers donneur, apparaît alors comme le meilleur supplétif à la procréation charnelle lorsqu'elle ne peut se faire au sein du couple. Il s'agit de permettre au couple demandeur d'engendrer un enfant génétiquement relié à ses deux parents ou, en cas de nécessité, au moins à l'un des deux. Dans cette perspective, l'AMP apparaît comme une ressource pour concevoir un enfant au sein du couple de parents, et, dans le cas du recours à un don de gamètes, comme une garantie que le recours à une tierce personne dans le processus de procréation ne puisse pas s'apparenter à une infidélité ni à la constitution de ce qui pourrait devenir un jour une paternité. Les couples hétérosexuels infertiles et certains couples de personnes de même sexe peuvent ainsi envisager l'AMP pour procréer avec l'aide d'un tiers donneur sans risque de devoir partager la parentalité avec ce dernier.

Eve, en couple avec Ariane depuis 10 ans, un enfant de 11 mois :

« On s'est dit qu'être parents à deux ce n'était déjà pas simple, avoir une tierce personne en plus, ça apportait des richesses mais pouvait compliquer... la balance de tout ça a fait qu'on s'est dit : on a envie d'être mamans toutes les deux, on se lance comme ça. »

Clothilde, en couple avec Karine depuis 7 ans, un enfant de 3 ans raconte comment les témoignages d'autres familles ou les rencontres au sein d'une association ont achevé de les

convaincre d'opter pour la PMA :

« Petit à petit notre projet s'est concrétisé. On a réfléchi pour savoir comment s'y prendre exactement. C'était avant d'avoir ce contexte plus favorable au point de vue légal ; on a pas mal de familles autour de nous qui ont recours à l'insémination à l'étranger, dans différents pays d'ailleurs et avec des expériences toutes favorables, assez positives de la part de leur entourage : au niveau des écoles, des communes.... On voyait que ça se passait finalement bien, qu'ils avaient une certaine avance vis-à-vis des mœurs, par rapport à la loi ».

Le choix du pays, Belgique ou Espagne, dépend souvent du lieu de résidence. Quant au choix de la clinique de fertilité, il se fait en fonction du délai d'attente comme l'explique Noame, en couple avec Sylvie depuis 12 ans et avec laquelle elle a un enfant de 5 ans :

« Nous sommes allées en Espagne à (...) pour le premier rendez-vous et après ils nous ont dit : il y a un an d'attente. Nous étions un peu déçues et du coup après nous sommes allées en Belgique où là on passait d'un an à six mois. On a donc continué là. »

Il n'y a en effet aucune raison pour que les homosexuels, fussent-ils en couple ou non, ne partagent pas les mêmes schémas qui conduisent beaucoup de nos contemporains à rechercher l'amour conjugal, la vie sous le même toit en couple, et à vouloir devenir parents. Ils ont été socialisés sous l'influence des mêmes représentations que leurs contemporains quant à la manière de parvenir au bonheur seul et à deux et de s'inscrire dans leur parenté. Une part probablement croissante (et en tout cas plus visible) des homosexuel.les souhaitent elles ou eux aussi, transmettre la vie, soigner, éduquer, s'inscrire dans la succession des générations au sein de leurs lignées, concevoir et élever un enfant au sein de leur couple... Un souhait que l'on peut considérer comme très largement partagé parmi les hétérosexuel.les et dans ce sens très normalisé. Il n'est ainsi guère étonnant que certains couples sollicitent (pour l'instant dans les pays qui le permettent) la médecine procréative. Pour eux aussi, l'AMP est la garantie que l'engendrement de leur enfant s'inscrira dans un cadre conjugal et permettra d'éviter de recourir à des solutions plus artisanales aux conséquences parfois imprévisibles.

3.1.2.3 Recourir à une GPA

Avant de mettre en œuvre leur projet parental, les couples gays doivent nécessairement anticiper et élaborer la solution qui leur permettra de devenir pères. Ce travail d'anticipation, ils le partagent évidemment avec les couples hétérosexuels et lesbiens en situation d'infertilité. Recourir à une femme pour concevoir avec ses ovocytes un enfant et à une autre pour le porter ne s'improvise pas et résulte d'un cheminement longuement mûri. Mais, à la différence sans doute des couples hétérosexuels, les possibilités qui s'offrent aux couples gays pour devenir parents, sont encore moins nombreuses. Et une fois la GPA retenue comme une solution possible, dans un contexte français où il s'agit d'une technique décriée par une partie des observateurs, prohibée en droit sur le sol français et objet d'un tabou politique, elle reste tout de même un choix difficile. Nous avons donc dans un premier temps tenté de comprendre comment les pères rencontrés ont motivé ce choix de la GPA. Les réponses des participants nous ont permis de constater que tous n'ont pas d'emblée considéré la GPA comme une option.

Plusieurs confient que les discussions avec d'autres pères déjà expérimentés et les retours d'expérience au sein des associations les ont beaucoup aidés à imaginer que, malgré les questions et les difficultés inhérentes à la GPA, il s'agissait d'une pratique mobilisable. C'est exactement ce que racontent Samuel (35 ans, en couple avec Mathias depuis 10 ans ; il a

conduit une GPA au Canada) et Pablo (55 ans, en couple avec Jacques-Antoine depuis 20 ans, avec qui il a mené une GPA aux Etats-Unis) :

« On a commencé à entendre parler, de bouche à oreille, d'autres couples homos, hommes, qui ont eu des enfants, qui ont eu recours à la GPA et on a commencé à se renseigner sur les processus quoi. » (Samuel)

« On a rencontré l'association et on a commencé à aller à des réunions, à participer aux groupes. Nous on a donc commencé avec le groupe sur l'adoption et c'est dans ce groupe qu'on a connu d'autres possibilités, coparentalité... et puis la GPA. » (Pablo)

Cette façon de faire ne surprend pas. En effet, Flávio Tarnovski dans sa thèse sur l'homopaternalité en France, avait de ce point de vue montré l'importance de l'expérience partagée pour mettre en œuvre un projet homoparental (Tarnovski 2010).

Les ressorts du choix du pays dans lequel la GPA est menée

Après avoir décidé qu'ils deviendraient pères en ayant recours à la GPA, toute une série de décisions doivent être prises, concernant en particulier le choix du pays où se déroulera la GPA. La plupart des couples interrogés ont choisi de se rendre aux États-Unis ou au Canada. Deux couples ont eu recours à la GPA en Russie. Les personnes interrogées considèrent que certains pays, tels que l'Ukraine et l'Inde, n'offrent pas la possibilité de mener une GPA conforme à leurs propres valeurs et critères éthiques. Il n'est pas question ici de déterminer s'ils ont raison ou s'ils ont tort : les travaux empiriques, même s'ils sont désormais plus nombreux (Rudrappa et Collins 2015, Pande 2014, Rozée et Unisa 2016, Lance 2017), ne suffisent pas toujours à se forger une opinion définitive. Mais surtout cela dépend de quels enjeux il est question : l'organisation commerciale de la GPA et la circulation d'argent, le statut juridique de la GPA dans le pays, l'autonomie et la liberté des femmes, la possibilité d'entretenir une relation directe et sans intermédiaire avec la femme porteuse, etc. Plusieurs couples ont évoqué des conditions qui leur semblaient inacceptables pour eux dans des pays comme l'Inde ou l'Ukraine et ont opté pour des pays où les pratiques étaient plus proches de leurs propres valeurs, comme aux Etats-Unis ou au Canada. Sans être véritablement très précis, les pères rencontrés évoquent l'une ou l'autre de ces raisons.

Gérard et Damien (38 tous les deux, en couple depuis 15 ans, ayant mené une GPA au Canada) affichent tout à la fois leur volonté de mener une GPA acceptable au plan éthique et leur souci de pouvoir raconter à leur enfant son histoire, une histoire dont ils pourraient ne pas avoir à rougir :

« J'avais commencé à m'intéresser à la GPA, mais pas au Canada, au départ ailleurs, plutôt en Europe centrale. Et après, on a fait le choix plus éthique de se dire : 'on va aller au Canada, c'est plus safe'. (...) On voulait que ce soit clean. » (Gérard)

« En fait, on s'est demandé ce qu'on allait raconter aux enfants ou à l'enfant. Quelle est l'histoire qu'on va lui raconter, et comment faire en sorte de lui dire toujours la vérité, et faire que cette vérité soit la plus... simple et sympa et jolie. Après, c'est toujours notre système de valeur à nous, mais c'est vrai qu'on a pensé que le faire au Canada, que le Canada, avec toutes les valeurs expliquées par les personnes avec qui on s'est entretenus et qui montaient ce projet-là, nous paraissait plus sain que les situations où les personnes que l'on a rencontrées qui s'étaient dirigées vers l'Ukraine par exemple. » (Damien)

Les parents rencontrés se sont forgé des opinions sur les différentes possibilités qui s'offraient à eux en fonction des représentations et des informations disponibles autour d'eux à travers les discours associatifs, les nombreux documentaires diffusés ces dernières années à la télévision ou sur internet, et les articles de presse. L'influence particulière de la presse et des reportages documentaires est soulignée par Vincent (46 ans, en couple avec Petros depuis 4 ans et demi ; il a conduit une GPA aux Etats-Unis) :

« J'avais entendu parler une fois par un reportage sur l'Inde mais je trouvais ça... autant l'idée

avait un côté... Après, l'Inde ça me faisait énormément peur, je trouvais ça glauque. »

Les représentations et informations disponibles conduisent les futurs parents à arbitrer et à classer les pays où la GPA est accessible sur une échelle allant du plus problématique au plus éthique et acceptable. C'est le sens des propos notamment de Samuel (35 ans, en couple avec Mathias depuis 10 ans ; il a conduit une GPA au Canada) :

« Quand on a vu que la GPA était une possibilité, qu'il y avait des couples d'hommes qui le faisaient, dans des pays ou éthiquement, et légalement c'était encadré, qu'il n'y avait pas de problèmes particuliers, c'est là qu'on a commencé à réfléchir très fortement à la GPA. Mais dans des pays où ça se passe bien. Donc au départ on a su que ça se passait très bien au Canada et aux U.S., et finalement on est partis sur le Canada voilà. »

Axel (35 ans, en couple avec Yann depuis 10 ans ; il a conduit une GPA aux Etats-Unis) raconte avoir fait le même type d'expérience. Pour eux, l'important, était de choisir un pays où ils étaient certains que la femme porteuse allait agir en toute liberté et où il n'existerait aucun tabou autour de sa grossesse pour autrui. Il était important qu'elle puisse apporter tout ce qu'elle avait de positif et d'aimant en elle à leur enfant et qu'ils puissent vivre cette grossesse avec elle :

« Et puis même, moi j'avais plein d'angoisse même par rapport aux USA... Pour moi c'étaient des vrais questionnements. Et quand on a vu Anna, [la femme qui portait leur enfant] quand on a vu les vidéos qu'elle nous envoyait quand elle chantait des chansons à Mathieu, [leur enfant encore dans son ventre], quand on voit le bébé zen qu'il est aujourd'hui... C'est un bébé qui est tout le temps heureux et qui sourit tout le temps etc. Pour moi, les neuf mois dans le ventre de la maman, ça construit toute sa vie, pour moi les neufs mois qu'il a passé ont été déterminants pour le reste de sa vie, (...), elle l'a couvert d'amour. On allait la voir, quand elle était enceinte elle nous envoyait des vidéos où elle lui chantait des chansons, elle l'a aimé à la folie. Je n'aurais pas pu imaginer ça. Alors je n'en attendais pas autant, mais on aurait jamais eu l'idée d'aller faire ça dans un pays où on était pas sûrs que ce soit un choix (de la part de la gestatrice). »

3.2 Favoriser la reconnaissance publique de sa famille

Avant que ne soit votée puis promulguée en France la loi ouvrant le mariage et par conséquent l'adoption conjointe et intra-conjugale aux couples de même sexe, les couples de parents de même sexe n'avaient à leur disposition aucune possibilité de voir reconnaître la double filiation en droit français. Et pourtant, un certain nombre étaient déjà parents, avaient constitué une famille et élevaient des enfants. En l'absence de toute reconnaissance officielle et légale, parents gays et lesbiens sont nombreux à avoir imaginé tout un tas de subterfuges pour donner une forme de visibilité à leurs liens de famille et renforcer ainsi, avec les moyens à leur disposition, la légitimité les liens de filiation qui n'étaient pas reconnus.

Parmi les moyens mobilisés pour rendre visible le lien entre le « parent non statutaire³⁵⁸ » (Descoutures, 2010) et l'enfant et lui donner une dimension éminemment symbolique, les parents de même sexe réfléchissent beaucoup à la nomination de leur enfant.

³⁵⁸ A l'instar de Virginie Descoutures (2010), nous préférons l'utilisation de « statutaire » plutôt que « légal » pour désigner le statut légal d'un parent, son lien de parenté étant reconnu juridiquement, pour éviter de supposer qu'un parent ne possédant pas ce statut serait « illégal ».

3.2.1 La fonction des termes d'adresse

L'attention aux termes d'adresse et aux termes de références, ce que l'on appelle aussi les appellatifs, est depuis longtemps pour les ethnologues un indicateur des relations de parenté. Du point de vue des situations qui nous occupent, les termes d'adresse sont des indicateurs particulièrement pertinents pour aborder la manière dont les mères lesbiennes et les pères gays ; soumis comme tout un chacun aux normes liées à notre modèle exclusif de la parenté, ils articulent conformité à la norme du projet parental conjugal et innovations face au modèle exclusif hétéronormé de filiation. Ces termes traduisent les représentations de la paternité et de la maternité. Ils sont également des indicateurs des stratégies parentales pour expliciter des liens de filiation qui ne sont pas totalement reconnus par l'état civil et le droit, et qui sont parfois contestés.

La moitié des femmes et plus de la moitié des hommes que nous avons interrogés sur cette question encouragent leurs enfants à utiliser des termes d'adresse d'égale signification du point de vue des liens de parenté afin de réduire l'impact du biologique et éviter de hiérarchiser les parents en fonction de cette caractéristique. De plus pour pratiquement tous les couples, comme on l'a vu, le projet parental était conjugal. Cela vient conforter les résultats des enquêtes précédentes menées auprès des familles homoparentales (Gross, 2008, 2014 ; Gross, Courduriès et de Federico, 2014).

3.2.1.1 Pères gays

Papa et *daddy*, *papa* et *papou*, ce sont les termes que sept couples de pères ont prévu que leurs enfants utilisent pour s'adresser à eux. Sept couples ont choisi de se différencier en utilisant des appellatifs différents : *papa* pour le père biologique et *daddy* ou *papou* pour l'autre. Ainsi, Damien (43 ans) et Christophe (45 ans), ensemble depuis 14 ans et pères de deux enfants âgés de 7 ans et 4 ans et demi nés d'une GPA aux Etats-Unis, ne se perçoivent pas comme deux papas et les deux hommes tiennent beaucoup à être différenciés. Pour eux, chaque enfant a un père et une mère. Il n'est pas question de dire que les enfants ont deux pères. Ainsi Damien se fait appeler *papa* et Christophe se fait appeler *daddy* par Noël parce que c'est Damien le père biologique, et inversement se fait appeler *daddy* par Clarisse qui appelle Christophe, son père biologique, *papa*. Pour Clarisse, la maîtrise de ces termes était au début un peu difficile car elle entendait son frère appeler *papa* celui qu'il fallait appeler *daddy* et réciproquement :

« Parce qu'en fait, sur le fond, on n'avait pas trop envie qu'ils disent qu'ils avaient deux papas et pas de maman. (...) Par rapport aux deux papas, on était moins à l'aise par rapport au fait qu'ils aient deux papas. On préférerait qu'ils aient un papa et un daddy. » (Damien)

Neuf couples de pères ont choisi, au contraire, de se faire appeler par leur enfant *papa* ou *papa* suivi du prénom tous les deux. Il était important pour eux de ne pas demander à l'enfant de s'adresser à chacun d'eux de manière différente et d'induire ainsi explicitement dans l'esprit de leur enfant qu'ils n'occupaient pas l'un et l'autre une fonction équivalente.

Dylan (en couple avec François depuis 16 ans avec qui il a un enfant de 2 ans et demi né d'une GPA aux Etats-Unis) l'explique très clairement. Les termes d'adresse sont à ses yeux utiles pour réduire les différences (père statutaire / père non statutaire, père biologique / père non biologique) entre les deux papas :

« Pour pas mettre de hiérarchie entre un parent social et un parent... C'est pour ça d'ailleurs que, dès qu'on pouvait mettre le certificat à nos deux noms on l'a fait assez vite. On ne voulait pas, pour reprendre une expression très utilisée, qu'il y ait un parent fantôme. C'est aussi pour ça, je

brûle peut-être certaines questions, mais pour moi c'était important qu'il y ait Papa Dylan / Papa François, et pas Papa / Daddy... » (Dylan)

L'usage de termes d'adresse identiques a sans doute aussi une autre fonction. Les enfants les utilisent dans leurs interactions quotidiennes avec leurs parents, mais ils les mobilisent aussi lorsqu'ils sont en interaction avec d'autres enfants, des enseignants ou des membres de la famille élargie et se réfèrent à leurs papas. Dans ces situations, l'association de *papa* avec le prénom de chacun des deux pères permet aux enfants, lorsqu'ils pensent que c'est utile, de préciser de quel papa il s'agit. Utilisé comme un terme de référence, qu'il soit ou non associé au prénom, le mot *papa* joue ainsi un rôle performatif. Quel que soit le statut juridique du lien qui unit chacun des deux papas aux enfants, le terme de référence *papa* ne laisse aucune ambiguïté quant à la manière dont est vécue la relation : il s'agit bien d'une relation de deux pères et de leur enfant.

3.2.1.2 Mères lesbiennes

Parmi les couples de femmes auxquels la question a été posée, neuf encouragent leurs enfants à s'adresser à elles par des termes strictement équivalents tels que *maman* suivi du prénom. Sept ont choisi des appellatifs qui différencie la mère qui a porté l'enfant de l'autre. Dans des enquêtes antérieures menées en France, on note une évolution depuis les années 1990 où les femmes étaient très peu nombreuses à utiliser des termes de parenté équivalents jusqu'aux années 2010 où les femmes sont un peu plus nombreuses à le faire (Gross, 2014). Les résultats de l'enquête présente semblent aller dans le sens de cette évolution.

Pour Corinne (40 ans) et Béatrice (41 ans), ensemble depuis 20 ans et mères d'un enfant né de PMA, comme pour Annick (42 ans) et Mira (39 ans), ensemble depuis 15 ans et mères de deux enfants nés d'une PMA, il était important de ne faire aucune distinction entre les deux mères :

« On ne voulait pas qu'il n'y ait qu'une maman. » (Corinne)

Annick et Mira ont d'abord pensé que, pour les enfants, se faire appeler *maman* toutes les deux serait source de confusion. Elles ont décidé finalement l'association entre *maman* et le prénom de chacune répondrait à leur envie de ne pas se distinguer et à leur souci de préserver une forme de clarté :

« On voulait toutes les 2 se faire appeler Maman mais c'est vrai que ça peut être 'confusant' pour les enfants d'appeler les deux « Maman », on voulait distinguer. Au final on a choisi Maman + le prénom. » (Annick)

Pour Lola (45 ans) et Nadine (46 ans), en couple depuis 22 ans et mères de deux enfants nés de PMA, il semble que ce ne soit pas facile d'être deux mamans sans distinction. Plus que l'éventuelle confusion que cela pourrait susciter chez les enfants, ce qui est en jeu, c'est la place de chacune et l'idée que chacune s'en fait :

« Nadine avait l'impression que si on était deux à se faire appeler Maman, elle serait une moins bonne mère. Ce n'était pas une histoire de confusion dans la tête de l'enfant. Ça, ce n'était pas un souci pour elle, mais par contre elle avait l'impression que son rôle serait amoindri. (...) elle avait beaucoup de choses à prouver (...). Moi, ça m'était complètement égal, je trouvais que c'était plus simple qu'on s'appelle maman toutes les deux. On aurait pu trouver maman Nadine et maman Lola. »

Nicole (49 ans) est en couple depuis 11 ans avec Caroline (40 ans), qui a porté leur fille, âgée de 18 mois. Dans leur cas, Nicole nous explique que dans la mesure où la loi française reconnaît les deux mères, cela n'est pas gênant du tout que les deux mères ne se fassent pas

appeler maman. Au contraire même, elle pense que cela évite beaucoup de quiproquos au quotidien :

« On aura deux façons différentes de nous appeler. Je ne pense pas que de nous appeler Maman toutes les deux ce soit ça va être un sujet d'embrouille : si elle dit « Maman », on va se pointer toutes les deux en même temps. Déjà, moi, ce n'est pas un mot qui fait que je suis moins sa maman que Caroline. Elle pourra m'appeler Mani, Nicole, ça ne me gêne pas du moment qu'aux yeux de la loi française il n'y a pas d'embrouille. » (Nicole)

3.2.2 Nommer son enfant³⁵⁹

Depuis le 1^{er} janvier 2005, en France, un enfant peut porter soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit les deux, dans un ordre ou dans l'autre. Chacun des parents, s'il a deux noms, n'en transmet qu'un et le choix opéré pour le premier enfant vaut pour tous ceux qui suivront dans la fratrie. Auparavant, les enfants portaient le nom du père si les parents étaient mariés ; s'ils ne l'étaient pas, ils portaient le nom de celui des parents l'ayant le premier reconnu. Ces modalités sont d'ailleurs toujours celles par défaut lorsque les parents n'explicitent pas dans une déclaration conjointe auprès de l'officier de l'état civil leur choix que leur enfant porte le nom de la mère seulement ou leurs deux noms. Les mères célibataires ou mariées ont donc désormais la possibilité de transmettre leur nom, y compris lorsque l'enfant a un père. Ce changement apparaît comme un nouvel acquis de l'égalité croissante entre les mères et les pères. Outre cette égalité que la loi du 4 mars 2002 prolonge entre les sexes, Françoise Héritier considère qu'elle met en conformité la définition du nom de famille avec notre système de filiation qui inscrit de manière indifférenciée un enfant dans ses deux lignées (Héritier 2002)³⁶⁰. Le législateur aurait néanmoins pu aller plus loin et imposer le double nom, solution qui aurait certes conduit à ce que certains noms tombent à la génération suivante mais qui aurait tout de même achevé le caractère cognatique de la filiation en France. En l'absence d'obligation de transmettre (aussi) le nom de la mère, lorsque l'enfant a un père et une mère, les enquêtes disponibles montrent que c'est le nom du père qui continue à se transmettre exclusivement aux enfants dans la majorité des situations (Descoutures 2015) faute d'information suffisante sans doute mais aussi à cause du poids symbolique important que conserve le nom du père. Le système de parenté français qui reposait, au plan des règles juridiques, sur une filiation cognatique avec une inflexion patrilatérale du fait de la transmission exclusive du nom de famille paternel continue donc, dans les faits, à privilégier la paternité.

Dans leur introduction à l'ouvrage collectif sur le nom dans les sociétés occidentales contemporaines, Agnès Fine et Françoise-Romaine Ouellette, considéraient tout de même que les modalités concrètes décidées par cette loi signaient un changement dans nos représentations de la famille et de la personne :

« La famille est moins perçue comme un chaînon inscrit dans une succession de générations que comme un espace affectif et éducatif concernant parents et enfants. Quant à la personne, la reconnaissance de son individualité prime sur celle de ses appartenances et le droit sur le nom s'ajuste maintenant, au moins partiellement, aux exigences du sentiment d'identité. » (Fine et Ouellette 2005 : 29).

³⁵⁹ Les analyses présentées ici ont fait partie l'objet d'une publication : J. COURDURIER, 2017. « Nommer son enfant dans les couples de même sexe. », *Clio, Femmes, Genre, Histoire*, (44), Dossier « Le nom des femmes » : 151-169.

³⁶⁰ C'est ce qu'on appelle un système de filiation indifférenciée ou cognatique.

Elles notent d'ailleurs que l'évolution avait commencé au début du XX^e siècle avec les prénoms qui, progressivement, n'étaient plus donnés par d'autres que les parents alors qu'ils pouvaient être donnés auparavant par les parents spirituels, les garçons recevant souvent dans nombre de régions françaises le prénom de leur parrain et les filles celui de leur marraine (Zonabend 1979 et Fine 1987).

Il ne faut pas déduire pour autant des changements intervenus depuis une centaine d'années que choix du prénom et logiques de parenté sont aujourd'hui irrémédiablement déliés. Certains de nos contemporains continuent à puiser des prénoms dans le catalogue régional ou religieux, ou dans la parenté (Albert 2005). Dans un article paru en 2007, Anne Cadoret analyse la situation d'une famille composée par deux femmes en couple, mères de trois enfants qui portent un seul nom, celui de leur mère biologique, la seule mère que l'état civil français leur reconnaît. Elle montre qu'en leur choisissant des prénoms puisés dans chacune de leurs deux lignées et en imposant l'usage, dans le quotidien des enfants, du double nom, les deux mères entendent pleinement inscrire leur famille dans le système de parenté cognatique propre à notre société (Cadoret 2007). C'est cette réflexion sur les logiques de nomination des enfants dans les familles homoparentales que ce chapitre entend prolonger, en essayant de déceler les éventuelles spécificités en matière de dénomination dans les familles homoparentales d'abord puis selon qu'il s'agit de couples de pères ou de couples de mères.

3.2.2.1 Filiation et état civil dans les familles homoparentales

Dans les familles ayant eu recours à une reproduction assistée, les deux parents (et eux seuls, ce en quoi ils se conforment à l'idéal, du point de vue de notre système de parenté, d'une filiation bilatérale) ont été à l'origine du projet de procréation, ont accueilli et élevé l'enfant depuis sa naissance en étant reconnus comme tels par leur entourage. Et en même temps, ces parents se voient interdire par le droit français l'établissement d'une filiation bilatérale avec leur enfant dès sa naissance. En effet, si le Code civil reconnaît la possibilité d'un couple de parents de même sexe depuis la loi de juin 2013 et ouvre le mariage et l'adoption aux couples homosexuels, c'est seulement par le truchement de l'adoption conjugale ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. Le droit français n'admet pas que deux personnes du même sexe puissent être à l'origine d'un projet procréatif et ensuite reconnues – par simple reconnaissance ou par une présomption de parenté, sur le modèle de la « présomption de parenté » québécoise (Herbrand 2012) – comme les parents de l'enfant.

Les hommes qui ont eu recours à une gestation pour autrui se sont vus délivrer un acte de naissance étranger (en Amérique du nord pour l'essentiel ici) qui établit la filiation des deux pères ou de l'un des deux pères avec l'enfant. À deux exceptions près, aucun n'a obtenu de transcription de l'acte de naissance de son enfant à l'état civil français. Dans ces cas, l'enfant a donc un état civil étranger et des pères français. Il porte le nom de son père ou de ses pères, selon les lois en vigueur dans l'état américain ou la province canadienne où l'enfant est né.

Concernant les couples de femmes ayant eu recours à une reproduction assistée et à un don de sperme, nous nous intéresserons à deux types de situations. Dans un premier ensemble de cas, l'enfant est né en France et s'est vu délivrer un acte de naissance le reliant à sa mère qui l'a mis au monde et dont il porte le nom. Dans le second, il s'agit de couples français ou binationaux installés au Québec ; l'enfant est né au Québec et a donc, conformément à la loi de la province, un acte de naissance québécois qui porte d'emblée la mention de ses deux mères³⁶¹.

³⁶¹ Laurence Charton et Denise Lemieux décrivent comment, au Québec, les possibilités de transmission de deux

Dans toutes ces situations, les enfants sont nés avant la loi de juin 2013 dans un contexte où les parents ou futurs parents ignoraient tout à fait si un jour ils pourraient voir établi en France leur lien de filiation avec leur enfant. Cet état d'incertitude juridique associé à un débat social continu depuis plusieurs années a conduit les femmes et les hommes rencontrés à innover pour expliciter leur lien de filiation avec leur enfant, conforter leur position de parent, donner à leur foyer toute l'apparence d'une famille et renforcer leur sentiment de légitimité. Cette inventivité se donne à lire particulièrement dans la manière dont ils ont choisi de nommer leur enfant.

3.2.2.2 Des prénoms qui racontent les origines de l'enfant

Samuel (35 ans, employé) et Mathias (39 ans, cadre) sont en couple depuis dix ans. Au moment de notre rencontre, leurs deux enfants, des jumeaux, Axelle et Noam, sont âgés d'un an. Ils sont nés du recours à une femme porteuse canadienne. Mathias est juif et a grandi en Israël où la gestation pour autrui est légale et tout à fait encouragée par l'État³⁶². Les deux hommes ont eu recours à une première femme qui a donné des ovocytes et à une seconde qui a porté les enfants³⁶³. Deux embryons conçus *in vitro*, l'un avec le sperme de Mathias, l'autre avec celui de Samuel ont été ensuite implantés dans l'utérus de Julia. La grossesse s'est bien déroulée jusqu'à la naissance d'Axelle et de Noam. L'acte de naissance des deux enfants, établi dans la province de l'Ontario à la demande d'un juge, trois semaines après leur naissance, mentionne qu'ils ont deux parents : leurs deux pères. C'est plutôt Samuel qui a choisi le prénom d'Axelle, emprunté à l'une de ses grand-mères, décédée et pour laquelle il avait beaucoup d'affection. Le prénom de Noam a plutôt été choisi par Mathias, pour qui il était important de transmettre à l'un de ses enfants un prénom hébraïque. Comme l'aurait fait un prénom familial, ce prénom, évocateur de ses racines culturelles, a aussi pour vocation d'inscrire le petit garçon dans la lignée de Samuel.

La volonté de la part de couples de pères gays ou de mères lesbiennes d'inscrire leurs enfants dans leurs deux lignées est en partie un phénomène nouveau. Les pratiques observées dans les familles homoparentales connaissent en effet des évolutions rapides comme le suggèrent notamment les analyses de Martine Gross sur les termes d'adresse et de référence (Gross 2014). Jusqu'à la fin des années 1990, les enfants usaient le plus souvent du prénom pour désigner le parent non légal ou ils appelaient *marraine* la mère non reconnue à l'état civil. Désormais, dans la plupart des familles homoparentales, en particulier celles composées à la suite d'un don de sperme ou d'une gestation pour autrui, où il n'y a toujours que deux parents, les termes de référence et d'adresse sont père et mère et *papa* et *maman*, parfois suivis du prénom ; quelquefois on adopte une version atténuée de *papa* et *maman* en les traduisant en anglais ou en les transformant en *papou* et *mamou*. Ces choix se retrouvent également à l'égard de la génération ascendante, les propres parents des pères et mères étant tous

noms de famille ainsi que divers changements entourant la formation du couple, la transformation des rites familiaux et la sécularisation du cadre de nomination font du choix du prénom et du nom de famille une activité symbolique où sont redéfinis les liens de filiation et les liens généalogiques jadis prescrits par l'institution religieuse (Charton et Lemieux, 2015).

³⁶² L'ouvrage de l'anthropologue Elly Teman offre une analyse inédite de la manière dont la gestation pour autrui est organisée et mise en œuvre en Israël (Teman 2010).

³⁶³ Si le montant pouvait varier selon les circonstances, dans tous les cas analysés, la gestation pour autrui a fait l'objet de versements financiers conséquents de la part des parents d'intention, le plus souvent à une agence intermédiaire. Ces sommes servaient à rétribuer l'agence elle-même, à couvrir les frais de justice et rétribuer ou dédommager, selon le point de vue que l'on adopte, la femme porteuse et, dans une moindre mesure, la donneuse d'ovocytes. À cela s'ajoutaient les frais liés aux assurances médicales, aux frais médicaux imprévus, et aux voyages et séjours sur place. Ces questions sont importantes mais ne sont pas au cœur du rapport.

considérés aujourd'hui comme des grands-parents à part entière. Désormais, la plupart des pères gays et des mères lesbiennes souhaitent donc que leurs familles soient pleinement inscrites dans le système de parenté cognatique en vigueur en France. L'observation de ces familles nous renseigne également sur la manière dont évolue la définition de la maternité dans nos sociétés. On peut être une mère à ses propres yeux comme aux yeux de son entourage dès la naissance de son enfant sans avoir fait l'expérience de la grossesse ni de l'accouchement, mais parce que, avec la mère biologique, on a souhaité fonder une famille et faire venir au monde un enfant.

Alors que le choix du prénom paraît ces dernières décennies davantage obéir à la mode ou au désir de distinction, ou encore être le résultat de la diffusion de productions culturelles (chanson, films, etc.)³⁶⁴, un certain nombre de parents continuent à choisir les prénoms de leurs enfants en fonction de logiques de parenté. On ne peut dire si l'expérience est davantage partagée, mais donner des prénoms familiaux paraît être, pour certains parents homosexuels, un moyen de fabriquer de la parenté autour de leurs enfants. Michèle (38 ans, contrôleur aérienne) et Sonia (39 ans, ingénieure travaux public) ont été rencontrées en octobre 2015. Elles étaient ensemble depuis 22 ans. Au moment de notre rencontre, elles avaient une fille de 10 ans, Louane portée par Sonia, conçue à l'aide d'un donneur connu qui a consenti à un partage de l'autorité parentale avec Michèle, et un garçon de 7 ans, Yann, porté par Michèle, conçu par insémination artificielle avec don de sperme anonyme en Belgique. Les deux enfants portent des prénoms bretons parce que les deux femmes sont bretonnes. Louane porte deux autres prénoms. Son troisième prénom est le nom de la mère de Michèle. Et réciproquement, le troisième prénom de Yann est le nom de la mère de Sonia. Le fait que le prénom de la mère de Michèle soit donné avant celui de la mère de Sonia n'est pas tout à fait le fruit du hasard ; c'est une manière de renforcer symboliquement l'ancrage dans la lignée de Michèle.

L'anthropologie de la France rurale a en effet bien montré que, depuis l'introduction des prénoms secondaires, les deuxième et troisième prénoms étaient puisés dans le stock des prénoms familiaux (Zonabend 1979 : 62), qu'il s'agisse ou non, comme c'était le cas autrefois ailleurs en Europe, à Florence ou dans l'île de Karpathos, de « refaire » le nom d'une personne décédée dans la parenté, un aïeul ou un germain (Klapisch-Zuber 1980 ; Vernier 1980).

Si des parents homosexuels donnent un prénom familial à leur enfant, c'est sur le mode du choix. Ici, nulle obligation de parenté, nulle imposition du prénom par un aïeul ou un parent spirituel. Alors qu'un certain nombre de parents autrefois percevaient le choix familial du prénom de leur enfant comme une contrainte (Sangoï 1985) au point qu'ils lui donnaient un prénom d'usage de leur choix, un certain nombre d'homoparents font du choix du prénom de leur enfant un instrument pour signifier le réseau de parenté dans lequel ils souhaitent l'inscrire. Il ne s'agit pas ici, même si cela n'est pas exclu, de préserver le patrimoine onomastique familial ni de transmettre, avec son prénom, comme le remarque Christiane Klapisch-Zuber pour l'ensemble des strates de la population florentine jusqu'au XVI^e siècle (Klapisch-Zuber 1980 : 100), telle qualité supposée du défunt ou de la défunte ni encore d'incarner provisoirement un nom. L'objectif des parents est plutôt de signifier à l'enfant, aux membres de la parenté, aux proches et aux moins proches ses inscriptions lignagères contestées par l'ordre juridique et politique. Ici, donc, la référence à la lignée et au groupe de parenté est de prime importance. Nous allons voir qu'en matière de noms de famille, pour les couples gays et les couples lesbiens, l'inscription lignagère n'a pas la même dimension.

³⁶⁴ Voir notamment Coulmont 2014 ; Bozon 1987 ; Desplanques 1986 ; Perouas et al. 1984.

3.2.2.3 Donner à ses enfants un double nom, l'inscrire dans ses deux lignées paternelles ou maternelles

Arthur (48 ans, cadre) et Benjamin (45 ans, cadre) ont deux garçons, Léandre, 7 ans et Barthélémy, 4 ans. Ils ont été mis au monde par la même femme, Mircella, dans le cadre d'une gestation pour autrui aux États-Unis. Arthur est le géniteur des deux enfants puisqu'Erwan ne pouvait pas donner son sperme. À la naissance des enfants, un premier certificat de naissance a été établi, mentionnant pour chacun d'eux un père (son géniteur) et une mère (Mircella). Cet acte de naissance a été transcrit à l'état civil français sur lequel chaque enfant a donc une mère et un père et porte le nom de son père ; ils ont également obtenu un certificat de nationalité française. En 2014, Benjamin a pu recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint aux États-Unis et devenir officiellement lui aussi le père des garçons – Mircella, déjà mère de son propre enfant conçu avec son mari, ayant renoncé, comme elle l'avait prévu, à ses droits maternels. À l'acte de naissance initial américain a donc été substitué un nouvel acte mentionnant que Léandre et Barthélémy ont deux pères. Désormais, ils ont à l'état civil américain les noms de leurs deux pères dans le même ordre : d'abord celui d'Arthur, qu'ils portent depuis leur naissance, puis celui de Benjamin.

Les deux enfants ont, dans les deux lignées, des grands-parents très investis. Arthur et Benjamin se souviennent que la mère de Benjamin avait tout de même été troublée après l'annonce de leur projet d'enfant :

« Je me souviens, au début elle n'était pas sûre qu'elle puisse le considérer comme son petit-fils... parce que je ne suis pas le père biologique. Je me souviens maintenant qu'elle a mis du temps à comprendre. Ça avait été une source d'interrogations. Est-ce qu'elle serait vraiment la grand-mère ? Quelle serait sa place par rapport à cet enfant [c'était avant la naissance de Léandre] ? Je sais qu'il y avait ces remarques : « de toute façon, je ne suis pas sa grand-mère », et je lui disais : « moi je serai son père, donc il ne tient qu'à toi d'être sa grand-mère ». » (Benjamin)

Aujourd'hui, ces interrogations initiales sont presque oubliées. Pour Benjamin, pouvoir adopter ses enfants a été un moment très important. Non qu'il se soit senti davantage père une fois l'adoption prononcée mais, explique-t-il, mais parce que les enfants sont ainsi mieux protégés et que, le moment venu, il pourra leur transmettre son patrimoine. Mais son mari évoque une autre raison : les enfants peuvent désormais porter leurs deux noms. Lorsqu'ils ont reçu les nouveaux passeports américains des enfants, Arthur les a aussitôt montrés à sa belle-mère : « c'était aussi très important de lui montrer le passeport américain, et de lui montrer que son nom de famille était inscrit ». À bien y réfléchir, Benjamin admet que pour lui aussi, il était important que ses enfants portent son nom :

« Là, j'aurais envie de te dire : 'je m'en fiche, ça fait beaucoup de soucis, de procédures'... Mais en fait, ce n'est pas vrai. En fait, je ne m'en fiche pas. Au tout début, j'étais quand même très angoissé. Ça me perturbait de savoir que légalement je n'étais rien pour les enfants. En effet c'est important qu'il y ait des papiers qui reconnaissent le lien que j'ai avec les enfants. Même si au quotidien ça ne change rien. » (Benjamin)

Il n'est pas certain que la plupart des parents hétérosexuels régulièrement inscrits sur l'acte de naissance de leur enfant s'interrogent sur l'intérêt de transmettre leur nom. En France, en dépit de la loi de 2002 qui autorise la transmission du double nom comme nom de famille (le même à tous les enfants d'un couple), dans la grande majorité des cas, les parents choisissent la transmission à l'enfant du seul nom du père (Descoutures, 2015). Sur l'ensemble des enfants nés en France en 2014, 83% portaient le seul nom de leur père (Rault, 2017 : 148)³⁶⁵.

³⁶⁵ Il faut toutefois noter sur le plan empirique cette question demeure très peu étudiée dans la littérature.

Wilfried Rault considère que, malgré la loi sur le double nom, les analyses de Danièle Combes et Anne-Marie Devreux (1991 : 239) sont toujours d'actualité et que les femmes auraient tout à fait intériorisé la norme de transmission du nom du père (Rault, 2017 : 142). La persistance de la transmission privilégiée du nom paternel est sans doute à mettre également en relation avec l'habitude, toujours très ancrée, de beaucoup de femmes qui se marient à prendre pour seul nom d'usage le nom de leur mari ³⁶⁶ (Jeauffreau, 2005, Vasseur-Bovar, 2017). La différence réside dans le fait que les femmes appartenant aux jeunes générations feraient ce choix après y avoir réfléchi et tout en sachant que rien ne les y oblige :

« Dès lors qu'il devient un choix, les femmes peuvent s'en saisir, l'utiliser comme signal de lien familial, le transformer en petit geste affectueux destiné à l'époux, s'en servir pour dissimuler un patronyme pénible, le prendre comme moyen de séparer vie professionnelle et vie privée... Toute une gamme de significations s'ouvre. Et cela se fait dans la légèreté, sans y accorder finalement beaucoup d'importance, avec un rapport souple au nom, une capacité certaine à se détacher d'un patronyme peu investi de représentation identitaire » (Vasseur-Bovar, 2017 : 196-197).

Les familles composées par deux pères ayant sollicité une gestation pour autrui offrent à voir des situations où l'absence d'un double nom sur l'acte d'état civil des enfants redouble l'occultation d'une des deux lignées. Les couples de mères reconnues comme deux mères à la naissance de leur enfant au Québec ou qui ont dû pour cela passer en France par une adoption intraconjugale, peuvent expliquer ainsi le choix d'un double nom pour leurs enfants, mais elles évoquent également une autre raison : l'une d'elle n'a pas porté leur enfant ni peut-être même connu l'expérience de la grossesse.

Célia (personnel de santé), et Renée (développeuse web), ont 41 ans. Célia est française et Renée est américaine. Elles se sont rencontrées en France, il y a huit ans, et ont décidé au bout de trois ans de partir vivre aux États-Unis. Elles y sont restées un peu plus d'un an puis se sont installées à Montréal où elles vivent depuis. Leur fils, Simon, âgé d'un an, a été conçu au Québec dans le cadre d'une fécondation *in vitro* avec un ovocyte de Célia et le sperme d'un donneur. C'est Célia qui l'a porté. Elles ont le projet d'avoir un deuxième enfant. Célia ne pouvant plus mener une grossesse à son terme, c'est Renée qui le portera. Mais celui-ci sera aussi conçu dans le cadre d'une fécondation *in vitro* avec un ovocyte de Célia et le sperme d'un autre donneur ressemblant physiquement au premier dont aucun spermatozoïde n'était plus disponible. Simon a un état civil québécois. Son nom est composé des deux noms de ses deux mères avec, en première position, celui de Renée, parce qu'elle ne l'avait ni conçu, ni porté.

Michèle et Camille, entrepreneures et responsables ensemble de leur petite entreprise, sont en couple depuis 21 ans au moment de notre rencontre. Elles ont respectivement 55 et 45 ans et vivent au Québec depuis 11 ans. Elles ont deux enfants, mis au monde sur le sol québécois par Michèle, quelques mois après leur installation. Elles avaient eu recours à une assistance médicale à la procréation avec don de sperme en Espagne, avant leur départ de France. Sur leur acte de naissance québécois, les enfants ont deux mères et leur nom est composé des deux noms de leurs mères. Mais Michèle a tenu à ce que le nom de Camille leur soit transmis en première position. Elles ont sollicité l'adoption de l'enfant dit de la conjointe. Dans le cadre du dossier de demande d'adoption, elles ont demandé à ce que les enfants portent les deux noms, dans le même ordre que celui adopté à leur naissance. Les deux couples formés par Célia et Renée d'une part et Michèle et Camille d'autre part avaient une conscience aiguë que la maternité lesbienne fait toujours débat et qu'une mère reste contestée si elle n'a pas porté son enfant. C'est ainsi que Michèle explique son choix quant au nom de leurs enfants.

³⁶⁶ Selon l'enquête Eurobaromètre de 1995, 98% des femmes mariées utilisaient le nom de leur mari, dont 7% l'accolaient à leur propre nom (Valetas, 2001).

Au plan légal, le nom de l'enfant est un double nom, mais dans la vie quotidienne, il n'est pas rare, en particulier dans la société française où le double nom est une nouveauté, que seul le premier nom de l'enfant soit retenu pour le désigner. Que la mère biologique ait tenu à ce que le premier nom des enfants soit celui de sa compagne a donc une signification particulière. En première position, le nom transmis par Camille, la mère qui n'a pas porté ses enfants, est donc moins susceptible d'être occulté.

L'attention portée par la plupart des couples lesbiens rencontrés à la transmission du nom, en particulier du nom de la femme qui n'a pas porté les enfants est sans doute une spécificité de ces couples. Les mères hétérosexuelles qui ont eu recours à une GPA avec leur mari et rencontrées à l'occasion d'une autre enquête (Courduriès 2017) sont dans une situation à première vue comparable à celle des mères non biologiques dans les couples lesbiens : elles n'ont pas porté leur enfant. Pourtant, que l'on ait pu utiliser leurs ovocytes ou qu'elles aient dû recourir à une donneuse, jamais les mères hétérosexuelles ayant sollicité une femme porteuse n'ont dit éprouver le besoin que leur enfant porte aussi leur nom à l'état civil américain. Dans un cas parmi ceux analysés par Jérôme Courduriès, le père l'a proposé. Mais dans les sept autres, les enfants portent le nom de leur père, comme toujours une grande majorité des enfants nés en France. L'étude réalisée par Laurence Charton et Denise Lemieux (2015) auprès de 25 familles hétéroparentales a montré qu'une majorité d'entre elles (17 cas) avait choisi de transmettre le nom du père, d'autres moins nombreuses avaient fait le choix d'un nom composé (5 cas), enfin d'autres encore avaient choisi une alternance des noms du père et de la mère (au Québec, contrairement à la France, il est possible de donner un nom différent à chaque enfant) au sein d'une même fratrie. Aux yeux des mères lesbiennes, donner un double nom à leur enfant apparaît donc comme tout à fait important alors que, chez les mères hétérosexuelles n'ayant pas porté leur enfant et ayant eu recours à une GPA, cela paraît superflu. Les mères hétérosexuelles comme les mères lesbiennes qui ont porté l'enfant proposent ou préfèrent que le premier nom de l'enfant soit celui de leur partenaire (homme ou femme) qui n'a pas porté l'enfant. Porter l'enfant donne un statut certain de mère, ne pas le porter entraîne une incertitude tant pour la mère non porteuse dont le statut est fragilisé que pour le père dont la paternité, selon l'adage, est incertaine. Tant le père que la mère non porteuse sont dans la même situation aux côtés de la mère (hétérosexuelle ou lesbienne) qui a porté l'enfant. Pour comprendre cette différence, il faut prendre en compte la dimension relationnelle dont l'anthropologie a montré depuis la Mélanésie qu'elle contribue à définir la personne, son genre et, par conséquent le registre des pratiques disponibles (Strathern 1988). Dans le cas des couples hétérosexuels ayant fait appel à une femme porteuse, la mère intentionnelle, qu'elle ait ou non fourni ses ovocytes pour procréer, est reconnue par tous comme la mère dès les prémices du projet d'enfant et une fois l'enfant arrivé dans le foyer ; en outre, son mari, la reconnaissant d'emblée comme la seule mère, lui a délégué l'essentiel des relations avec la femme porteuse. Dans le cas des couples lesbiens, que les deux femmes soient considérées comme les mères de l'enfant ne va pas de soi. Les représentations d'une maternité reposant sur le lien biogénétique mais surtout sur l'expérience de la grossesse et de l'accouchement sont encore très ancrées dans l'esprit de tous et, malgré toute la bienveillance dont les proches peuvent faire preuve, il est régulièrement rappelé aux couples de mères que celle qui a mis l'enfant au monde est un peu plus mère que l'autre. On peut aussi faire l'hypothèse que les mères lesbiennes sont davantage déprises des attentes normatives qui encadrent la maternité hétérosexuelle et qui continuent à privilégier la transmission du patronyme au détriment du matronyme. Chez elles, aucun père ; elles peuvent donc envisager sereinement de transmettre les deux matronymes.

Revenons à la famille de Mathias et Samuel. Chacun des deux pères a transmis son nom aux deux enfants, si bien que les enfants, sur leur acte de naissance établi en Ontario, portent leurs

deux noms. Au moment où nous nous rencontrons, les enfants n'ont pas d'état civil français. Leurs pères, non mariés, avaient demandé, plusieurs mois auparavant, un certificat de nationalité française et une transcription de l'acte de naissance de leurs enfants à l'état civil français ; aucune de ces demandes n'avait abouti. Si bien que les deux enfants sont canadiens tandis que les deux parents sont français.

Pour les deux hommes, « avoir un enfant biologique un jour était important ». Samuel a particulièrement insisté sur cette dimension ainsi que sur l'importance pour lui de transmettre son nom à ses enfants. Mathias est le géniteur d'Axelle et Samuel celui de Noam. Malgré l'importance que représentait initialement pour eux ce lien génétique, ils se disent très attachés à leurs deux enfants, et précisent même avoir chacun un lien privilégié avec son enfant non biologique. Les deux pères invoquent le sang pour définir leur paternité mais aussi d'autres éléments comme les affects et le nom. Avoir un enfant, un fils particulièrement, était important aux yeux de Samuel :

« Il y a une fierté familiale, le fait de pouvoir dire à mon père que j'ai un fils : « c'est ton petit-fils biologique », même si je crois que lui préfère Axelle ... Alors c'est peut-être arriéré comme discours mais pour moi ça avait une importance, qu'ils aient mon nom aussi. Alors ils ont les deux noms mais bon, voilà, qu'ils aient au moins mon nom... Tout ça a une importance. » (Samuel)

Alors que sa mère est décédée il y a longtemps, le sang joue dans l'imaginaire de Samuel, fils unique, un rôle important pour renforcer ses liens avec son propre père, remarié et vivant à l'étranger. Dans l'histoire de cette famille, la dimension biogénétique de la paternité apparaît prépondérante dans les choix opérés par les deux hommes pour fonder leur famille, mais aussi dans le discours qu'ils développent pour narrer l'histoire familiale. Le caractère prépondérant du sang ou des gènes dans la définition de la parenté occidentale et tout particulièrement de la paternité est documenté depuis longtemps par les sciences sociales et puise ses origines dans la genèse de l'idéologie du sang à l'époque féodale (Goody 1985). Samuel exprime un point de vue largement partagé, notamment par son père qui, peu après avoir appris que son fils allait avoir des enfants, lui avait demandé « s'il allaient s'appeler comme lui ». Il note cependant que, pour son père qui aurait un lien privilégié avec Axelle, – celle de ses petits-enfants qui n'est pas génétiquement reliée à lui – la relation avec ses petits-enfants se noue aussi sur la base de l'affection. Les couples de pères rencontrés sont les seuls à s'être référés à leurs propres ascendants, en particulier bien sûr en lignée paternelle, pour expliquer l'importance qu'avait à leurs yeux le fait que les enfants portent leur nom. Samuel s'est dit fier que ses enfants portent son nom et donc celui de son propre père. Quant à Arthur et Benjamin, parce que le nom explicite la filiation, il était important que leurs enfants portent finalement aussi le nom de Benjamin, qui, une fois l'adoption prononcée, est devenu lui aussi leur père légal. Cela permettait à leurs yeux de rassurer définitivement la mère de Benjamin sur sa place de grand-mère. Les couples de mères n'ont jamais mobilisé cet argument pour expliquer l'importance à leurs yeux du double nom. Peut-être parce que le matronyme n'a jamais été investi dans la société française de la même fonction lignagère que le patronyme. Le nom qu'elles donnent à leur enfant est peut-être surtout le leur plutôt que celui de leur père.

3.2.2.4 Le nom et le prénom pour signifier l'inscription dans deux lignées

Dans les situations où les enfants des familles homoparentales sont nés à l'étranger et disposent d'un état civil dans ce pays, lorsqu'ils en ont eu la possibilité, les parents ont transmis leurs deux noms à leurs enfants. Un certain nombre de mères ont donné le nom de la mère non biologique pour renforcer son statut. Dans les autres familles, dont l'enfant est né en France, les parents ont cherché à compenser l'absence de double filiation et l'impossibilité de

transmettre le double nom à leur enfant, en lui donnant des prénoms empruntés au stock familial ou à celui de leur région ou de leur culture d'origine. Si les couples de femmes paraissent percevoir dans la transmission du double nom la possibilité de garantir l'égalité entre les deux mères, l'ensemble des couples rencontrés, gays ou lesbiens, paraissent également attachés à ce que leurs enfants soient reconnus comme ayant deux parents et s'inscrivent ainsi dans une double lignée. En l'absence d'une loi qui puisse le garantir dès la naissance de l'enfant, un certain nombre de pères gays et de mères lesbiennes se saisissent de la transmission d'un double nom, du choix des prénoms ou même de la détermination des termes d'adresse et de référence pour signifier que leurs enfants ont bien deux pères ou deux mères. Prendre en compte les relations conjugales et familiales dans lesquelles ces mères et ces pères s'inscrivent, et pas seulement le sexe dont elles se réclament, permet de comprendre les différences observées d'une famille à l'autre. Si le genre est considéré dans nos sociétés comme une propriété de la personne, la prise en compte, dans un certain nombre de situations, du réseau de relations dans lequel sont inscrits les individus souligne ce qui échapperait autrement à notre compréhension. Pour Marilyn Strathern, l'idée selon laquelle les relations ont une part prépondérante dans la définition de la personne ne vaudrait que pour les mondes non occidentaux. D'autres auteurs pensent au contraire que le partage entre les perceptions occidentale et non occidentale de la définition de la personne n'est pas aussi net (Porquieres i Gené 2015, Théry 2008).

Le refus de transcrire intégralement sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance étranger et donc la double filiation maternelle ou paternelle, s'accompagne de l'impossibilité pour l'enfant né à l'étranger de conserver à l'état civil français les deux noms de famille qu'il a souvent reçus de ses parents dans le pays où il est né. Par ailleurs, tous les couples de parents homosexuels, pour être reconnus comme tels en France, ne peuvent pas simplement reconnaître l'enfant à sa naissance, il leur faut solliciter l'adoption intraconjugale. Les mères voient dans ce mode de fabrication de l'identité civile française de leur enfant une violence redoublée à l'égard de la mère qui n'a pas accouché et les pères qui ont eu recours à une gestation pour autrui y voient une violence redoublée à l'égard de celui qui n'a pas donné son sperme.

Les enquêtes disponibles montrent que les mères hétérosexuelles françaises dans leur grande majorité ne transmettent pas leur nom alors qu'elles en ont désormais la possibilité. Il est intéressant de constater que pour les mères rencontrées, la transmission de leur nom est une composante importante de la filiation. Cela s'explique sans doute par les contestations toujours existantes de l'homoparentalité et par le fait qu'en France, la loi ne leur donne pas cette possibilité à la naissance de l'enfant. Quelques entretiens laissent toutefois penser que la transmission du nom de la mère non biologique paraît aussi être un enjeu important pour ses propres parents. Leur fille étant privée de son statut de mère par l'état civil français, ils sont également privés de leur statut de grands-parents quand leur petit-fils ou leur petite-fille ne porte pas leur nom, autrement dit le nom de son grand-père non biologique. Le nom de la mère non biologique est en ce sens un patronyme, au sens du nom hérité en lignée paternelle. Il est aussi sans doute un matronyme parce que ce nom est celui des deux mères, parce que sa transmission à leur enfant porte en elle-même la spécificité et la légitimité de leur projet parental et parce qu'à la génération suivante, les petits-enfants pourront, si leurs parents le souhaitent, recevoir le nom de leur grand-mère. Les familles composées par des couples de femmes ont ceci de spécifique qu'elles favorisent, à la condition que la possibilité leur en soit donnée par l'état civil, la transmission des noms féminins.

3.3 Le poids du biogénétique

L'anthropologue américain David Schneider, dans son ouvrage *American kinship* (1968), a montré que l'idéologie euro-américaine de la parenté se caractérisait par la centralité des faits biologiques de la reproduction. Pour le dire autrement, les liens de filiation relient de manière préférentielle les enfants avec le couple de parents qui les a conçus en son sein et qui les élèvent. Énoncé ainsi cela paraît relever de l'évidence. En cela, le sentiment d'évidence illustre bien l'état de notre idéologie de la parenté : les parents d'un enfant sont ceux qui l'ont conçu ensemble, mis au monde, et qui l'élèvent. Néanmoins, l'analyse des situations invite à une plus grande prudence. D'une part, les ethnologues ont montré de longue date que d'une société à l'autre les savoirs relatifs à la procréation et au fonctionnement du corps humain peuvent être très variables et que la reproduction ne suffit pas à faire des parents et des enfants. Ainsi, dans certaines sociétés africaines un enfant peut avoir plus de deux parents concomitamment ou consécutivement (par exemple les parents géniteurs et leurs germains du même sexe) ou encore dans des sociétés sud-américaines, océaniques ou africaines, le confiage³⁶⁷ ou l'adoption d'enfant peuvent être si fréquents qu'ils deviennent la norme et que les parents véritables sont davantage ceux qui élèvent et nourrissent l'enfant plutôt que ceux qui l'ont conçu et mis au monde.

En occident, le modèle de parenté est calqué sur celui de la reproduction biologique, et donc « caractérisé à la fois par la bilatéralité (la filiation est transmise par les deux branches, paternelle et maternelle) et par l'idéologie du sang, celui-ci étant censé être le vecteur de transmission des caractères, physiques et moraux, d'une même lignée » (Fine 2001, 71). Du point de vue des représentations largement partagées dans nos sociétés, un enfant aurait donc deux parents de sexe différent, pas un de plus, pas un de moins. Voilà une norme de parenté qui explique que l'ouverture de la filiation, en France et dans d'autres pays, aux parents de même sexe ne soit pas toujours allée de soi et même ait pu susciter, tout particulièrement en France, une réaction forte, bruyante et parfois violente d'une partie de la population. Mais l'existence de normes qui organisent notre système de parenté ne signifie pas que ces normes sont immuables : l'évolution des lois dans le domaine de la famille et de l'état de l'opinion qui, depuis quelques décennies, reconnaissent d'une manière croissante la pluralité des formes familiales, en témoigne.

Les aspects biogénétiques de la parenté sont parfois aussi mobilisés, concrètement ou symboliquement, comme une métaphore des liens de parenté (Fine et Martial, 2010) ou pour valoriser et légitimer certains liens familiaux dans un contexte où leur reconnaissance fait défaut. Ainsi certaines femmes décident par exemple de porter l'embryon formé à partir de l'ovule de leur conjointe ou bien choisissent un donneur de sperme apparenté à cette dernière afin de créer un lien biologique à son égard. Les membres d'un couple gay recourant à une GPA, quant à eux, donnent parfois tous les deux leur sperme et demandent à ce que deux embryons soient implantés sans connaître a priori qui en serait le géniteur (voir aussi Gross, 2012 et Smietana et al., 2014).

L'ambivalence du biologique et de sa signification s'illustre également dans l'importance que les parents d'intention accordent à sélectionner un donneur de gamètes qui ressemble physiquement au futur parent non biologique et à trouver des ressemblances entre celui-ci et l'enfant. Comme le montrent les travaux en la matière (Becker, Butler et Nachtigall, 2005), il ne s'agit pas seulement d'un moyen de dissimuler les problèmes d'infertilité et le recours à un donneur de gamètes, mais aussi d'instaurer « là où, au niveau biologique, il existe une

³⁶⁷ En anthropologie de la parenté, le confiage d'enfant consiste dans le fait de confier un enfant pour une durée plus ou moins longue qui peut être de quelques semaines, quelques mois ou quelques années, à un membre du groupe de parenté (une grand-mère, une tante, un oncle, une sœur) ou du voisinage.

discontinuité [...] une continuité au niveau du visible » (Fortier, 2009 : 272). Le registre du corps et de la génétique peut ainsi agir, dans certains contextes, comme une métaphore des liens de parenté, en particulier ceux qui comptent le plus (Edwards, 2009 : 322).

La prégnance du biogénétique dans la définition des liens de parenté dans les sociétés occidentales contemporaines ne signifie pas pour autant que le corps est le seul registre de référence. Les liens de parenté sont aussi bien sûr des liens éminemment sociaux. Considérer le monde social et le monde naturel comme des mondes séparés est en effet une impasse dans ce contexte (Strathern, 1992, Edwards, 2009).

Les techniques d'assistance à la reproduction ébranlent la représentation et les faits de la sexualité procréative et permettent de faire de la conception un moment distinct de la sexualité et de l'union du couple (Edwards, 2004). Le rôle du coït sexuel identifié par David Schneider (1968) dans l'établissement des liens de filiation s'en trouve ainsi amoindri, cela d'autant plus que ces techniques « permettent de combler ce que le coït n'est pas lui-même en mesure de produire, de corriger ainsi le processus naturel de la procréation » (Déchaux, 2014). Mais le recours à la médecine procréative est paradoxal. En même temps que l'AMP paraît amoindrir l'influence de l'union sexuelle conjugale du point de vue de la fabrication du lien entre parent et enfant, il n'en reste pas moins que si l'on recherche son concours, c'est bien dans le but d'avoir un enfant relié à soi par un lien corporel, aussi ténu soit-il (Franklin, 1997, Gross, Courduriès et de Federico, 2014).

3.3.1 Pères gays

Après avoir décidé qu'ils deviendraient pères en ayant recours à la GPA, toute une série de décisions doivent être prises. Parmi les premières questions que se posent les futurs pères, celle de savoir qui sera le géniteur de l'enfant arrive très tôt. Ils doivent également décider s'ils souhaitent un seul enfant, quitte à effectuer un nouveau parcours de GPA ultérieurement pour avoir un autre enfant, ou s'ils tentent d'avoir des jumeaux, en implantant plus d'un embryon dans l'utérus de la femme qui a accepté de porter leurs enfants. S'ils choisissent d'avoir d'abord un seul enfant, ils doivent donc décider qui donnera son sperme. Dans le cas de jumeaux, il leur faut décider si les embryons implantés seront tous conçus avec le sperme du même père ou bien si une partie des embryons sera conçue avec le sperme de l'un et l'autre partie avec le sperme de l'autre. De sorte que des jumeaux qui naîtraient de ces embryons pourraient avoir le même géniteur comme avoir deux géniteurs différents.

Compte tenu de notre idéologie de la parenté, il est évident que l'existence d'un lien biogénétique entre l'enfant et un seul de ses parents, paraît, au moins dans un premier mouvement, privilégier un des deux parents. Quelques couples d'hommes cherchent à résoudre ce problème potentiel en recourant à diverses stratégies (Murphy, 2013). Après s'être souvent interrogés sur les raisons qui décideraient lequel des deux hommes donnerait son sperme, quelques-uns s'attachent à brouiller les pistes et maintenir autour de l'origine génétique de l'enfant une relative indétermination.

3.3.1.1 *Quel père biologique ?*

3.3.1.1.1 « *Chacun son tour* »

S'ils ont d'abord un seul enfant, les couples de pères prévoient que le deuxième sera génétiquement relié au deuxième père (celui qui n'était pas le géniteur du premier). Cette stratégie du « chacun son tour » avec le même « tiers de procréation » est d'ailleurs également

utilisée chez les lesbiennes qui utilisent le sperme d'un même donneur pour leur deuxième enfant portée par celle qui n'avait pas porté le premier (Gross, 2008; Hayden, 1995).

De surcroît, les couples de pères choisissent de préférence la même donneuse d'ovocyte afin que les enfants soient tout de même reliés entre eux par un lien génétique.

Axel (35 ans, en couple depuis 10 ans avec Yann et avec lequel il a un enfant né d'une GPA) ont un petit garçon âgé de 8 mois, dont Yann est le géniteur. Ils ont décidé de n'avoir d'abord qu'un seul enfant tout en prévoyant d'en avoir plus tard un second :

« Et autant ça a été un sujet forcément discuté de se dire « qui est le papa ? ». L'aspect biologique, ça a été un petit sujet qu'on a vraiment vite écarté parce qu'en fait on sait qu'on va en faire un deuxième derrière, donc ce sera l'autre qui sera père. Et aujourd'hui c'est plus du tout un sujet quoi. Je me sens père de Marcel autant que Yann. » (Axel)

Damien (43 ans, en couple depuis 14 ans avec Christophe, lui-même âgé de 45 ans, depuis 14 ans, 2 enfants âgés de 7 ans et 4 ans et demi nés de GPA aux États-Unis) ne relate pas la même histoire. Lorsqu'ils ont initié une GPA, dans un premier temps ils ont pensé tous les deux qu'il serait judicieux que Christophe, aîné de deux ans au sein du couple, soit le géniteur. Mais d'autres raisons l'ont emporté et les ont conduits à décider que Damien serait le géniteur :

« Notre idée au début est de ne pas en avoir qu'un, c'est d'avoir deux enfants. Donc le premier, à y passer, on va dire, aurait dû être Christophe puisque l'âge venant, il fallait s'y mettre. Et petit à petit, on s'est rendu compte que pour lire tous les contrats, pour se déplacer sur place, pour communiquer avec Susan et avec Tom [la femme porteuse et son mari], l'anglais était indispensable. Donc on a dit, moi, je vais passer en premier, comme ça, on va débroussailler le terrain. Et pour l'autre GPA, ça sera plus facile après. » (Damien)

Recourir à une gestation pour autrui dans un pays étranger, où on parle une autre langue, rajoute aux difficultés inhérentes à toute GPA, pour bien comprendre les documents administratifs et juridiques à compléter mais aussi et peut-être surtout lorsqu'on se préoccupe d'établir une relation avec la femme porteuse et sa famille. Il leur a donc paru important que Damien soit le premier à donner son sperme. Quelques mois à peine après la naissance de leur petit garçon, ils ont entamé de nouvelles démarches pour une autre GPA, avec la même femme porteuse. Cette fois, c'est Christophe qui a donné son sperme et qui est maintenant le père géniteur de leur petite fille. Ils ont donc aujourd'hui deux enfants, un garçon dont Damien est le géniteur et une fille dont le géniteur est Christophe. Ils auraient voulu recourir à la même donneuse d'ovocyte mais sa situation maritale avait changé et son nouveau compagnon ne souhaitait pas qu'elle soit donneuse. Cependant, s'ils ne sont pas reliés au plan génétique, leurs deux enfants considèrent Susan, la femme qui les a portés et mis au monde et qu'ils connaissent très bien, comme une sorte de mère (ils l'appellent parfois « maman Susan ») ; quelques fois même la petite fille parle des filles de Susan comme de ses « sœurs ». Ces deux enfants ont deux géniteurs et deux génitrices différentes, mais ils sont issus du même ventre. Sans que l'on puisse dire ce qui, du ventre partagé, de l'histoire que leurs parents leur ont racontée ou des relations qui se sont construites au fil du temps est le plus déterminant, ni développer ici plus avant, les deux enfants paraissent bien avoir en commun des liens privilégiés avec leur *surrogate* et sa propre famille.

3.3.1.1.2 Jumeaux « croisés »

Il ressort des entretiens menés avec les pères gays que le lien biologique compte pour certains au point de vouloir certes être le géniteur du premier enfant mais aussi d'envisager la naissance simultanée de deux enfants conçus grâce au sperme de chacun des deux pères.

Dans un certain nombre de situations en effet, de leur propre initiative ou à l'invitation des médecins de la procréation, des couples gays décident l'implantation de deux embryons au moins, l'un conçu avec le sperme d'un des deux hommes, l'autre conçu avec le sperme du second. Ainsi, à l'issue d'une grossesse, naissent deux enfants qui ont deux géniteurs différents. Faute de mots plus adéquats, c'est ce que nous appellerons des jumeaux « croisés ». Cette technique est perçue comme une possibilité de réduire le déséquilibre potentiel entre les deux pères. Cette forme de gémellité peut constituer une des stratégies évoquées pour réduire l'asymétrie paternelle induite par le lien biologique à l'enfant (Murphy, 2013).

Lorsqu'ils ont décidé que soient implantés plusieurs embryons dans le but d'avoir des jumeaux, les pères gays rencontrés ont dans la majorité des cas utilisé le sperme de l'un et de l'autre afin de se donner une chance d'être tous les deux pères génétiques. Mais, si cette stratégie, pour des raisons médicales ou physiologiques, n'a pas pu être mise en œuvre et qu'un seul enfant voit le jour, certains choisissent de ne pas savoir qui est son père génétique et, lorsqu'ils le savent, il n'est pas rare que les deux hommes décident de ne pas révéler l'information à leurs proches de manière à réduire l'impact du lien génétique sur l'attachement des proches – chacun ayant bien entendu à l'esprit que savoir si un lien génétique les relie à leur petit-fils ou leur petite-fille peut avoir une incidence sur la nature du sentiment grand-parental par exemple.

Sylvain (35 ans) et Bernard (40 ans) ont des jumeaux « croisés » âgés de 4 ans et demi nés aux Etats-Unis. Ils souhaitent être considérés comme les deux pères des deux enfants :

« Ce sont des jumeaux. Biologiquement on est lié chacun à un des deux enfants. On a une donneuse d'ovocyte, une seule, (...) ça nous semble important vis-à-vis de nos enfants que les gens considèrent bien qu'on a chacun 2 enfants et non pas que chacun en a un. Au travail, tout le monde est au courant mais je n'ai pas dit lequel est mon enfant biologique car je ne souhaite pas avoir des remarques : ton fils et la fille de Bernard. » (Sylvain)

Dylan et François, en couple depuis 16 ans ont un enfant âgé de deux ans et demi et né aux Etats-Unis. Dans ce cas, deux embryons ont été transférés, mais un seul enfant est né. Ils avaient également choisi d'implanter deux embryons, l'un conçu avec le sperme de Dylan, l'autre avec celui de François. Ils n'ont pas souhaité savoir qui des deux est le géniteur de leur fille :

« Dylan : On a fait un double don, en parallèle, François et moi. Aujourd'hui on ne sait pas qui est le père biologique. (...) On souhaitait avoir des jumeaux. Il y avait double insémination³⁶⁸ donc on ne sait pas qui est le père biologique. Par contre, on a fait un test ADN, le résultat est à l'agence, dans une enveloppe, si jamais il y a besoin pour une raison x ou y, ou si elle, elle veut »

Intervieweur : Pourquoi, était-ce important, de ne pas savoir ?

Dylan : Pour pas mettre de hiérarchie entre un parent social et un parent biologique... c'est pour ça d'ailleurs que dès qu'on a pu mettre le certificat de naissance à nos deux noms, on l'a fait assez vite. On ne voulait pas qu'il y ait un parent fantôme. »

³⁶⁸ L'enquête utilise l'expression « double insémination » mais il s'agit en réalité d'un double transfert d'embryons de l'un et de l'autre.

Pablo (55 ans) et Jacques-Antoine (58 ans), en couple depuis 20 ans, ont des jumeaux « croisés » âgés de 8 ans nés aux États-Unis. Eux non plus n'ont encore révélé à personne qui est le père génétique de quel enfant, même s'ils savent ce qu'il en est.

« C'est quelque chose qu'on garde pour nous. On le sait depuis le départ. On a fait les tests au cas où on serait embêté au Consulat ou par ailleurs quelqu'un pouvait nous confronter à une situation désagréable, donc on l'avait demandé à la maternité même ; tout de suite on avait demandé les tests génétiques. On les a eus et on les a archivés dans la même chemise avec le livret de famille. Dans cette chemise, si les enfants veulent un jour le consulter ils pourront le consulter. Mais nous entre nous, adultes, on n'en parle pas et avec les enfants on n'en parle pas non plus. (...) personne ne le sait sauf Jacques-Antoine et moi. » (Pablo)

Max (43 ans) et Michel (44 ans), en couple depuis 20 ans ont eux aussi des jumeaux « croisés » âgés de 8 ans nés aux États-Unis. Eux, par contre ne savent pas quels sont leurs géniteurs et n'ont pas même cherché à le savoir.

« En fait, la donneuse d'ovocyte a eu quinze ovules dont douze à maturité, six fécondés avec le sperme de Christian et six avec le mien. Et au bout de 5 jours, l'embryologiste a implanté deux embryons sur les quatre qui étaient potentiellement implantables, sans qu'on sache à qui ils sont. Donc ils sont peut-être nés tous les deux biologiquement de Michel ou tous les deux de moi, ou d'un de chaque, mais en fait comme on se moquait de le savoir, la question ne se posait pas. (...) On se disait que nos familles respectives se sentiraient tout autant impliquées l'une que l'autre dans la mesure où certains d'entre eux attacheraient de l'importance au biologique. » (Max)

Pour tous ces hommes, il s'agissait de faire en sorte qu'il soit difficile de déterminer, au moins dans leur entourage, qui des deux pères est le géniteur. Il serait cependant erroné de déduire de ces quelques situations que le lien biologique n'a aucune importance pour les pères gays qui ont projeté la naissance de jumeaux « croisés ». Dans les cas que nous venons de passer en revue, le caractère génétique de la filiation, si elle paraît, aux yeux de chacun des deux pères, de moindre importance, il constitue une norme de parenté suffisamment puissante pour que les parents essaient de la neutraliser. Mais il y a d'autres situations où, explicitement, décider d'avoir des jumeaux « croisés » est un moyen de s'assurer qu'aucun des deux pères ne soit lésé et que chacun puisse être génétiquement relié à un de ses enfants.

Mathieu (39 ans) et Samuel (35 ans), en couple depuis dix ans, ont des jumeaux « croisés » âgés de huit mois nés au Canada. Chacun d'entre eux témoigne d'un attachement important, même s'il n'est pas exclusif, à la dimension biogénétique de leur paternité. Cet attachement à la génétique n'est pas du seul ressort des deux pères. Samuel, laisse entendre, dans la discussion que nous avons eue avec tous les deux, qu'être le père biologique de son enfant, dans sa famille, c'est quelque chose d'important, que cela veut dire quelque chose.

« Samuel : On avait quand même profondément envie... enfin moi je pense, peut-être toi aussi, d'avoir des enfants à nous, avec un lien biologique quand même quelque part. ... J'avais envie d'avoir un enfant à moi.

Mathieu : Je sais que pour Samuel, la petite c'est sa fille. Et moi bizarrement, je me suis beaucoup plus attaché à Noam ; lui est beaucoup plus attaché à Axelle, alors qu'on les aime tous les deux.

Samuel : C'est vrai que pour moi c'était important d'avoir un enfant biologique un jour. Ça avait une importance. (...) il y a une fierté familiale, le fait de pouvoir dire à mon père aussi, j'ai un fils, c'est ton petit-fils biologique aussi. Alors c'est peut-être arriéré comme discours mais pour moi ça avait une importance. »

Ce faisant, se dessine une autre idée qui laisse penser que les couples parentaux de même sexe

ne véhiculent pas un modèle familial en totale rupture avec les conceptions ordinaires de la parenté dans nos sociétés : ce couple de pères reste attaché à l'idée que le lien biogénétique constitue un ciment entre les générations.

3.3.1.2 Recourir ou non à une donneuse d'ovocyte

La plupart des hommes rencontrés ont eu recours à une donneuse d'ovocyte. C'est ce qui leur est proposé par les agences américaines qui organisent la GPA. Cependant, certains hommes ont choisi (d'autres l'ont envisagé) de ne recourir qu'à une seule femme pour concevoir et porter leur enfant. Parmi les raisons de ce choix, est souvent invoquée la nécessité d'avoir une histoire simple à raconter à leur enfant.

Pour certains, comme Philippe et Michel, 40 ans tous les deux, en couple depuis 13 ans et pères de 3 enfants nés de GPA aux Etats-Unis, cette décision est le fruit des circonstances. Dans l'État dans lequel ils avaient initié le processus de GPA, il était imposé de recourir à une *surrogate* et à une donneuse d'ovocytes distinctes :

« On ne savait peut-être pas trop, mais en fait, on s'est retrouvé dans un état où de toute façon on avait pas le choix. Il y a des états qui offrent encore l'opportunité de choisir MPA³⁶⁹ ou GPA, nous on était dans un état qui n'autorisait que la GPA. » (Philippe)

Damien (43 ans, en couple depuis 14 ans avec Christophe, lui-même âgé de 45 ans, depuis 14 ans, 2 enfants âgés de 7 ans et 4 ans et demi nés de GPA aux États-Unis) raconte que l'agence intermédiaire à fortement guidé leur choix :

« Nous, nous nous étions dits dit à l'époque, que ce serait mieux si on pouvait avoir les deux dans la même personne. Et c'est l'agence qui nous a dit, non, ça être vraiment trop, trop compliqué, donc on vous conseille vraiment d'avoir une donneuse d'ovocyte et une personne qui porte votre bébé. » (Damien)

Jacques-Antoine (58 ans), en couple depuis 20 ans avec Pablo (55 ans), avec qui il a des jumeaux « croisés » âgés de 8 ans nés aux Etats-Unis, témoigne du fait que distinguer femme porteuse et donneuse d'ovocyte lui paraissait assez compliqué :

« Pour moi c'était quelque chose qui me paraissait tellement compliqué, avec une donneuse, une mère porteuse. [...] le projet me semblait compliqué à mettre en œuvre et puis, je me disais pour l'enfant peut-être aussi. Je me posais des questions. Quand il va falloir qu'on lui explique qu'il y a une maman donneuse et une maman porteuse... » (Jacques-Antoine)

Patrick (39 ans) et Jonas (39 ans lui aussi) sont en couple depuis 14 ans et pères de deux jumelles « croisées » âgées de 6 ans et nées d'une GPA aux-Etats-Unis. Patrick explique sensiblement la même chose, que cela leur paraissait aussi compliqué même si finalement, comme Jacques-Antoine et Pablo, ils ont décidé de recourir à deux femmes :

« Au départ on pensait plus que la porteuse serait également la donneuse [...] On s'était posé pas mal de questions. On se disait que c'était plus facile à expliquer surtout pour les enfants. »

Pour quelques pères gays rencontrés, n'avoir recours qu'à une seule femme qui porte un enfant qu'elle a également conçu pour eux avec ses ovocytes permet de faciliter la

³⁶⁹ MPA= Maternité pour autrui. Dans la MPA, la gestatrice est aussi la génitrice. Il n'y a pas de donneuse d'ovocyte.

reconnaissance de la *surrogate* comme une mère. Dans cette perspective, la femme porteuse et donneuse est une maman. C'est en substance ce que raconte Marc (36 ans, en couple avec Fabrice, 42 ans, un enfant âgé de 9 ans, né aux Etats-Unis) :

« Maude est née en fait, non pas d'une donneuse d'ovules, mais de Regina, qui est sa maman, a porté son propre enfant. Et Regina garde contact avec nous...Donc ce qui fait que Maude a une maman, même si sa maman n'habite pas avec nous, c'est sa maman, c'est comme ça qu'on la présente, c'est comme ça qu'elle sera toujours. Donc c'est comme ça que j'ai présenté la chose à Fabrice puisque lui, il ne voyait que juste le côté, ce que beaucoup de gens à l'association font, c'est à dire une donneuse d'ovules, un ventre que l'on emprunte pour quelques mois, on fait le mélange et après on donne des nouvelles une fois l'an à la maman... Enfin une des deux, on ne sait pas trop laquelle. Donc je respecte leurs choix, mais dans ma vision de la construction de l'enfant, je trouvais plus simple que Maude ait une maman, avec qui elle garde contact, et avec qui elle aurait des nouvelles. » (Marc)

Marc rejette le modèle qui tout à la fois occulterait la maternité (lorsqu'on ne reconnaît pas la femme qui a porté l'enfant ou la donneuse d'ovocyte comme étant la mère de l'enfant) et dissocierait la femme qui procréé et celle qui met au monde.

Corentin (35 ans) et Bertrand (38 ans), en couple depuis 11 ans, sont les pères d'un enfant de 20 mois né d'une GPA en Russie. Eux souhaitaient pouvoir raconter à leur enfant une histoire aussi simple que possible et aussi proche que possible du modèle de parenté standard (si ce n'est qu'ils sont bien deux pères) :

« Ça, on a réfléchi ! Et nous sommes partis sur la solution d'une seule femme parce que ça me semblait une histoire plus simple vis-à-vis de l'enfant : « papa et papa ne pouvaient pas avoir d'enfant, maman c'est ta maman qui nous a aidé ». C'est un peu l'histoire qu'on compte raconter ». (Corentin)

Cependant la plupart des hommes rencontrés qui ont eu recours à une donneuse d'ovocyte sont sensibles au discours très souvent véhiculé aujourd'hui – dans le monde associatif comme dans celui des agences intermédiaires et des services médicaux spécialisés – selon lequel la femme porteuse s'attacherait moins à l'enfant s'il ne lui était pas relié génétiquement.

Samuel (35 ans en couple avec Mathias, des jumeaux « croisés » âgés de huit mois nés au Canada) raconte :

« Le gros problème des gens qui ont une incompréhension, c'est qu'ils assimilent la mère porteuse à la mère biologique. Une femme qui porte un enfant, le sien à elle, et qui va le donner au moment de la naissance. C'est ça qui traumatise un peu les esprits. Et ce qui est faux parce que la mère porteuse n'est pas la mère biologique. On a discuté avec des mères porteuses, toutes nous ont dit qu'elles sentaient qu'elles portaient un enfant qui n'était pas à elle en fait. Quelque part, elles ne s'attachaient pas à cet enfant comme on peut s'attacher à son enfant biologique. C'est un point important parce que la plupart des gens qui crient au scandale ne connaissent pas ce critère-là. » (Samuel)

Les motivations ou les justifications *a posteriori* du recours à une seule personne ou bien à deux personnes révèlent les représentations sociales attachées à la gestation et au lien génétique du point de vue de la constitution de la maternité. Dans les deux cas, les mêmes conceptions de la maternité dans lesquelles les dimensions gestationnelle et biologique font une « mère complète » sont à l'œuvre (Gross et Mehl, 2011).

3.3.1.3 La même donneuse pour tous les enfants

Philippe (40 ans), en couple depuis 13 ans avec Michel (40 ans lui aussi) ont trois enfants nés de GPA menées aux Etats-Unis ; il témoigne exactement de cette expérience. Philippe est le géniteur de l'aînée et Michel celui des jumeaux. C'est la même femme qui a porté les trois enfants et c'est la même donneuse pour tous les enfants. La donneuse représente comme un trait d'union entre les enfants de deux pères différents :

« On souhaitait que les enfants se ressemblent parce que c'est un lien de plus entre les enfants. » (Philippe)

Les pères gays rencontrés semblent pris dans une contradiction. D'une part ils s'efforcent de réduire l'impact que pourrait avoir la différence de statut biologique vis-à-vis de l'enfant en prenant soin de lui de la même manière, en lui témoignant chacun autant d'amour et de soins, en se faisant appeler papa tous les deux, et en incitant leurs propres parents à le traiter comme leurs autres petits-enfants sans considération de la dimension biogénétique. Mais d'autre part, quand ils souhaitent des jumeaux, c'est bien souvent pour être pères génétiques l'un et l'autre, ou bien lorsqu'ils évoquent l'éventualité d'un deuxième enfant dont la conception aurait lieu avec le sperme de celui qui n'est pas le père génétique du premier, et ce de préférence avec les gènes de la même donneuse. Plutôt qu'une contradiction, ceci illustre les dimensions plurielles de la paternité entre parenté génétique, élective et affective, et les tiraillements auxquels sont soumis les pères gays, sans doute comme les autres parents de notre époque qui ont connu une situation d'infertilité et qui sont amenés à réfléchir plus que d'ordinaire à leurs liens de famille.

3.3.1.4 Une donneuse non anonyme : permettre la connaissance des origines biologiques

La plupart des pères gays interrogés ont souhaité que la donneuse ne soit pas anonyme une fois le processus lancé pour que l'enfant puisse la rencontrer ultérieurement s'il le souhaite. Ils étaient en effet tous attentifs à pouvoir transmettre un récit de conception à leur enfant qui raconte comment chacune des femmes, celle qui a porté et celle qui a donné son ovule, a contribué à sa venue au monde. C'était pour certains d'eux un critère de sélection, une condition indispensable.

François et Dylan, en couple depuis 16 ans ont un enfant âgé de deux et demi et né aux Etats-Unis. François explique l'importance pour eux que la donneuse ne reste pas anonyme :

« On souhaite que Charlotte puisse, quand elle aura l'âge de raison, entrer en contact avec la donneuse. Elle sera en contact avec la surrogante avant, par contre quand elle aura l'âge, elle pourra rencontrer la donneuse ... on parlait du principe qu'on voulait une donneuse d'ovocytes qui soit d'accord avec ce principe-là. Et là le problème c'est que le docteur qu'on a pris travaillait dans un hôpital catholique où le protocole voulait que ce ne soit que des dons anonymes. Ce qui était pour nous aussi une difficulté. Problème qui a été contourné par le docteur qui, en gros, a choisi une donneuse qui n'était pas hostile au fait qu'on puisse reprendre contact avec elle. Elle a donné la garantie au médecin que si l'enfant voulait, elle accepterait. (...) Parce que pour moi les parents d'un enfant sont ceux qui l'élèvent. C'est ça être parents, c'est pas un fait biologique. On a les yeux bleu ou non, ça c'est un fait biologique. [...] Ce qui pour autant ne veut pas dire qu'on va lui cacher ses origines, de toute façon, il est tout à fait évident qu'elle sait qu'elle n'est pas née de nous ! Après, le fait d'être au courant de l'identité de la mère biologique, c'est parce qu'on pense qu'elle peut se poser la question. »

Pour Mathias et Samuel, pères de jumeaux « croisés » nés au Canada et âgés de huit mois, il était aussi important de ne rien cacher aux enfants :

« Pour nous il était très important de connaître la donneuse pour eux après... les enfants on peut pas leur mentir, ils savent qu'on ne peut pas naître de deux pères, donc je pense que c'est un moyen aussi... »

Pour quelques hommes gays, permettre à leur enfant de connaître ses origines est d'autant plus évident que la donneuse et la gestatrice sont des mamans.

C'est ce qu'Axel (35 ans, en couple depuis 10 ans avec Yann et avec lequel il a un enfant né d'une GPA) explique :

« On entend souvent les couples d'hommes qui disent que leurs enfants n'ont pas de maman, qu'ils ont 2 papas et ils ne veulent pas mettre le mot maman sur ces femmes là... Nous, on verra au moment où on abordera le sujet mais pour l'instant ce sont ses deux mamans. » (Axel)

Valentin (46 ans, en couple avec Petros depuis 4 ans ½) a une petite fille née d'une GPA initiée aux Etats-Unis lorsqu'il était encore célibataire explique que sa fille a deux mamans :

« Laurie c'est la maman du ventre, Sarah c'est la maman de la graine, et voilà. » (Valentin)

Pour certains comme Corentin en couple avec Bertrand, avec qui il a un enfant de 20 mois né d'une GPA en Russie, la maternité, comme la paternité, réside dans le lien génétique aussi la donneuse est davantage mère que la porteuse :

« La donneuse [serait davantage la mère de l'enfant que la porteuse]. Si je fais un don de sperme j'aimerais pas que quelqu'un vienne et me dise qu'il est mon enfant... Je ne sais pas ce qu'en pensera l'enfant. Je pense que je me dirais 'j'ai ses traits, génétiquement c'est ma mère mais à part ça rien d'autre, elle ne m'a ni porté, elle n'a pas eu de contact'. » (Corentin)

Qu'il s'agisse du choix de la gestation pour autrui qui leur permet de construire une paternité biogénétique voire une double paternité biogénétique, du choix du père génétique, du choix de celui qui serait père génétique du deuxième enfant, du choix de révéler ou non à l'entourage lequel est parent génétique ou de celui de pouvoir contacter la donneuse d'ovocyte, tous ces choix démontrent l'existence de plusieurs significations du lien biogénétique allant du « simple » récit des origines qui pourra être transmis à l'enfant, jusqu'à l'emprise des représentations sociales liant parenté et lien biogénétique.

Ces représentations liant parenté et lien génétique n'annulent pas mais se combinent aux autres discours tenus sur la paternité comme relation vécue au quotidien, dans les soins donnés aux enfants et l'engagement parental. Le biologique et la parentalité se complètent pour rendre la parenté plus réelle, renforcer les liens entre les pères gays et leurs enfants et rendre légitime leur conviction d'être les deux seuls véritables parents de leurs enfants dans un contexte où la procréation hétérosexuelle est l'aune à laquelle se mesurent toutes les autres formes de procréation (Riggs et Due, 2013 cité par Nebeling Petersen, 2016).

3.3.2 Mères lesbiennes

3.3.2.1 Quelle mère biologique ?

Lorsque dans un couple, les deux femmes souhaitent porter un enfant, cela fait nécessairement l'objet de discussions autour du désir d'enfant, du désir de grossesse : il faut décider laquelle des deux concevra, portera l'enfant et accouchera. Des paramètres tels que l'âge, les contraintes professionnelles ou des difficultés physiologiques doivent être pris en compte.

Evelyne et Joëlle, 38 ans toutes les deux, ensemble depuis 17 ans, ont quatre enfants. Evelyne a porté les trois aînés et Joëlle le dernier. Le projet initial était que Joëlle porte leur premier

enfant :

« Joëlle : Au début c'était moi, on s'était inscrite en Belgique, on a fait le dossier en Belgique sous mon nom, j'ai fait 1 ou 2 tentatives ça n'a pas marché, ça a été un peu un élément déclencheur pour une situation qui était trop difficile pour moi en fin de compte. Le fait de devoir porter cet enfant, c'était trop difficile. D'ailleurs il a fallu 8 ans pour que je me décide à porter moi-même un enfant. Du coup je pense que j'ai étouffé, ça a éclaté notre couple, on s'est séparées et on s'est remises ensemble après et une des conditions par la suite pour avoir des enfants c'est qu'Evelyne a dit : 'c'est moi qui porterai l'enfant'.

Evelyne : Moi, à ce moment-là je m'étais dit : c'est une sécurisation pour moi de porter les enfants, s'il y a une séparation ce seront mes enfants, parce que je me suis dit : si elle part avec les enfants ce sera pas possible. »

3.3.2.1.1 Celle qui a le plus envie de porter un enfant / celle qui a envie de materner

Maude (42 ans) est en couple depuis 13 ans avec Anne (30 ans), avec qui elle a deux enfants. Anne avait fait part de son désir d'enfant à Maude. Pour Maude, être mère c'est surtout prendre soin d'un enfant :

« On avait déjà discuté du fait que pour moi le fait de porter un enfant ce n'était pas quelque chose qui était essentiel dans ma vie. Mais par contre j'avais envie d'être parent, j'avais envie d'être maman. Je suis dans l'enseignement, j'enseigne les arts du cirque donc le contact avec les enfants...j'avais envie en fait d'être parent. » (Maude)

Maude distingue sa place de celle d'Anne, et la rapproche de celle d'un père :

« Maude : Il y a une amie qui nous a différenciées : le parent du dedans et le parent du dehors. Il y a des connections qui se font par exemple quand elle ne va pas bien, il y a quelque chose qui est raccroché à eux et moi je suis vraiment dans la place du père, quoi, si on peut faire une comparaison, je suis vraiment le parent du dehors.

Anne : La notion de parent du dedans c'est plus le fait de les avoir portés, le parent du dehors c'est le parent qui attendait l'enfant à l'extérieur.

Maude : Les enfants se sont connectés à moi à la naissance parce qu'ils connaissaient en fait ma voix (...) cette différence-là elle est fondamentale. Je ne serai jamais la maman du dedans, je le ressens dans leurs réactions. Après, au niveau affectif, au niveau engagement... tout ce truc-là, ce dont je parle c'est vraiment la nature. Anne a mis au monde ses deux enfants et ça c'est quelque chose que je n'ai pas fait. » (Maude)

Il paraît difficile de se déprendre des représentations dans lesquelles aux côtés d'une mère, l'autre parent est un père, le parent du dehors, celui qui n'a pas porté l'enfant. Mais au-delà de ce premier commentaire, il est frappant de constater, dans le discours d'Anne et de Maude, combien l'expérience corporelle de la gestation (davantage ici peut-être que la conception) détermine la maternité. Cela dit, ce couple témoigne aussi d'autre chose : même le lien au parent qui ne porte pas l'enfant se construirait sur la base d'une expérience corporelle : ici, le lien s'établit entre Maude et ses enfants dès la naissance parce qu'ils connaissaient sa voix.

Les couples de même sexe, comme leurs homologues, sont eux aussi pénétrés des savoirs et des représentations qui circulent dans notre société relativement à la vie intra-utérine et à son influence sur la nature des liens parentaux.

C'est un peu la même configuration pour Karine et Clothilde (36 ans toutes les deux, en couple depuis 7 ans et mères d'un enfant de 3 ans) avec une distinction claire entre les deux dimensions de la maternité. A Clothilde la grossesse, à Karine les soins à l'enfant une fois qu'il est né.

« Moi, j'avais envie d'un enfant. Pas tellement l'envie de le porter. Clothilde avait plutôt envie d'un enfant et de le porter, donc ça a été assez naturel. En même temps, je ne voulais pas qu'à 2 mois, il soit déjà à la crèche de 8h à 20h tous les jours, donc le deal entre nous, c'est que moi je bosse plutôt à mi-temps, que je passe plus de temps à m'en occuper et Clothilde a plutôt des gros horaires bien occupés. Ça s'est réparti comme ça. » (Karine)

3.3.2.1.2 « Chacune son tour »

Dans le cas de Viviane (33 ans) en couple depuis 10 ans avec Jeanne (34 ans) et avec qui elle a un enfant âgé de 2 ans et demi, la première à porter un enfant devait être Viviane parce qu'elle était celle pour qui le projet était le plus important ; Jeanne porterait alors l'enfant suivant.

« On a fait de grandes négociations. On voulait jouer à pile ou face à un moment donné : on se demandait si on essayait en même temps ou à tour de rôle en fonction des cycles. On avait évoqué ça et puis un jour elle m'a dit : 'il faut que tu commences car c'est plus important pour toi'. (...) Le projet c'est qu'elle porte l'enfant suivant. Et, d'ailleurs, elle est enceinte, nous venons de l'apprendre ! » (Viviane)

Dans le cas de Corinne (40 ans) et Béatrice (41 ans) ensemble depuis 20 ans et mères de deux enfants, il a été décidé que la première à connaître l'expérience de la grossesse serait la plus âgée, même si une seule année les sépare :

« En fait, l'idée c'est que Béatrice a 1 an de plus que moi et quand on a commencé on s'est dit 'tu commences et je prendrai la suite'. » (Corinne)

Dans le couple de Caroline (40 ans) et Nicole (49 ans), en couple depuis 11 ans et mères d'un enfant, c'est la plus âgée, en l'occurrence Nicole, qui avait exprimé la première son désir d'enfant mais, justement, s'estimant trop âgée, elle a convaincu sa compagne de porter un enfant :

« C'est pour ça que je ne voulais pas lui mettre la pression, j'avais 47 ans à l'époque et elle, elle allait sur ses 38 donc c'était faisable. Elle n'a mis qu'un mois à me répondre alors que d'habitude elle est plutôt lente, elle prend son temps. Là, en un mois elle m'a répondu : elle était partante. » (Nicole)

Chloé a 43 ans et est en couple avec Eliane (43 ans elle aussi) depuis 6 ans, avec qui elle a deux enfants. Elles avaient pour projet de concevoir et porter chacune un enfant ; mais le sort en a décidé autrement et renoncer à porter un enfant a été compliqué pour Chloé :

« C'était clair depuis le début qu'on allait faire chacun le nôtre. Quand Eliane était enceinte, il y avait deux œufs, c'était des jumeaux et j'étais à la fois très contente et un peu chiffonnée du fait que je n'aurais pas à le faire moi, donc il y avait quand même quelque chose d'assez fort, de l'ordre du deuil, de vivre ça. » (Chloé)

Les couples de femmes rencontrées paraissent pour beaucoup très attachées à l'idéal d'une maternité éprouvées dans leur propre corps. L'expérience de l'homosexualité aurait pu les

conduire à mettre radicalement en question l'idéologie de la maternité comme en témoignent certaines femmes (Chetcuti, 2010). Ici il n'en est rien ; cela s'explique par les biais de notre échantillon : nous avons cherché à recruter des femmes en couple, mères et, de surcroît, ayant eu recours à une assistance à la procréation.

3.3.2.2 Le donneur

Les femmes rencontrées parlent bien souvent du donneur de sperme comme du « monsieur qui a donné ses graines ». Quelques fois, elles parlent de lui à leurs enfants en le désignant comme le « donneur », ou de « la personne qui aidé » pour avoir des enfants. Certaines, particulièrement attachées à l'idée que leur couple et leur enfant suffisent pour former une famille et soucieuses de ne pas introduire de flou en multipliant les figures parentales, font attention à ne pas utiliser des termes de parenté comme « papa ».

Caroline (40 ans, en couple avec Nicole, 49 ans, depuis 11 ans, une petite fille de 18 mois) explique que pour elles, il n'était pas question d'utiliser le mot papa pour parler du donneur de sperme, parce que leur fille a deux parents, en l'occurrence deux mères, et qu'il n'y a pas de place pour un père qui serait du coup un troisième parent :

« On en a parlé un petit peu ensemble. Déjà, ce qu'on s'est dit, c'est qu'on ne parlerait surtout pas de papa, on lui dira qu'elle n'a pas de papa mais qu'elle a deux mamans. A vrai dire on ne sait pas encore à quel moment on lui expliquera. Comme c'est notre premier enfant, on ne sait pas trop à quel âge on peut parler de ces choses-là. Ce n'est pas pour tout de suite donc on ne s'inquiète pas trop là-dessus mais j'imagine lui dire qu'il y a un monsieur qui nous a offert une petite graine pour qu'on puisse avoir un enfant toutes les deux, que cette petite graine a rencontré une des miennes et qu'il y a L. qui est née » (Caroline)

Nicole, sa compagne, confirme :

« Dans notre schéma, on va s'arranger pour ne pas utiliser le mot papa auprès de L. sinon elle va le chercher ce papa. (...) ce n'est pas un papa qui donne, c'est un donneur, c'est un monsieur. »

Ne pas qualifier le donneur de père, ne pas lui attribuer la qualité de papa, ne signifie pas qu'il est occulté. Aucune des femmes rencontrées dans le cadre de cette recherche, pas plus que dans les enquêtes déjà existantes, n'envisage de ne rien dire du donneur. Cela ne signifie pas que toutes veulent un donneur qui accepte que soit dévoilée son identité à l'enfant qui en ferait la demande. Mais toutes réfléchissent activement au discours qu'elles doivent tenir à leur enfant sur son histoire et, singulièrement, sur le rôle tenu par le donneur au regard de leur conception.

Anne (30 ans) et Maude (42 ans), en couple depuis 13 ans et mères de deux enfants expliquent ce qu'elles ont déjà raconté à leurs enfants, pourtant très jeunes.

Anne : On a expliqué qu'il y a un homme qui a voulu faire un don pour nous aider à fonder une famille, et que cet homme-là ne voulait pas rentrer dans notre vie et que nous ne souhaitons pas qu'il rentre dans notre vie, mais qu'il existe. »

Maude : « C'est dans ces termes-là (le donneur) qu'on en parlera toujours car papa c'est hyper affectif. »

3.3.2.2.1 *Le même donneur pour le deuxième enfant*

Quelques femmes sont elles aussi, comme quelques-uns des couples d'hommes recourant à la GPA, très attachées à l'idée qu'une famille se compose idéalement sur la base de liens biogénétiques ou, tout au moins, soucieuses que leurs liens de famille soient d'autant plus facilement reconnus qu'un lien génétique relie leurs enfants entre eux. Ces femmes expliquent ainsi qu'utiliser les paillettes d'un même donneur pour concevoir leur deuxième ou troisième enfant leur permettrait de donner un frère ou une sœur à l'ainé.

C'est ce qu'explique Aline (34 ans), en couple avec Emma (35 ans) depuis 11 ans, avec qui elle a un enfant âgé de 10 mois :

« On aimerait bien avoir un deuxième enfant. Parce qu'en plus la clinique nous a permis de mettre de côté des paillettes du donneur. On aimerait bien que notre garçon ait un petit frère ou une petite sœur, vu que c'est le même donneur. Enfin, ..., y aura un truc entre quoi. Enfin, dans leur histoire... Dans leur histoire, le même... le même monsieur... ouais. » (Aline)

Louise (36 ans), en couple depuis 9 ans avec Juliette (33 ans) et avec laquelle elle a un enfant explique qu'avant toute chose, de son point de vue, le fait d'avoir un même géniteur devrait renforcer le sentiment fraternel entre leur premier enfant et le deuxième qu'elle projette d'avoir :

« Oui, ce sera le même donneur. Pour l'instant puisqu'il reste encore des paillettes, c'est notre choix. C'était notre demande dès le début. Même s'il avait fallu en racheter on aurait racheté des paillettes du même donneur (...) parce que c'est plus sympa pour les enfants, que même ce n'est pas un donneur connu, que les deux enfants aient la même filiation de ce côté-là. » (Louise)

Dans quelques cas, ce sont les professionnels des services de la reproduction qui eux-mêmes encouragent les mères dans ce sens. Lola (45 ans, en couple depuis 22 ans avec Nadine, 46 ans, 2 enfants) explique que c'est la psychologue de la clinique belge qui leur avait conseillé de garder des paillettes du même donneur. Lola est partagée sur l'importance accordée au biologique dans ce cas et réfléchit à voix haute pendant notre entretien :

« Mme B., quand on l'avait rencontrée, nous avait conseillé à l'époque de réserver si on le souhaitait des paillettes du même donneur (...). Elle disait à l'époque que ça pouvait faciliter les choses d'avoir un seul inconnu dans une famille, donc on avait gardé les paillettes. (...) En fait, moi je trouvais qu'il y avait du pour et du contre parce qu'effectivement pourquoi pas ? C'est un raisonnement qui se tient de n'avoir qu'un seul inconnu dans une famille. En même temps, quand on constitue sa famille avec des enfants adoptés, ils ne sont pas forcément frère et sœur d'origine. Il n'empêche qu'ils sont frère et sœur de vie, donc ça donne encore beaucoup d'importance au biologique finalement, le fait d'avoir un seul donneur. En même temps pour eux finalement c'est pas mal. Ils se disent parfois alors qu'il y en a une qui a les yeux verts et l'autre marron vert : 'notre donneur il doit avoir les yeux verts'. (...) On n'était pas venue avec cette demande du tout, mais par contre quand on nous l'a proposé on a tout de suite dit oui » (Lola)

Lola témoigne du statut ambigu, dans nos sociétés, du biologique dans la constitution des liens entre parents et enfants. Tout à la fois, ils sont importants mais ne doivent pas supplanter les liens du cœur. Très attachée à l'idée que les liens se construisent plus qu'ils ne sont déterminés par la génétique, Lola, et avec elle tant d'autres parents homosexuels, sont par ailleurs quelques fois confrontés à des injonctions d'origines diverses les poussant à adopter l'idéal de liens de famille biogénétiques. Par ailleurs, dans un monde social où les familles homoparentales, malgré des lois qui ont favorisé, dans une certaine mesure, leur

reconnaissance, sont encore soumises au soupçon et au procès en illégitimité. Ainsi, lorsque le droit ne reconnaît pas dans toutes les situations les liens entre enfants et parents de même sexe comme des liens de filiation, consolider ces liens, peut passer, au plan symbolique, par la consolidation des liens au sein de la fratrie des enfants. De ce point de vue, la ressource du lien biogénétique apparaît, au moins au plan fantasmatique, incontestable.

C'est sans doute ce que veut dire Alice (45 ans), qui est en couple depuis 30 ans avec Catherine (44 ans), et qui a avec elle deux enfants :

« Quand on a souhaité avoir un deuxième enfant, ça a été un peu difficile. On a même fait une pause parce qu'on souhaitait avoir le même donneur. C'est curieux d'ailleurs (...) je ne sais pas pourquoi, peut-être pour renforcer cette idée de famille. »

3.3.2.2.2 Appariement du donneur

Le choix du donneur n'est pas important seulement pour ce qui est de la disponibilité de son identité, ni dans la perspective de tisser un lien plus étroit encore entre les frères et sœurs conçus grâce à son don. Le choix du donneur est également l'objet d'autres enjeux et peut endosser le rôle de supplétif à la mère qui ne conçoit pas l'enfant.

Anne (30 ans) et Maude (42 ans), en couple depuis 13 ans et mères de deux enfants s'interrogent sur les raisons pour lesquelles leurs enfants ont les cheveux bruns et témoignent en même temps de leur satisfaction de voir leurs enfants leur ressembler.

« Pour moi, ils t'ont regardée, tu avais les cheveux bruns donc donneur brun et T. a les cheveux très bruns. (...) Ils nous ont demandé si on voulait que le donneur ressemble à l'une des deux. T. est brune mais blanche de peau alors que j'aurais préféré qu'elle ait la peau mate. » (Anne)

Corinne (40 ans, en couple avec Béatrice avec qui elle a un enfant) confirme le soin que prennent souvent les équipes des centres d'AMP dans le choix du donneur :

« Ils font un choix d'apparence physique. On a eu un entretien pour en parler. Ils ont demandé à Béatrice (qui a porté l'enfant) s'il y avait des caractéristiques particulières dans sa famille. » (Corinne)

Clothilde et Karine (36 ans toutes les deux, en couple depuis 7 ans et mères d'un enfant de 3 ans) racontent que le personnel du centre d'AMP dans lesquelles elles étaient prises en charge cherchaient à agir avec elles comme il agissait avec les couples hétérosexuels :

« Ils nous disaient que quand il s'agit d'un couple hétérosexuel, lorsqu'on choisit le donneur on fait en sorte que ses critères physiques, ses caractéristiques physiques correspondent à celui du futur père qui lui ne peut pas avoir d'enfant. Donc ils nous disaient 'la seule différence c'est que dans votre cas vous êtes deux femmes donc en gros on va faire un mix de vos deux caractères physiques'. C'était un peu curieux pour ça. » (Clothilde)

Si les personnels d'assistance à la reproduction qui prenaient ce couple en charge essayaient de choisir le donneur de sperme de la même façon qu'ils le font pour un couple hétérosexuel, pour autant, ils explicitaient ne pouvoir aller jusqu'au terme de leur logique et assortir tout à fait le donneur à la mère non biologique. Ce faisant, ils ont rendu visible la logique qui sous-tend en réalité l'insémination artificielle avec donneur de sperme dès ses débuts : faire comme si le père était le géniteur. C'est ce qu'Irène Théry appelle le modèle pseudo-procréatif (2014). Agir ainsi pour la conception de l'enfant de Clothilde et Karine n'aurait eu à leurs yeux aucun sens.

3.3.2.3 L'accès aux origines

Comme un certain nombre de pères évoqués plus haut, plusieurs mères se sont dites sensibles à la possibilité qu'un jour leur enfant décide de connaître ses origines.

Anne et Maude, mères de deux enfants, ont envisagé de recourir à un donneur semi-anonyme pour que l'enfant puisse accéder à ses origines à sa majorité ; si elles ont finalement renoncé à cette option, c'est par crainte que le donneur ne refuse ultérieurement. Il en est allé de même pour Lola (45 ans) et Nadine (46 ans), elles aussi mères de deux enfants. Ces femmes sont sensibles aux arguments du débat sur l'accès aux origines mais ne veulent pas être dépendantes du bon vouloir du donneur qui, le moment venu, pourrait se rétracter. Elles sont partagées à l'idée de ne rien pouvoir promettre et finalement optent pour l'anonymat qui apparaît plus simple à gérer.

« On manquait d'information ; moi, ma connaissance c'était : si l'enfant à 18 ans veut connaître le donneur c'est possible et moi je me disais : imaginons que le donneur refuse. (...) on manquait d'information. » (Anne)

« On a posé la question puisque maintenant Cryos fait tout type de dons : de l'anonyme, du semi-anonyme et du connu, et nous nous sommes renseignées après la naissance d'A. auprès de Cryos - c'est le même donneur pour nos deux enfants -, mais il était anonyme. A l'époque de la conception de C., on avait entendu dire que le donneur pouvait se rétracter et donc il y avait la possibilité qu'à 18 ans l'enfant ne puisse pas le connaître, du coup on est sûr de l'anonyme. » (Lola)

Evelyne et Joëlle, 38 ans toutes les deux, en couple depuis 17 ans, mères de quatre enfants, étaient très attachées à l'idée que le donneur accepte que son identité soit révélée à l'enfant. Elles ont finalement choisi le don anonyme, faute d'options suffisamment disponibles :

« On s'est posé la question quand même. Moi, ça me dérangeait qu'ils ne puissent pas avoir accès à leurs origines. (...) Je me disais que ça serait bien que nos enfants puissent y avoir accès si un jour ils ont envie de connaître l'origine du donneur. Après c'est vrai qu'il y avait un peu moins d'hôpitaux où on pouvait avoir connaissance des donneurs et en même temps je n'étais pas sûre que ce soit la solution. Donc finalement nous sommes parties sur l'anonymat. » (Evelyne)

Nicole (49 ans) et Caroline (40 ans), mères d'un enfant de 18 mois, se sont posé la question mais Nicole craignait que la levée de l'anonymat ne fasse exister la personne du donneur dans leur famille.

« On s'est posé la question par rapport au donneur. Anonyme ? semi-anonyme ? (...) et moi je me disais, il y a une troisième personne. Il n'y a pas de meilleur schéma, mais il y a des choses que j'aurais du mal à vivre. J'ai dit à Caroline autant commencer dès le départ à deux et éduquer notre fille en parlant de quelqu'un de généreux qui nous a permis d'avoir un bébé. » (Nicole)

Comme les couples de pères gays qui ont eu recours à une GPA, les couples de mères lesbiennes qui ont eu recours à une PMA cherchent à minimiser l'impact du lien biologique qui, dans leur cas, vient distinguer la mère à qui l'enfant va ressembler et qui a porté l'enfant de celle qui ne l'a pas porté et qui n'a aucun lien génétique avec lui ou elle. Contrairement à leurs homologues masculins, elles ne peuvent pas occulter cette différence, elles ne peuvent pas cacher la grossesse de l'une d'elles. Pour se présenter en tant que deux mères, elles doivent mettre l'accent sur une autre dimension de la maternité : le soin apporté aux enfants.

De fait, les études ayant trait au partage des tâches dans les foyers lesbiens montrent que les deux femmes s'impliquent souvent de manière volontaire et consciente dans un partage équitable des tâches parentales (Patterson, 1995, Chan et al., 1998, Johnson, O'Connor, 2002, Vecho et Gross, 2011)

Les foyers de mères lesbiennes qui ont eu recours à l'IAD mettent en lumière une évolution des représentations de ce qu'est une famille, ce que sont des mères et des pères. Cette évolution se situe sur un *continuum* entre un modèle traditionnel, où il n'y a pas de place pour deux mamans mais seulement pour une seule, et un nouveau modèle, où ce qui fait un parent, et dans le cas qui nous intéresse ici une mère, est davantage un lien électif qui se construit dans la relation affective. Dans ce nouveau modèle, il y aurait place pour deux mamans avec minimisation consciente et délibérée du rôle du biologique.

Mais on relève un fait digne d'attention : le recours à un même donneur, lorsqu'il y a plus d'un enfant, vient nuancer l'adhésion à ce nouveau modèle. Un certain nombre de femmes parmi celles qui élèvent au moins deux enfants conçus par IAD ont opté pour le même donneur lorsque cela leur était proposé par l'équipe médicale belge. Dans le cadre de cette recherche, les couples de femmes interrogés n'ont pas développé leur motivation à agir de la sorte, mais interrogées sur ce point dans le cadre d'une autre étude, certaines ont avancé qu'elles souhaitaient que leurs enfants aient un lien biologique de germanité (Gross, 2008), l'explication avancée étant que la germanité contribue à renforcer les liens familiaux et, qu'en cas de décès, les enfants ne seront pas ainsi séparés, du fait même de leur lien de frère et sœur (ce qui juridiquement n'a pas de fondement puisque le géniteur ne les a pas reconnus). Les représentations qui rendent synonymes liens de filiation et liens du sang ne se laissent pas évacuer aisément. Quelle autre signification accorder à ce désir que les enfants d'un foyer lesboparental aient le même géniteur et partagent de ce fait des données biologiques ?

4. LES FAMILLES CONFRONTEES AU DROIT : ETUDE DE CAS

4.1 Demandes d'adoption de la part de couples de femmes en France

Dans le cadre de cette recherche, nous avons rencontré en France dix-sept couples de mères françaises. En préambule, nous proposons un tableau qui présente des données synthétiques permettant de situer *a minima* les familles rencontrées du point de vue du parcours juridique conduisant à donner un cadre légal aux relations familiales.

Donneur connu	2
PMA	15

Mode de conception révélé au juge	8
Mode de conception non révélé	4

Délégation partage de l'autorité parentale demandée	3
---	---

Refus adoption suivi d'un appel	2
Adoption plénière croisée	4
Adoption plénière	11
Adoption simple	1

Délai minimum entre le dépôt de la requête en adoption et la délivrance du jugement	1 mois
Délai maximum	15 mois
Délai moyen	6 mois

Avec avocat	5
Sans avocat	12
Enquête de police	4
Audience	4
Témoignages	13
Sans témoignage	4

Erreurs sur le jugement	4
-------------------------	---

Avec l'aide d'un avocat ou, le plus souvent sans, les couples de femmes que nous avons rencontrés ont initié des démarches auprès de la justice pour renforcer l'encadrement juridique de leurs liens avec leurs enfants. Trois couples ont déposé une demande de délégation partage de l'autorité parentale, pour permettre à chacune des deux mères – la mère statutaire (portée sur l'acte de naissance) et la mère non statutaire – d'exercer toutes les deux concomitamment l'autorité parentale. Dans tous les cas, le juge a été sollicité pour une adoption de l'enfant de la conjointe qui a porté l'enfant et en est donc la mère statutaire (mentionnée sur l'acte de naissance dès la naissance de l'enfant). Une adoption simple a été prononcée, pour onze adoptions plénières. Dans trois cas supplémentaires, les deux femmes étaient respectivement la mère biologique et légale d'un enfant au moins ; elles ont donc sollicité une adoption plénière croisée. En d'autres termes, dans ces trois situations, chacune a pu adopter l'enfant qu'elle n'avait pas mis au monde. Selon les juridictions, les dossiers ne font pas l'objet d'un traitement équivalent. Les délais de traitement peuvent beaucoup varier, de 1 à 15 mois, le délai moyen étant de 6 mois. Dans quatre cas, les familles se sont vues imposer une enquête de police ; dans quatre cas encore le juge a convoqué les familles en audience. Onze familles ont fourni, avec leur requête, des témoignages de proches visant à attester que les demanderessees se comportent bien comme des mères. Trois d'entre elles l'avaient fait à la demande du juge ; les autres l'avaient fait sans doute parce qu'elles-mêmes et leur avocat étaient informés de la variété des positions des juges à la suite de l'adoption de la loi de mai 2013 et soucieux de présenter une requête aussi complète et irréfutable que possible. Dans deux cas, traités par le même tribunal à quelques mois d'intervalle, les familles se sont vues refuser leur demande d'adoption plénière ; elles se sont pourvues en appel et, fait notable, dans un cas le procureur s'est lui-même pourvu en appel. Pour quatre dossiers, le jugement comportait des erreurs ; elles portaient sur les noms ou la date de naissance ou même le type d'adoption.

4.1.1 Lorsque les mères ont eu recours à un donneur de sperme connu

Sonia (39 ans) et Michèle (38 ans) sont en couple depuis 22 ans et ont deux enfants, une fille et un garçon. Elles ont eu recours à un donneur connu pour l'aînée de leurs enfants, âgée de 10 ans, puis à une IAD pour le cadet, âgé de 7 ans. Sonia a porté l'aînée et Michèle a porté le cadet. En opposition aux arrangements initialement prévus, puisqu'il avait promis de rester en retrait, le donneur a finalement reconnu la petite fille née de son don. Elles ont demandé une délégation partage de l'autorité parentale pour Michèle, qu'elles ont obtenue avec le consentement du donneur qui s'est rendu au tribunal.

Elles se sont mariées en mai 2014 dans l'objectif de procéder à l'adoption croisée des enfants :

« Pendant des années je me suis dit : je ne peux pas me marier ; quand la loi est passée je me suis dit : je suis obligée de me marier pour adopter ma fille. » (Michèle)

A l'aide d'une avocate, elles ont demandé une adoption simple de l'aînée par Michèle, seule adoption possible puisque la petite fille a déjà deux parents, et une adoption plénière du cadet pour Sonia. Après avoir tergiversé, le donneur a finalement consenti à l'adoption simple. Elles ont déposé le dossier de demande d'adoption croisée avant Noël 2014. Elles pensaient que son traitement serait long et que des problèmes seraient posés à cause de l'existence d'un père légal, mais aussi parce que trois jours avant leur mariage, le TGI de Versailles avait émis le premier refus d'adoption en arguant d'une fraude à la loi. Elles ont finalement été surprises parce que la décision a été rendue assez rapidement. Aucune enquête de police n'a été demandée par le juge alors que lorsqu'elles avaient demandé la délégation partage de l'autorité parentale, une enquête avait été ordonnée.

Malgré la crainte d'un certain nombre de couples de se voir reprocher d'avoir fraudé à la loi

en recourant à l'étranger à une insémination artificielle avec don de sperme, Michèle et Sonia avaient choisi de ne rien cacher. Elles avaient donc révélé au juge que leur cadet avait été conçu grâce à une IAD avec don de sperme dans un pays limitrophe et fourni une attestation de la clinique confirmant qu'il n'y avait pas de géniteur connu. La décision en faveur des adoptions leur sont parvenues 2 mois après le dépôt du dossier. Mais, ironie de l'histoire, une erreur ennuyeuse s'est glissée dans le jugement (présence erronée d'un tiret pour le double nom). Dans le jugement correctif, s'est glissée une autre erreur, encore plus ennuyeuse. Le jugement indique que le cadet a été adopté de manière simple alors qu'il l'a été de manière plénière.

Viviane (33 ans) et Jeanne (34 ans), en couple depuis 10 ans, ont eu recours à un donneur connu pour concevoir leur enfant, Gaëtan, qui a deux ans et demi au moment où nous les rencontrons, et que Viviane a porté. Le donneur n'habite pas en France. Au moment où nous rencontrons la famille, Jeanne est enceinte de leur deuxième enfant avec un autre donneur.

Les deux femmes avaient d'abord envisagé de demander une délégation partage de l'autorité parentale. Mais, après une consultation juridique auprès d'un juriste dans le cadre d'une association, elles ont renoncé : il leur semblait compliqué de faire aboutir leur démarche compte tenu du fait que le juge pourrait faire valoir que rien n'empêchait le donneur de sperme de vouloir un jour faire valoir ses droits et reconnaître les enfants. Elles se sont mariées dans le but de procéder à l'adoption. Les deux femmes n'ont pas eu recours à un avocat. Le TGI leur a indiqué toutes les pièces à fournir ; parmi elles, des témoignages et des photographies de situations quotidiennes. On leur avait notamment demandé des témoignages et des photos de situations quotidiennes montrant l'implication de Jeanne (la mère qui n'a pas accouché de l'enfant).

*« Oui, des témoignages. Ainsi que des photos de situations quotidiennes montrant que Jeanne était impliquée, donc on a mis pas mal de photos de la famille de Jeanne, des photos de Jeanne avec Gaëtan pendant son congé parental, des photos du mariage. »
(Viviane)*

Il leur fallait six témoignages et pour déterminer le type de témoignages utile ; elles se sont inspirées des échanges sur la mailing liste de l'association dont elles étaient adhérentes. Elles ont donc fourni les témoignages de la directrice de la crèche, du père de Jeanne, de la mère de Viviane, de deux amis de la famille et de l'employeur de Jeanne. Elles ont choisi de ne pas révéler l'existence d'un donneur de sperme connu et aucun des témoignages ne l'a évoqué ; la question ne leur a d'ailleurs pas été posée par le juge. Il faut dire que l'association dont elles faisaient partie recommandait aux requérantes de ne pas en parler. Peu informées sur l'existence d'affaires semblables à la leur qui auraient été déjà traitées par la justice (elles ont déposé la demande seulement 1 an après l'adoption de la loi), et craignant l'issue, elles ont pris leur temps pour constituer le dossier :

« C'était le moment où il commençait à y avoir des refus, la consigne c'était : ne dites rien, ça fait partie de la vie privée. On a mis un peu de temps à faire le dossier parce qu'on n'arrivait pas à comprendre s'il y avait déjà eu des cas comme nous avec donneur connu et on ne voulait pas créer de jurisprudence négative. » (Viviane)

Leur requête a été déposée début juin 2014 et l'adoption plénière a été prononcée au bénéfice de Jeanne le 10 septembre 2014.

4.1.2 Lorsque le couple de femmes a eu recours à une PMA

4.1.2.1 Fournir des témoignages : une démarche qui ne va toujours de soi

Annick (42 ans) et Mira (39 ans) sont ensemble depuis quinze ans et ont deux enfants. L'aînée, 7 ans, a été portée par Annick. Le cadet, 5 ans, par Mira. Elles se sont mariées le 4 avril 2014. Les décisions rendues par le TGI de Versailles, qui n'accordait pas l'adoption demandée par des mères lesbiennes sont tombées 15 jours après leur mariage. Compte tenu de ce contexte, l'association dont elles sont membres leur conseille d'attendre pour déposer la requête d'adoption de l'enfant de la conjointe. Elles ont donc attendu les avis rendus par la Cour de cassation en septembre 2014, puis entamé des démarches auprès de leur notaire. Bien que le TGI de Versailles, dont elles dépendent, ne le leur ait pas demandé, elles ont entrepris – toujours sur les conseils de l'association – de collecter des témoignages et même des photographies dès octobre 2014.

« On a des amies qui l'ont fait et du coup on savait qu'elles avaient déposé à Versailles des photos, des témoignages donc pour nous c'était logique de faire ça. Je suis les discussions sur la liste de l'association. J'étais étonnée l'autre jour : il y avait une fille qui disait : si je sais que le tribunal est conservateur, pas de photo, pas de témoignage. Moi, je ne suis pas en position de force par rapport au tribunal de Versailles. C'est pas possible, moi je veux que mon dossier soit bouclé ! Du coup on a été même au-delà de ce qu'on nous demandait parce qu'on a eu quand même trente témoignages, quatre ou cinq photos pour chaque année [de la vie des enfants]. Ensuite on a eu recours à une ancienne collègue et amie avocate mais qui est spécialisée en droit administratif des étrangers, qui a donc l'habitude des procédures écrites et qui nous a préparé une requête de douze pages, qui racontait notre vie, mais à sa manière administrative. On a d'autres amies qui ont pris une avocate de l'association, qui ont aussi fourni des témoignages et des photos mais qui n'ont pas fait de requête détaillée. Nous, c'était peut-être trop mais ça me rassurait. Je pense que si j'avais dû faire la requête moi-même je ne l'aurais pas fait aussi bien mais dans le même style. Ce n'est pas normal d'en arriver là car on devrait tous être sur la même démarche, mais là on voulait mettre toutes les chances de notre côté. Bon, ce n'est pas ça qui a fait que ça a marché ; ça a marché parce qu'il y a eu l'arrêt de la cour de cassation (...). Cela a été une épreuve de demander des témoignages en leur expliquant pourquoi on voulait faire ça. Je trouve que c'est violent de devoir se justifier. J'avais l'impression d'aller quémander quelque chose. Les hétéros, ils n'ont pas besoin de faire tout ça. » (Annick)

Les deux mères ont sollicité pour les témoignages les institutrices des enfants, la directrice de la crèche où ont été les enfants avant d'être scolarisés, une auxiliaire puéricultrice, leur médecin de famille, des voisins, des amis, beaucoup de membres de la famille. Les trente témoignages recueillis ainsi que les photos, finalement assez nombreuses et chargées de démontrer la réalité de la vie familiale, étaient là pour renforcer la légitimité des demandes d'adoption. A la demande de la greffière, la requête rédigée par leur amie avocate précisait le mode de conception de leurs enfants et était accompagnée d'une attestation de la clinique étrangère où elles ont bénéficié de la PMA. Leur requête a été déposée en janvier 2015. Sans qu'il ait demandé d'enquête de police, le tribunal a prononcé les adoptions au mois de mai suivant. Les enfants portent désormais un double nom composé de celui d'Annick et de celui de Mira. Quelques mois après, lorsque Annick raconte leur histoire, l'expérience de l'adoption reste amère. Si elles sont bien désormais toutes les deux reconnues comme les mères de leurs enfants, elle a le sentiment d'avoir dû subir une épreuve supplémentaire qui n'est pas imposée aux couples de parents hétérosexuels.

Sophie (36 ans) et Valentine (37 ans) sont ensemble depuis dix ans et ont un enfant âgé de 8 mois porté. C'est Sophie qui l'a mis au monde. Après avoir consulté un premier notaire qui

s'est avéré incompetent dans la matière, Sophie a déclaré son consentement à l'adoption auprès d'un second. Aussitôt, en janvier 2015, sans avocat, Valentine a déposé une requête en adoption. Le TGI demandait des photographies de famille et quatre témoignages. Elles en ont fourni huit parmi lesquels des témoignages de membres de la famille et de l'entourage amical, celui du médecin traitant qui attestait qu'il arrivait que Valentine accompagne leur bébé en consultation et celui de la sage-femme en chef qui attestait qu'après la naissance par césarienne, c'est Valentine qui s'est beaucoup occupée de leur enfant. Là encore, Valentine a été convoquée par la police. Mais cela n'était ici apparemment qu'une formalité. En effet, l'adoption, prononcée mi-mars 2015, avait été décidée avant, même si elles n'ont reçu le jugement qu'après.

Aucun témoignage n'a été demandé aux deux familles suivantes, qui n'en ont pas fourni.

Aline (34 ans) et Emma (35 ans) sont en couple depuis 11 ans et ont un enfant de 20 mois porté par Emma. Elles se sont mariées alors qu'Emma était enceinte de 5 mois, en octobre 2013. Elles souhaitaient qu'à la naissance de l'enfant, Aline puisse l'adopter. Elles n'ont pas fait appel aux services d'un avocat mais ont vu deux notaires. Le premier a prétendu que ce serait une adoption simple. Leur enfant est né en février 2014, la requête pour l'adoption a été déposée fin juin 2014 et les deux mères ont reçu le jugement prononçant l'adoption plénière par la poste deux mois après, sans qu'audience n'ait été demandée par le magistrat. Elles n'avaient pas indiqué que leur enfant avait été conçu dans le cadre d'une PMA à l'étranger et n'avaient pas non plus complété le dossier avec des témoignages. D'ailleurs, le juge ne le leur avait pas demandé. Chacune des deux mères a pris pour nom d'usage un double nom composé de chacun de leurs noms patronymiques ; si bien que tous les trois sont connus sous le même nom.

Louise (36 ans) et Juliette (33 ans) sont en couple depuis 9 ans au moment où nous les rencontrons et ont une fille âgée de 2 ans. C'est Louise qui l'a portée et mise au monde. Quelques mois après leur mariage, Juliette a déposé la requête pour adopter la petite fille mi-septembre 2014. Aucun témoignage n'a été demandé et elle n'en a pas fourni. Elles n'ont pas eu recours à un avocat et le tribunal n'a pas ordonné d'enquête de police. L'adoption plénière a été prononcée début février 2015. La petite fille porte désormais un nom de famille composé du patronyme de chacune de ses mères, avec celui de Juliette en première position.

4.1.2.2 Des difficultés pour obtenir les informations utiles

Anne (30 ans) et Maude (42 ans), ensemble depuis 13 ans, ont deux enfants. L'aînée a été conçue par PMA au Québec avec un don semi-anonyme ; elle a été portée par Anne mais est née en France. Après avoir contracté un Pacs en 2007, elles se sont mariées en juin 2013. Elles ne se seraient pas mariées si demander l'adoption de l'enfant de la conjointe ne les y avait pas contraintes. Sans avocat, mais après que Anne a consenti à l'adoption auprès d'un notaire, elles ont déposé une requête devant le tribunal fin 2013. Elles soulignent qu'il leur a été très difficile d'obtenir les informations utiles pour monter le dossier auprès du tribunal. Elles se sont donc inspirées des informations mises en ligne par le TGI de Paris pour constituer leur dossier. Plusieurs mois après, le tribunal leur a demandé des pièces complémentaires dont la déclaration de consentement déposée chez le notaire puis concernant le changement de nom. Malgré l'impression qu'elles ont eu d'être peu informées, elles ont fait partie des premiers couples de mères à obtenir une adoption de l'enfant de la conjointe et ont pu ensuite conseiller d'autres familles. La décision du juge portait une erreur sur le double nom et a donc fait l'objet d'une demande de rectification. Une seconde procédure d'adoption

était en cours au moment de l'entretien pour leur cadet. Alors que pour l'adoption de leur enfant aîné elles avaient fourni des témoignages des parrain et marraine de leur enfant, d'amis, de membres de leurs familles respectives, elles n'en ont pas annexés à la requête pour l'adoption de leur cadet.

Corinne (40 ans) et Béatrice (41 ans), en couple depuis vingt ans, ont un enfant âgé de 4 ans qui a été mis au monde par Béatrice. Avant l'adoption de la loi de juin 2013, elles avaient célébré un parrainage républicain afin que Corinne soit la marraine de leur enfant et soit ainsi reconnue comme ayant une place privilégiée dans l'histoire de leur enfant. Aussitôt la loi promulguée elles se sont mariées en juillet 2013 et ont lancé, sans être assistées par un avocat, la procédure d'adoption au mois d'octobre suivant. Elles aussi se sont senties quelque peu démunies puisque le TGI, à chaque sollicitation, ne donnait jamais la même liste de documents. Certaines fois on leur disait qu'il fallait des témoignages, d'autres fois qu'il n'était pas nécessaire d'en fournir. L'association dont elles étaient adhérentes conseillait de ne pas en fournir. Sur les conseils toutefois d'une amie avocate, elles ont recueilli une vingtaine de témoignages. Elles n'avaient pas mentionné dans leur requête le mode de procréation (en l'occurrence une IAD à l'étranger), et aucune audience n'a été organisée. Cependant, cinq mois après le dépôt de la requête, elles ont été convoquées au commissariat dans le cadre d'une enquête de police demandée par le juge et ont fait l'objet, quatre mois plus tard, d'une visite à domicile de la brigade des mineurs pour vérifier les conditions d'accueil de l'enfant. Elles ont été évidemment surprises par la teneur de cette visite :

« Corinne : Les policières ne disent rien, elles rentrent et elles disent : on vient voir les conditions de l'accueil de l'enfant [Chloé commente : l'enfant ça fait déjà 3 ans qu'il est là !]

Béatrice : et là on se dit qu'on n'est pas dans la bonne procédure, on ne fait pas une adoption classique !

C : Une policière est allée voir le frigo, la chambre, les jouets, là elle a dit : 'rappelez-moi c'est un garçon que vous avez ? parce qu'il y avait une petite cuisine en jouet !'

B : Et quand elle est montée dans sa chambre elle a dit : 'oh ! la, la il y a beaucoup de jouets !' Elle a regardé les placards dans la cuisine, a vu les petits pains au lait et du nesquik, l'air de dire : 'c'est bon'.

C : Elle a ouvert le frigo, les placards à vêtements.

B : Moi j'avais une grande angoisse. Notre avocate nous avait dit : 'n'oubliez pas les barrières d'escalier'. Or on n'en a pas, l'escalier est petit, les marches de guingois. Les policières, elles étaient un peu fortes et je me disais : s'il y en a une qui tombe dans les escaliers, on est mal... (rires) et elles n'ont rien dit. Elles voulaient juste voir si les placards étaient pleins. »

4.1.2.3 Les enquêtes de police

Hinda (42 ans) et Clothilde (50 ans) sont en couple depuis dix ans et ont deux enfants, une fille de 5 ans et un garçon de 3 ans. C'est Hinda qui les a portés. Quand elles ont commencé les démarches pour que Clothilde puisse les adopter, elles racontent que le tribunal était injoignable et que la maison de justice ne savait pas comment les renseigner. Le greffe du TGI, qu'elles sont finalement parvenues à joindre leur a indiqué les pièces à fournir. Aucun témoignage n'était exigé et elles n'en ont pas fourni. Leur requête a été déposée début octobre 2014. Elles aussi se sont vues imposer une enquête de police demandée par le tribunal dès le 20 octobre. Au mois de janvier suivant, chacune a été reçue en entretien. Alors que les

policiers n'ont posé aucune question sur le mode de conception de leurs enfants, Hinda en a parlé au policier qui la recevait. Celui-ci lui a dit qu'il ne l'écrirait pas dans son rapport et lui a conseillé de ne plus en faire état. Dans un premier temps, la police avait demandé à ce que les deux femmes viennent avec les enfants puis s'est ravisée. Après une audience début octobre 2015, le tribunal a prononcé l'adoption plénière début novembre 2015, soit un peu plus d'un an après le dépôt de la requête. Les enfants porteront un double nom composé d'abord du patronyme de Hinda et de celui de Clothilde.

Lola (45 ans) et Nadine (46 ans) sont en couple depuis vingt-deux ans et ont deux enfants âgés de 11 et 7 ans. Chacune a porté un enfant. Elles ont envisagé par le passé de demander une délégation partage de l'autorité parentale mais y ont renoncé :

*« Je n'aurais pas supporté de m'entendre dire que les circonstances ne l'exigeaient pas. »
(Lola)*

Chacune avait néanmoins fait une tutelle testamentaire, de manière à ce qu'en cas de décès sa compagne soit désignée tutrice de l'enfant. Elles se sont mariées en novembre 2013. Le mois suivant elles ont déposé une requête pour l'adoption croisée de leurs enfants. La requête a dû être à nouveau déposée deux mois plus tard car une erreur avait été faite sur le prénom de Nadine. Si rien n'exigeait qu'elles fournissent des témoignages, elles étaient échaudées par la lecture de cas sur le fil de discussion de l'association dont elles font partie, et ont décidé de fournir des témoignages recueillis auprès de membres de leur famille, de l'école, du médecin des enfants, de leurs anciennes assistantes maternelles. En mai 2014, elles ont eu la surprise d'entendre sur leur répondeur téléphonique un message de la brigade des mineurs qui souhaitait les entendre dans le cadre de leur demande d'adoption :

« Nous sommes allées voir la brigadière qui nous a reçues séparément, ce qui nous arrangeait au niveau pratique. En fait nous sommes tombées sur quelqu'un de très, très bien qui d'emblée nous a dit : 'Je suis désolée mais je suis obligée d'obéir au procureur. Maintenant je ne comprends pas pourquoi il ne vous pose pas ces questions-là lui-même, parce que moi, mon travail c'est l'enfance en danger et je ne pense pas que vous le releviez de ce cas (...). Elle en a profité pour nous raconter entre nous qu'elle avait deux copines qui étaient en PMA en ce moment et que franchement c'était galère, qu'elle voyait un peu par quoi on avait dû passer il y a quelques années, qu'elle allait sûrement pas nous embêter et qu'elle allait faire le minimum. (...) Elle nous a posé des questions qui fâchent mais avant, elle nous a dit : 'Vous savez que vous avez le droit de ne pas répondre'. (...) Elle nous a dit aussi : je suis censée aller voir chez vous comment c'est, bon ils ont chacun leur chambre ? ils ont ce qu'il faut ? bon on va s'épargner une visite à domicile. » (Lola)

Ultérieurement, en janvier 2015, les deux femmes ont dû certifier sur l'honneur qu'il n'y avait pas de donneur qui pourrait revendiquer la paternité. Leur avocat a fait un courrier pour protester contre le délai interminable et les deux mères ont finalement reçu la décision, favorable à l'adoption plénière, quinze jours après. Le tout aura duré 15 mois.

Evelyne et Joëlle ont toutes les deux 38 ans, sont en couple depuis dix-sept ans et ont quatre enfants, dont deux jumeaux. Trois enfants, dont les jumeaux, ont été mis au monde par Evelyne ; le quatrième a été porté par Joëlle. En 2009, pour les jumeaux, âgés de 9 ans au moment de notre rencontre, le couple avait déposé une demande de délégation partage de l'autorité parentale (DPAP) qui leur a été refusée. Elles expliquent avoir subi une enquête de police et s'amuse d'ailleurs a posteriori du fait que les policiers ne semblaient pas trop savoir quelles questions poser ; elles avaient également été convoquées à une audience très longue, s'étaient faites assister d'un avocat et avaient déposé de nombreux témoignages. Elles ont finalement obtenu la DPAP en appel l'année suivante. Elles ont fait ensuite la même

démarche pour les autres enfants et sans avocat, et ont obtenu la DPAP cette fois en première instance. Liées par un Pacs depuis 2006, les deux femmes se sont mariées en septembre 2013 et ont déposé des demandes d'adoption au mois de février suivant : Joëlle demandait à adopter les trois enfants qu'elle n'avait pas mis au monde et Evelyne demandait à adopter le quatrième. Sans qu'elles n'aient eu à énoncer la façon dont les enfants avaient été conçus ni à fournir de témoignages, les adoptions plénières ont été prononcées en avril 2015.

Avant que le juge ne leur impose une enquête de police, les couples de mères comme Lola et Nadine, Hinda et Clothilde, Corinne et Béatrice dans le cadre de leur requête d'adoption ou encore Evelyne et Joëlle à l'occasion de leur demande de DPAP n'auraient jamais pensé recevoir la visite chez elles d'une brigade des mineurs. Si les assurances recherchées par ces tribunaux rappellent le travail d'investigation diligenté par les services de l'adoption ou de l'aide sociale à l'enfance pour vérifier que les personnes candidates à l'adoption conjointe ou à titre de célibataire sont aptes à accueillir un enfant, ce n'est qu'à première vue. Les services des conseils départementaux en charge de l'adoption n'ont jamais recours à la police mais à des professionnels de l'enfance tels que des assistants de service social, des éducateurs spécialisés et des psychologues. Puis dans les cas des demandes d'adoption déposés auprès des conseils départementaux, il s'agit de vérifier le bien-fondé et le caractère informé et mûri de ces demandes, les conditions d'accueil d'un enfant (en fonction notamment de son âge et selon qu'il a des besoins spécifiques) et, autant qu'il est possible de les évaluer, les compétences parentales. Dans le cas des femmes qui demandent à adopter l'enfant dit de leur épouse, dont elles ont voulu la naissance et qu'elles contribuent à élever depuis ses premiers instants, quel était l'enjeu de telles enquêtes ? Songeait-on véritablement à vérifier les conditions d'accueil de l'enfant ? Les critères pour les évaluer ne paraissent pas avoir été énoncés très clairement aux parents. Et qu'aurait-on fait si on ne les avait pas jugées satisfaisantes ? Aurait-on privé la requérante et son épouse, légalement la mère depuis la naissance, de leur enfant ? On peut supposer que non. La question du motif de telles enquêtes diligentées par des policiers reste posée.

4.1.2.4 L'épreuve de l'audience

Alice (45 ans) et Catherine (44 ans), au moment de notre rencontre, sont ensemble depuis trente ans. Elles ont deux filles âgées de 12 ans et 7 ans, toutes les deux mises au monde par Catherine. Elles se sont mariées peu de temps après la promulgation de la loi ouvrant le mariage à tous les couples en France, en septembre 2013. Début octobre Catherine a déposé son consentement à l'adoption chez le notaire. Au terme des deux mois prévus pour une éventuelle rétractation, Catherine a récupéré, début décembre, le document de consentement chez le notaire. Alice a déposé la requête en adoption avant Noël auprès du TGI. Quelques mois après, elle a été convoquée, seule, à une audience. Là, le dispositif l'a beaucoup impressionnée :

« Je ne suis pas juriste et quand t'arrives ici au tribunal dans une grande salle c'est impressionnant : d'un côté il y avait toutes les comparutions immédiates, il y avait l'avocate en robe. Je rentre, ils étaient à 3 : le juge et 2 assesseurs, la greffière tout le tralala quoi. Moi j'étais sur la défensive. J'avais reçu un papier comme quoi le procureur donnait un avis favorable, mais je ne comprenais pas pourquoi on me demandait de venir et franchement moi j'avais l'impression que notre situation, que la loi avait été faite pour nous. Quand je suis arrivée il y a l'assesseur qui a repris le dossier qui a dit : je vais rappeler les faits, moi j'étais très stressée, très angoissée. (...) L'assesseur commence à résumer le dossier de façon très positive : vous avez démontré une stabilité, et elle me dit : est-ce que vous pouvez nous expliquer pourquoi vous voulez adopter les enfants. Moi, je

n'étais pas bien, donc j'ai parlé très peu en synthétisant, en disant qu'on voulait que nos enfants aient les mêmes droits que les autres enfants, que c'était une protection pour eux, et voilà ça se passe bien, et là à la fin l'avocate pose la question : ma cliente est sur la défensive parce qu'on a du mal à comprendre pourquoi on est là alors que le dossier semble valable, qu'il y a une jurisprudence et pourquoi on passe devant vous ; et là, la présidente lui répond en termes techniques, juridiques. » (Alice)

Parce qu'elles avaient à l'esprit des affaires où l'adoption avait été refusée à des mères lesbiennes dans leur situation et parce qu'Alice se trouvait convoquée par le tribunal alors même que toutes les deux ne pensaient pas pouvoir mieux faire pour faire valoir leurs droits, a sans doute beaucoup accentué le caractère dramatique du processus juridique. Alice le formule à sa manière : le monde judiciaire exerce sur bon nombre de citoyens qui en sont peu familiers une forme d'intimidation. Alors même qu'Alice pensait que tout cela était le signe que la décision du TGI ne serait pas favorable, elles ont reçu une décision positive du tribunal à sa requête en adoption.

4.1.2.5 Se voir refuser l'adoption de l'enfant de la conjointe

Karine et Clothilde, 36 ans toutes les deux, ensemble depuis 7 ans, ont un enfant âgé de 3 ans. Il a été mis au monde par Clothilde. Eliane et Chloé, 43 ans toutes les deux et en couple depuis six ans, ont au moment de l'entretien un enfant âgé lui aussi de 3 ans (aujourd'hui, 1 an et demi après l'entretien, elles ont un deuxième enfant). Les deux couples ont fait appel au même avocat qui a pu avertir Karine et Clothilde de l'hostilité manifestée selon lui par le juge à l'égard de l'adoption intraconjugale pour les couples de femmes, à l'occasion quelques mois plus tôt de l'examen de la requête en adoption déposée par Eliane.

Dans le cas de Karine et Clothilde, leur avocat a déposé la requête en avril 2015 ; elle était accompagnée de témoignages rassemblés par le couple. Cinq mois plus tard, le tribunal a organisé une audience et les deux mères racontent avoir été l'objet de questions déstabilisantes et même désobligeantes. Cela s'est passé de manière à peu près similaire pour Eliane et Chloé. Le greffe du TGI n'a donné aucune liste spécifique de documents à fournir et n'avait à leur proposer que les listes de documents correspondant à l'adoption conjointe d'un enfant. Selon les deux couples, personne au tribunal n'était vraiment disponible pour les informer. C'est en recoupant avec les informations de l'association auprès de laquelle elles prennent conseil depuis le début de leur parcours parental qu'elles finissent pas savoir quelles pièces fournir.

Entre temps, des pièces complémentaires avaient été demandées. Dans une lettre adressée aux deux couples de mères – dont elles nous ont donné une copie – il leur est demandé deux pièces : l'une « tenant à l'anonymat du donneur pour la procréation médicalement assistée pour s'assurer qu'aucun géniteur ne pourra venir revendiquer la paternité sur l'enfant », l'autre « tenant à la certitude que c'est bien [Clothilde ou Chloé] qui a accouché de [l'enfant] tels que des certificats de suivi de grossesse ». Elles ont fourni ces documents en pensant que cela leur permettrait d'obtenir une adoption plénière. Deux mois après l'audience, le tribunal a rendu un jugement négatif. Ce jugement est motivé par le recours à un PMA qui, aux yeux du magistrat, constitue une fraude à la loi :

« Le tribunal doit vérifier que la situation juridique qui lui est soumise ne consacre pas une fraude à la loi.

Cette fraude est constituée lorsqu'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux.

Il appartient au tribunal d'empêcher de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer des pratiques constitutives d'un tel détournement ou de fraude.

[Karine (...)] et [Clothilde (...)], qui ont toutes deux signé le contrat précité avec la clinique (...), avaient formé le projet commun d'obtenir un enfant en recourant à une PMA à l'étranger.

La directive UE 2001/24 du 09/03/2011 invoquée par la requérante et son épouse pose le principe de la libre circulation pour les soins de santé que les ressortissants européens peuvent aller recevoir à l'étranger. Le recours à une PMA par [Karine (...)] et [Clothilde (...)] ne s'inscrit pas dans le cadre de soins de santé, [Clothilde (...)] ne souffrant pas d'une pathologie.

Or le procédé qui consiste à recourir à l'étranger, au bénéfice d'une assistance médicale à la procréation, qui n'est légalement pas possible en France pour [Karine (...)] et [Clothilde (...)], puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci.

En signant le contrat précité, elles se sont engagées toutes les deux dans un processus contraire aux dispositions légales en France qui ne leur permettent pas de bénéficier d'une PMA. Elles ont ainsi manifesté toutes les deux leur intention frauduleuse et réalisé une manœuvre frauduleuse.

L'adoption est, dans ces conditions, l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à échapper aux prohibitions de la loi française. » (Extrait du jugement en première instance sur la requête de Karine et Clothilde)

Les arguments présentés dans le jugement rendu par le même tribunal quelques mois plus tôt sur la requête d'Eliane et Chloé sont en tout point identiques.

Le magistrat invoque également le principe de non-discrimination entre les couples de femmes d'une part qui pourraient devenir mères après avoir sollicité une PMA à l'étranger et les couples d'hommes qui ne pourraient pas le devenir suite à une GPA. L'affaire ne manque pas d'ironie. Le tribunal se sert d'une pièce demandée afin de prouver « qu'aucun géniteur ne pourra venir revendiquer la paternité sur l'enfant », pour finalement qualifier la PMA mise en œuvre à l'étranger par ces femmes de fraude à la loi.

Les deux couples ont fait appel de cette décision. Cette fois, Eliane et Chloé, alors qu'elles ne l'avaient pas fait en première instance, ont joint des témoignages. Chose exceptionnelle, le procureur a également interjeté appel. Au moment de l'entretien, la Cour d'appel n'avait pas rendu sa décision. Quelques mois plus tard, les deux couples nous ont adressé une copie d'un courrier de leur avocat les informant que la Cour d'Appel avait prononcé l'adoption plénière ainsi que l'arrêt de la Cour d'Appel qui infirme donc la décision rendue en première instance et prononce l'adoption. La Cour d'Appel s'appuie pour cela, comme l'ont fait progressivement le plus grand nombre de juridictions, sur les deux avis de la Cour de Cassation du 22 septembre 2014, qui considère 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. »

A posteriori, tant Karine et Clothilde qu'Eliane et Chloé, s'étonnent de l'attitude peu amène du magistrat :

« Même dans son attitude physique, il avait des mimiques de dégoût. » (Karine).

Eliane et Chloé rapportent exactement la même impression. Les conditions de l'audience et la nature des documents demandés avant l'audience ont d'ailleurs poussé Eliane, en tant que requérante principale (puisque c'était elle qui souhaitait pouvoir adopter), à saisir le Conseil

supérieur de la magistrature (CSM). Elle explique dans ce courrier dont elle nous a proposé une copie ce qui l'a profondément choquée. Concernant d'abord la demande de pièces complémentaires :

La première demande, visant à prouver l'anonymat du donneur « *nous a paru très intrusive dans la mesure où ma lettre de requête ne mentionnait pas le mode de procréation.* »

La deuxième, visant à prouver que Chloé avait bien accouché « *nous a franchement insultées, dans la mesure où elle mettait en doute l'acte de naissance de Paulo et suggérait sans fondement ni argumentation une possible fraude, laquelle aurait impliqué non seulement nous-mêmes mais également potentiellement des personnels hospitaliers et agents d'état civil, de façon à produire un faux acte de naissance. Le magistrat a justifié cette question en audience (...) par une volonté de démasquer ou d'écarter un éventuel recours à la GPA, ce qui nous a semblé, en plus d'être totalement irrespectueux et discriminatoire, absurde dans le cas d'un couple de femmes.* » (Lettre de saisine du Conseil supérieur de la magistrature par Eliane)

A l'occasion de cette saisine du CSM, Eliane s'indignait également de l'atmosphère de l'audience à laquelle le tribunal les avait convoquées :

« *Dès la première question, qui portait sur le fait que Paulo est issu d'un projet parental commun, [le juge] n'a pu réprimer de nombreuses manifestations physiques de désapprobation voire de dégoût telles que rictus et grimaces accompagnées de mussitations à notre égard. Ces manifestations physiques se sont répétées tout au long de l'audience. Plus généralement, c'est le concept même qu'un couple de femmes puisse avoir le projet de fonder une famille qui semblait gêner [le juge], comme l'illustre la réplique suivante : 'Mais vous êtes deux femmes, ça n'est pas naturel, comment avez-vous fait ?'.* » (Lettre de saisine du Conseil supérieur de la magistrature par Eliane)

Il n'est bien entendu pas question de prendre parti ni de porter la moindre appréciation sur le déroulé de la procédure et l'action d'un magistrat. Il ne s'agit pas non plus de souligner un quelconque manque d'impartialité de la part du magistrat. Il s'agit en réalité de considérer les effets d'une telle procédure, dans un climat social encore marqué par des polémiques très dures autour de la reconnaissance par le droit des familles homoparentales, sur les requérantes qui, de plusieurs points de vue, éprouvent le sentiment d'être visées par une forme de soupçon.

De ce point de vue, fournir des témoignages de leur entourage plus ou moins proche pour attester de la « réalité » des liens familiaux et du fait que la mère demandant à adopter se comporte bien comme une mère est censée le faire, est plutôt mal vécu. Si la lecture de ces témoignages sont quelques fois l'occasion pour les mères de découvrir par écrit le bien que leurs proches pensent de leur manière d'élever leur enfant, cela n'empêche pas les femmes que nous avons rencontrées de considérer que la justice leur demande de fournir des preuves visant à écarter la possibilité qu'elles ne seraient pas de bonnes mères, au sens où elles ne se comporteraient pas comme on attend que les mères se comportent aujourd'hui dans notre société. Pour Chloé et Eliane, cela a été très dur de demander ces témoignages mais aussi d'en prendre connaissance, parce qu'elles ont réalisé à quel point, dans leur cas, vouloir devenir mères et faire naître un enfant ne suffisait pas à faire d'elles des parents. Invitées à réfléchir

plus avant à ce qui leur posait problème dans la production de ces témoignages, elles ont expliqué que, finalement, ce qui les dérangeait, c'était surtout de se soumettre à l'approbation de leurs proches, sur injonction d'un juge.

« L'avocate nous a demandé cette fois-ci de produire un certain nombre de témoignages de nos proches et de tiers professionnels, et pour moi ça a été très dur ce passage-là de devoir demander à des proches d'attester qu'Éliane était la maman de Paulo. Allez faire la traduction en mots de quelque chose d'évident ! Comment vous voulez coucher ça sur le papier ? On a dû demander aux gens de rester sur des faits, alors ça donne : 'Éliane s'occupe de Paulo, lui donne à manger' etc. C'est affreux pour nous. Moi, j'ai très mal vécu ce truc-là. » (Chloé)

Les situations analysées ici sont bien sûr intéressantes à plus d'un titre. Nous retiendrons simplement trois points riches d'enseignement compte tenu de l'objet du rapport.

En premier lieu, les entretiens réalisés avec les familles, mais aussi avec les magistrats – nous le verrons un peu plus loin –, à Paris, en Île de France et dans d'autres régions de la France métropolitaine, illustrent, si besoin était, l'extrême diversité des pratiques d'une juridiction à l'autre. Alors que dans certains TGI, y compris avant l'arrêt de la Cour de cassation de septembre 2014, admettaient que l'épouse d'une femme qui avait porté l'enfant dont elles avaient projeté la venue au monde, suite à une IAD à l'étranger ou à une insémination avec le sperme d'un donneur connu, puisse adopter l'enfant, ailleurs, le tribunal objectait la fraude à la loi. Objection qui a d'ailleurs perduré après l'arrêt de la Cour de cassation dans certaines juridictions, en première instance, par exemple celle de Karine et Clothilde et de Chloé et Eliane.

En deuxième lieu, l'examen de ces différents cas illustre l'embarras d'un certain nombre de magistrats quant à la manière de considérer le tiers masculin géniteur. Ces situations ne sont probablement pas encore assez nombreuses pour que les juges aient pu dans certains TGI acquérir avec le temps un véritable savoir-faire. Il faut aussi peut-être considérer que peu de formations leur sont proposées sur les configurations familiales contemporaines (voire aucune) et que dans cette situation, ils forgent leur point de vue sur la base d'éléments glanés dans le débat public et, pour quelques-uns, à condition que leur emploi du temps le leur permette, dans des lectures rendant compte de recherches en sciences sociales, cliniques ou juridiques. Il est par conséquent parfois difficile pour un juge de cerner avec certitude ce que représente le donneur de sperme dans la vie d'un enfant élevé par deux femmes, *a fortiori* si celui-ci est connu. Il s'agit alors pour quelques magistrats de chercher à savoir s'il n'est pas susceptible un jour de reconnaître l'enfant. Dans un certain nombre de cas, la recherche d'informations visant à établir la manière dont l'enfant a été conçu a pu conduire (dans les affaires de Karine et Clothilde et de Chloé et Eliane, cela semble même avoir été fait à dessein) des magistrats à refuser l'adoption au motif que les deux femmes auraient fraudé à la loi ; décisions contredites depuis en appel.

Enfin, l'expérience que des couples de femmes ont eu de la procédure imposée par un certain nombre de tribunaux – qui exigeait la production de témoignages, une enquête de police voire, dans quelques cas, une audience éprouvante –, impose de réfléchir à la nécessité de ces exigences et à leur aspect symbolique. Avoir à demander des lettres à des membres de la famille, de l'entourage amical, à des personnels médicaux, de la crèche ou de l'éducation nationale afin qu'ils attestent que l'on se comporte comme des parents et, plus encore, que l'on est de « bons » parents, n'est pas un acte anodin ni indolore. Être convoquée par la police ou recevoir une brigade des mineurs chez soi, que l'enfant que l'on élève depuis sa mise au monde et dont a voulu la naissance ait quelques mois ou plusieurs années, malgré les précautions quelques fois prises par des fonctionnaires de police tout à fait scrupuleux, a

toujours été vécu comme angoissant et traumatisant. Pour quelques-unes, quand il a été organisé une audience, ce moment de convocation devant la Cour a aussi été une source d'angoisse supplémentaire. Au-delà de la surprise, de l'anxiété ou de l'indignation exprimée par un certain nombre, les couples rencontrés témoignent surtout du fait qu'elles se sont souvent senties démunies et peu informées, et qu'elles s'étonnaient qu'autant de vérifications puissent être demandées alors qu'elles avaient le sentiment que la loi ne l'exigeait pas et que d'un TGI à l'autre, le traitement des dossiers puisse être aussi différent.

4.2 Analyse comparée franco-québécoise du droit applicable aux couples de parents de même sexe à la lumière des données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec³⁷⁰

Pendant l'été 2015, des entretiens ont été effectués à Montréal et à Québec, auprès d'une dizaine de couples de femmes françaises ou binationales élevant un ou plusieurs enfants issus d'une procréation assistée avec tiers donneur, installées au Québec³⁷¹. Ces entretiens se sont révélés d'une grande richesse à plusieurs niveaux. Ils ont permis de confirmer la pertinence de notre travail de comparaison entre la France et le Québec

Cette partie porte sur les deux principales difficultés rencontrées par ces couples de femmes, lorsqu'elles souhaitent que leur famille, reconnue en tant que telle au Québec, le soit également en droit français ou lorsqu'il s'agit d'obtenir la nationalité française pour l'enfant.

4.2.1 Les dispositions juridiques

4.2.1.1 *France : la loi de mai 2013*

On l'a vu dans la partie 2.2, la loi 2013-404 du 17 mai 2013, permet aux couples de même sexe de contracter un mariage. Même si nulle part dans la nouvelle loi il n'est expressément formulé que l'adoption par les couples de même sexe est permise, celle-ci résulte d'un effet mécanique du droit pour deux personnes de même sexe de se marier : dès lors qu'elles sont mariées, deux personnes peuvent demander à adopter conjointement un enfant ou recourir à l'adoption plénière ou simple de l'enfant du conjoint. Ainsi qu'on l'a analysé précédemment, le mode de conception de l'enfant n'a aucune incidence sur le prononcé de son adoption par la conjointe de sa mère : même si l'enfant est issu d'une insémination avec donneur pratiquée à l'étranger, en contravention des règles françaises sur l'AMP, l'adoption est possible dès lors qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et que les autres conditions légales sont remplies. Tel est l'avis prononcé, en septembre 2014, par la Cour de cassation en réponse aux refus d'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère opposés par certains tribunaux, au nom de la fraude à la loi française. A notre connaissance, les tribunaux du fond se rangent dorénavant à cet avis.

³⁷⁰ Cette analyse a été présentée lors du XIX^{ème} congrès de l'Association Internationale des démographes de langue française à Strasbourg en juin 2016 par Martine Gross, Michèle Giroux et Laurence Brunet. Il fera l'objet d'une publication dans un ouvrage sous le titre provisoire de *Droit et politiques des familles* sous la direction de Maria Cristina Sousa Gomes et Jean-Paul Sanderson.

³⁷¹ Jérôme Courduries et Martine Gross ont rencontré les couples ; Michelle Giroux a été observatrice (en attendant l'accord du comité d'éthique à la recherche de l'Université d'Ottawa) de deux de ces entretiens.

4.2.1.2 Québec : la loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation de juin 2002

Au Québec, comme développé dans la partie 2.1.2, la réforme de 2002 qui prévoit un chapitre entier dans le Code civil du Québec sur la procréation assistée, crée de toute pièce la filiation homoparentale pour les femmes lesbiennes, à l'aide de la science par la PMA ou même par le don de gamètes par relation sexuelle afin de faciliter l'enfantement des femmes lesbiennes qui désirent un enfant. L'homoparentalité y est consacrée et il devient ainsi possible pour des couples de femmes, quel que soit leur statut matrimonial et ayant conçu un enfant par PMA, de se voir reconnaître comme les deux mères sur simple déclaration à la naissance : celle qui l'a mis au monde et celle avec qui celle-ci a élaboré un « projet parental avec assistance à la procréation »³⁷².

Il faut aussi ajouter que le droit québécois permet de donner à l'enfant un nom de famille composé des noms de famille des deux mères³⁷³. Les femmes ont le choix : elles peuvent donner chacune une composante de leur nom de famille, qui cependant ne devra pas excéder deux composantes. Elles peuvent également décider de ne donner le nom que de l'une d'elles deux.

4.2.2 Les familles françaises ou binationales installées au Québec

Une série d'entretiens de type compréhensif a été effectuée auprès d'un petit corpus de huit familles homoparentales françaises ou binationales (c'est-à-dire dont l'un des membres du couple est français), installées au Québec et ayant eu recours à la PMA ; nous détaillons ci-après quelques informations concernant les personnes interrogées.

Les mères rencontrées sont âgées en moyenne de 39 ans. La plus jeune a 31 ans. La plus âgée, 55 ans. Elles ont toutes un niveau éducation supérieur ou égal au bac, en moyenne bac+3. Elles sont toutes de classe moyenne ou supérieure. La plupart travaillent à temps plein. Deux mères sont en congé parental, une mère travaille à temps partiel. Deux couples ont monté une entreprise, l'un dans l'immobilier, l'autre dans l'aéronautique. Elles se sont rencontrées il y a en moyenne 11 ans. Le couple le plus ancien s'est constitué il y a 20 ans, le plus récent il y a 7 ans.

Elles se sont installées au Québec (6 couples à Montréal, 2 couples à Québec), il y a en moyenne 7 ans. L'installation la plus récente est de 3 ans, la plus longue est de 15 ans.

4 couples se sont installés au Québec parce que c'est un pays qu'elles avaient apprécié lors de vacances ou d'un séjour étude. Leur envie d'y vivre était sans lien avec l'acceptation de l'homosexualité ou les lois favorables à l'homoparentalité.

4 couples ont choisi d'immigrer au Québec à cause de l'acceptation de l'homosexualité, de l'accès aux PMA pour les couples de femmes, ou de la loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation de juin 2002, qui reconnaît l'homoparentalité.

Six des huit couples que nous avons interviewés au Québec étaient mariés.

La plupart de ces couples n'envisagent pas de quitter le Québec et choisissent d'y rester à cause du climat d'acceptation des familles homoparentales.

³⁷² Art. 114 C.c.Q.

³⁷³ Voir l'article 51 du Code civil du Québec.

Camille s'exprime ainsi sur cet aspect :

« [...] ici on se sent dans nos droits, nous sommes respectées, on est en toute légalité ».

Les huit couples interrogés se sont tous posés la question des démarches à accomplir pour que leur enfant obtienne la nationalité française ou pour que celle qui ne l'a pas porté obtienne un statut légal de mère pour l'état civil français.

Les démarches sont les suivantes :

- elles doivent présenter un acte de naissance où ne figure que le nom de la mère qui a porté l'enfant. La mère qui n'a pas porté l'enfant doit donc renoncer à figurer en tant que mère sur l'acte de naissance de l'enfant ;
- si elles ne l'ont pas déjà fait, elles doivent se marier ;
- enfin, la mère qui n'a pas porté l'enfant doit l'adopter.

Les réactions par rapport à ces démarches sont diverses. Certaines vont se résoudre à adopter leur propre enfant, d'autres renonceront à octroyer la nationalité française à leur enfant puis à établir la co-maternité sur l'état civil français via l'adoption de l'enfant de la conjointe. Enfin, d'autres encore qui souhaitaient revenir en Europe choisiront l'exil en Belgique ou en Espagne pour que la famille qu'elles ont constituée continue d'être légalement reconnue.

4.2.2.1 Adopter son propre enfant

Parmi les familles rencontrées, certaines vont procéder à ce qui est exigé d'elles mais sont choquées d'avoir à supprimer une mère pour pouvoir la rétablir par la suite via l'adoption.

« humiliant »

Camille (45 ans) et Michèle (50 ans) sont installées au Québec depuis 11 ans. Quelques semaines avant de quitter la France, elles procèdent à une dernière tentative avec une insémination de Michèle qui tombe enfin enceinte de jumeaux nés au Québec et qui ont au moment de l'entretien 10 ans et demi. Les enfants portent le double nom, celui de Camille d'abord, pour équilibrer le fait que c'est Michèle qui les a portés. Elles ont été très émues d'être toutes les deux inscrites comme mères sur le formulaire de naissance. Toute la famille a la citoyenneté canadienne.

Elles veulent que le statut légal de mère soit reconnu à Camille en France pour que les enfants puissent hériter aussi d'elle et au cas où elles reviendraient en France (ce qu'elles n'envisagent pas dans l'immédiat) pour que les enfants puissent être à la garde de Camille en cas de décès de Michèle. Lorsqu'elles ont commencé les démarches, le Consulat n'a pas voulu enregistrer le double nom des enfants ni transcrire le lien de filiation de Camille. Ceux-ci portent donc sur les papiers français le nom de Michèle seulement tandis que le double nom est inscrit sur les papiers canadiens. Leur avocate parisienne leur conseille de ne pas demander la transcription de l'acte de naissance québécois à Nantes³⁷⁴ mais de se marier et de procéder à l'adoption de l'enfant de la conjointe. Elles se marient alors qu'elles n'avaient pas vraiment envisagé de le faire puis ont attendu, pour présenter leur requête, l'avis de la cour de cassation de septembre 2014 qui a mis fin au risque de se voir refuser l'adoption à cause du recours à la PMA. Camille résume son ressenti : « je dirais : c'est presque humiliant cette

³⁷⁴ Le service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, pour les Français nés à l'étranger, est situé à Nantes.

démarche d'adoption, moi je la trouve presque humiliante [...] d'adopter mon propre enfant, d'être obligée de passer devant un juge, d'avoir une enquête de police ».

En décembre 2016, l'adoption de l'enfant par Camille est refusée par le TGI de Paris au motif que le lien de filiation maternelle à son égard est déjà établi dans l'acte de naissance canadien (selon l'information transmise par la famille). Ce refus conduit la famille à demander la transcription au procureur de la République à Nantes. Nous ne savons pas encore si leur demande sera satisfaite.

« Un formulaire ce serait plus simple »

Amélie (45 ans), française, vit à Montréal depuis 15 ans. Son projet, elle l'a mené seule et elle rencontre Françoise (39 ans), française elle aussi, il y a 6 ans, lorsqu'elle était enceinte des jumeaux. Dès la naissance, Françoise s'investit auprès d'eux. Elles sont deux mamans et ont chacune une relation privilégiée avec l'un des enfants car l'un des deux n'a pas pu être allaité. Les jumeaux ont la citoyenneté canadienne, portent le double nom pour le Canada, avec le nom d'Amélie en premier, mais pour l'état civil français ne portent que le nom d'Amélie. Elles se sont mariées pour pouvoir procéder à l'adoption selon le droit français.

Lorsqu'elles reçoivent les formulaires d'adoption, elles sont étonnées parce que ce sont des formulaires qui concernent les remariages et qui ne leur semblent pas du tout adaptés à leur cas :

« c'est les formulaires d'adoption de l'enfant du conjoint dans le cas d'un remariage, ce qui est ridicule parce que du coup les questions qu'ils posent dans la requête c'est écrit : moi, j'ai accueilli tel enfant tel jour et je l'aime comme mon propre enfant... [...] il y a quand même ce truc absurde d'une démarche qui n'est pas appropriée : il faut des photos pour prouver le lien, je leur ai mis 50 photos. [...] Il faut changer les formulaires car ça ne tient absolument pas compte des réalités. Dans les pays qui reconnaissent l'homoparentalité à mon sens ça devrait être une formalité de la retranscrire. »

4.2.2.2 Renoncer à l'adoption et à la nationalité

« On ne veut pas passer par l'adoption. C'est comme si vous adoptiez votre propre enfant »

Certains couples rencontrés espèrent que la loi changera en France et renoncent à l'adoption de l'enfant de la conjointe ou même à la nationalité française.

Clémence et Albane, toutes les deux françaises, se sont rencontrées au Québec il y a une dizaine d'années dans leur milieu de travail. Elles ont acheté une maison et y ont emménagé depuis 8 ans. Deux ou 3 ans plus tard, elles concrétisent leur désir d'enfant. C'est Clémence, la plus âgée, qui porte leur fils de 3 ans et demi et c'est Albane qui a porté leur fille de 18 mois. Elles ont souhaité faire des démarches pour que les enfants aient la nationalité française au cas où ils désireraient y retourner pour leurs études mais ont décidé de renoncer.

« On s'était adressé au consulat français qui nous a dit : il n'y a pas de problème mais sachez que quand on va inscrire l'enfant il n'aura qu'une mère...ça nous a fait très bizarre... car c'est se dire qu'on raye nos enfants de leurs attaches quelque part françaises, et que s'ils désiraient un jour rentrer et faire des études, ce seraient des étrangers... pour l'instant on attend de voir ce que la France devient, on regarde ça de loin ».

Elles n'ont pas l'intention non plus de procéder à l'adoption de l'enfant de la conjointe :

« On a fait les enfants ensemble, pour moi c'est radicalement différent que si Albane avait eu son enfant et que je me sois mise ensuite avec elle, là on a fait le processus familial

ensemble par l'insémination, il y a eu tout un processus de fait ensemble pour moi ça serait illogique d'adopter A ».

Romy et Alicia, 31 et 32 ans, toutes les deux françaises, sont ensemble depuis 10 ans. Elles se sont installées au Québec il y a 6 ans car elles avaient envie de voir du pays, découvrir une autre culture, et elles y avaient des amis qui s'y étaient installés peu de temps avant. Elles ont rapidement envisagé la PMA car même si l'adoption aurait bien convenu à Alicia, Romy avait envie de porter un enfant. Elles trouvaient aussi très compliqué de recourir à un ami.

Leur fille a la citoyenneté canadienne et elles sont inscrites dans son acte de naissance comme les deux mères ; elle a la nationalité française aussi, pour le cas où elle voudrait faire ses études en France. Il y a donc des documents différents : pour le Canada, elles sont mariées avec un enfant, pour la France, elles sont mariées mais seule Romy est la mère de Tina qui a pour nom d'usage le double nom.

Alicia trouve aberrant cette exigence : *« je n'ai pas besoin d'adopter puisque je suis déjà la mère, si ça avait été un couple hétéro ils auraient été parents tout de suite ».*

« L'exil plutôt que la France »

Certaines qui souhaitaient rentrer en France ne le feront pas soit à cause de ces exigences légales qu'elles trouvent intolérables, soit parce qu'elles craignent de ne pas être soutenues pour aider leur enfant à affronter l'homophobie à l'école. Elles s'exileront en Espagne ou en Belgique.

Célia et Renée, 41 ans et françaises toutes les deux, se sont rencontrées en 2007 pendant leurs études en orthophonie. Elles sont parties finir leurs études aux Etats-Unis puis se sont installées à Montréal parce qu'elles avaient visité la ville et s'étaient dit qu'elles aimeraient bien y vivre.

Peu après leur installation, elles mettent en route leur projet de fonder une famille. Célia, qui avait davantage envie de vivre la grossesse, porte leur premier enfant conçu par IAD avec don anonyme. Elles sont allées au consulat de France pour qu'il soit français.

« On s'est aperçu qu'ils ont changé le certificat de naissance en éliminant Renée de l'acte. S. a pour nom notre nom composé. Ils ont changé son nom et n'ont gardé que le nom de Célia. Il a un passeport canadien, un acte de naissance canadien et un acte de naissance français différent. On ne fera pas de passeport français parce qu'il aurait 2 passeports avec 2 noms différents. On a juste fait le minimum avec le consulat au cas où, quand il sera adulte. »

Leur enfant a donc la nationalité française, mais possède deux identités.

Elles ne veulent pas faire la démarche de faire adopter leur enfant par Renée.

« On y a pensé mais c'est une démarche qui ne nous plaît pas du tout car elle (Renée) est déjà sa mère et il faudrait qu'elle adopte son propre enfant. Là, ils ont déjà décidé de lui changer son nom, accepteront-ils s'il est adopté de le lui redonner ? ... On compte revenir en Europe, mais ça ne sera pas en France parce qu'on veut que ses droits soient respectés. »

Elles souhaitent en effet revenir car elles sont nostalgiques de l'Europe et voudraient se rapprocher de la famille pour S., mais elles choisissent d'aller en Belgique :

« On se plaint beaucoup et en même temps il y a des aspects européens qui nous manquent...La Belgique plutôt que la France. On choisit la France si nous sommes

reconnues comme famille comme ici, et comme en Belgique ».

4.2.2.3 La transmission des biens

Les témoignages montrent que lorsque l'inscription d'un enfant dans les lignées de ses parents et grands-parents ne va pas de soi, comme c'est le cas pour le droit français concernant les familles homoparentales, les grands-parents non statutaires peuvent dépasser leurs positions conservatrices et exprimer le souhait que le droit change pour pouvoir consolider juridiquement leurs liens avec leurs petits-enfants. Ils vont parfois jusqu'à faire des démarches pour transmettre leurs biens de manière équitable, au-delà de ce que la loi française leur permet de faire.

Jade et Fanny, 35 et 37 ans, françaises toutes les deux, se sont rencontrées il y a 9 ans et ont rapidement su qu'elles souhaitaient fonder une famille. Fanny avait besoin de s'éloigner d'une famille trop prégnante. Elles choisissent de s'installer au Québec parce que la législation y est la plus ouverte du monde selon elles. Elles y sont depuis 6 ans. Elles ont eu recours à une PMA. Jade a porté leur premier enfant qui a au moment de l'entretien 3 ans et demi, avec l'idée que Fanny porterait le second.

Elles ont acquis, ainsi que leur fils, la citoyenneté canadienne mais elles n'ont pas entrepris de démarches pour donner la nationalité française à ce dernier. En effet, Fanny qui possède des biens en France, s'était renseignée auprès de son notaire :

« Si je meurs demain est-ce que B. peut hériter ? Il lui avait dit oui mais ne le faites pas reconnaître français pour l'instant, c'est sa loi personnelle qui va jouer et comme il est juste canadien il a 2 mères et vous êtes sa mère ».

Jade et Fanny envisagent de quitter le Québec d'ici 2 ou 3 ans. Elles projettent de partir en Espagne, à la fois pour le soleil et parce que leur famille y sera reconnue. Elles n'envisagent pas de revenir en France à cause de l'homophobie.

4.2.3 Discussion

Ces entretiens, faisant état de la situation des familles *lesboparentales* françaises ou binationales installées au Québec, nous permettent de réfléchir à des situations concrètes où apparaissent les différences entre le droit applicable au Québec (où la double filiation monosexuée est autorisée sur simple déclaration au registre de l'état civil) et en France (où elle n'est autorisée que par le truchement de l'adoption de l'enfant du conjoint, une fois le couple marié).

Au-delà du simple constat qu'un certain nombre de couples ne veulent pas de cette solution, ces discordances juridiques soulèvent des enjeux importants. Des approches variées sont retenues par ces couples qui vivent différemment la réalité des effets distincts des droits nationaux.

Rencontrer ces couples de parents de même sexe pris entre deux droits nationaux de la famille permet certes d'éclairer les différences juridiques entre le Québec et la France, mais surtout de réfléchir à la manière dont ces situations familiales interrogent de façon inédite le droit.

4.2.3.1 Transcription partielle (première filiation maternelle)

Entre autres, du point de vue des parents eux-mêmes, le fait que l'état civil français refuse de reconnaître les actes de naissance québécois des enfants et les oblige à recourir à l'adoption

de l'enfant du conjoint, revient à nier tout à fait le rôle et la place, dans la généalogie de l'enfant, du parent non biologique. On peut d'autant plus s'étonner que le statut de l'enfant manque de stabilité dans l'espace et conduise à des situations boiteuses entre deux pays alors que la France a non seulement reconnu le principe même de la famille homoparentale en mai 2013, mais qu'elle a admis, par la voix de la Cour de cassation, que cette famille puisse être constituée par assistance médicale à la procréation avec don de sperme. On aurait ainsi pu imaginer que les autorités administratives considèrent que l'acte de naissance québécois, portant *ab initio* mention de la double filiation maternelle, ne heurtait pas l'ordre juridique français, dans la mesure où celui-ci admet bien l'inscription d'une double filiation maternelle à l'état civil, même si par des modes d'établissement différents, et qu'elles procèdent dès lors à la transcription directe et complète de l'acte de naissance québécois.

Sept des huit couples de mères rencontrées à Montréal et à Québec ont expliqué avoir eu recours à une AMP avec don de sperme sur le sol canadien. Un couple avait initié le processus d'AMP en Espagne alors qu'elles vivaient encore en France et l'une des deux femmes était tombée enceinte de jumeaux, juste avant d'émigrer au Québec. Dans toutes les familles rencontrées, l'enfant est né sur le sol canadien et dispose donc d'un acte de naissance canadien. Sur cet acte de naissance, l'enfant a deux mères et porte les deux noms maternels. Tant que la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe n'a pas été votée en France, aucun couple n'a demandé la transcription de l'acte de naissance canadien de leur enfant à l'état civil français. La raison est simple : leur enfant disposant à l'état civil canadien de deux filiations maternelles, il se serait retrouvé à l'état civil en France avec une seule filiation maternelle sans espoir de pouvoir jamais faire établir la seconde filiation maternelle³⁷⁵ : seule la filiation maternelle avec la femme qui a accouché aurait été établie et seul son nom aurait été inscrit sur l'acte de naissance.

4.2.3.2 Nationalité

Certaines des mères rencontrées envisageaient de retourner vivre en Europe et beaucoup souhaitaient que leur enfant puisse être pleinement reconnu comme le leur par l'état civil français. Il est même arrivé que l'on nous dise que les grands-parents auraient aimé que leur petit-enfant soit français. Leur acte de naissance canadien confère à ces enfants la nationalité canadienne. Au moment des entretiens, cinq d'entre eux avaient la nationalité française. Ces cinq couples ont déclaré la naissance de l'enfant à l'état civil français ou bien ont demandé la transcription de l'acte de naissance canadien. Parmi ces cinq couples, deux couples ont initié le processus de l'adoption de l'enfant de la conjointe. Trois couples n'ont procédé à aucune démarche vis-à-vis de l'état civil français et se sont montrés peu enclins à le faire. Dans leur vie quotidienne au Québec, ils ne rencontraient aucune difficulté, leur famille y était pleinement reconnue et l'état civil de leur enfant ne soulevait aucune inquiétude. Concernant

³⁷⁵ Voir Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (2 espèces), *Dt fam*, juillet-août 2012, Repère, C. Neirinck.

la nationalité française, ces trois couples ont donc renoncé car cela aurait signifié que seule soit transcrite la filiation avec la mère qui a porté l'enfant et l'a mis au monde, l'autre mère disparaissant tout simplement, du moins c'est ce que leur auraient dit les services du Consulat de France.

C'est pourquoi certaines familles *lesboparentales* françaises ou bi-nationales installées au Québec préfèrent laisser le lien parental intact plutôt que de demander la nationalité française à tout prix.

Il est alors permis de s'interroger sur la nécessité de transcrire l'acte de naissance québécois préalablement à la demande de nationalité française : la circulaire du 25 janvier 2013 ³⁷⁶ relative à la délivrance des certificats de nationalité française, dite « circulaire Taubira », ne pourrait-elle pas être appliquée par analogie dans le cas présent ? En effet, cette circulaire enjoint de faire droit aux demandes de délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français, dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil selon lequel « 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 (...) cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Même si les délais d'obtention sont parfois longs, des certificats de nationalité française sont délivrés aux enfants nés de GPA reproduisant la filiation telle qu'elle est mentionnée sur l'acte de naissance étranger sans préjuger de la question de la transcription de la filiation sur les registres français de l'état civil, conformément à ce que recommande cette circulaire. Pourquoi ce texte ne pourrait-il pas s'appliquer par analogie dans le contexte du recours à une PMA ? Le but de la circulaire est bien de dissocier l'enjeu du statut civil de celui de la nationalité. Elle devrait permettre d'octroyer la nationalité française à un enfant, identifié par une double filiation établie à l'étranger, dès lors qu'un de ses parents est français – en l'occurrence son parent biologique –, sans se préoccuper de la validité en France du lien de parenté entre l'enfant et son parent non biologique. Les couples de femmes devraient-elles être soumises aux strictes conditions actuelles de la transcription et donc, comme elles nous l'ont rapporté, à l'obligation de devoir ne mentionner comme parent que la mère qui a porté l'enfant, alors qu'elles demandent seulement un certificat de nationalité française³⁷⁷ ?

4.2.3.3 Adoption (seconde filiation maternelle)

Les entretiens démontrent également l'hésitation de ces familles à s'engager dans une demande d'adoption intraconjugale en France. Ils permettent d'observer des usages fort différents du point de vue de l'élaboration de l'état civil de l'enfant. Dans ces situations, l'enfant a d'abord une mère, puis une seconde, et son état civil porte la trace de ce changement dans sa filiation : il porte d'abord un nom – celui de sa mère biologique – puis un second nom lui est donné : celui de la mère qui doit recourir à l'adoption ou les deux noms accolés.

³⁷⁶ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – Etat civil étranger NOR : JUSC1301528C http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf consulté le 1er juillet 2017

³⁷⁷ Ce nœud juridique n'a pas pu être dénoué ou, tout au moins explicité, comme nous l'espérions en sollicitant un entretien auprès de la Direction des affaires civiles et du sceau du Ministère de la Justice. Malheureusement, nous n'avons pu rencontrer ni le chef du bureau du droit des personnes et de la famille, ni le Chef du bureau de la nationalité.

Néanmoins, comme on l'a vu, toutes les familles rencontrées ne se sont donc pas engagées dans des démarches vers le consulat français pour demander la transcription de l'acte de naissance de leur enfant.

Six des huit couples que nous avons interviewés au Québec étaient mariés. Toutefois, seuls deux couples ont décidé d'initier le processus d'adoption de l'enfant de la conjointe. D'autres l'avaient envisagé mais y ont renoncé. Les entretiens ont permis d'identifier plusieurs raisons à cela. La première est spécifique à la situation des couples installés au Québec et parents d'un enfant canadien, et tient à ce que nous décrivions précédemment : cela aurait nécessité que soit sollicitée une transcription partielle de l'acte de naissance canadien à l'état civil français. Avec cette transcription, l'enfant aurait perdu, sur son acte de naissance français la filiation avec l'une de ses mères ainsi que son nom. La seconde, nous l'avons aussi identifiée dans le discours des couples français qui ont parfois hésité à mobiliser l'adoption intraconjugale ; elle tient au fait que le lien construit par l'adoption intraconjugale, dans un tel contexte, apparaît comme un lien de filiation secondaire par rapport à celui établi par l'accouchement. L'adoption intraconjugale est une technique qui apparaît ici comme l'instrument d'une hiérarchisation des filiations, incompatible avec la nature conjugale du projet d'enfant à l'origine de la constitution de leur famille.

Les couples rencontrés, à la fois au Québec et en France, expriment tous un fort attachement à la nature conjugale de leur projet parental, véritablement fondatrice de leur famille. La nature conjugale du projet parental correspond en tout point à une norme identifiée de longue date dans nos sociétés, qui considère que l'enfant doit être idéalement le résultat de l'amour de ses deux parents. De ce point de vue, les règles de l'état civil canadien permettent à cet idéal de s'exprimer pleinement jusque dans les situations d'homoparentalité.

L'analyse comparée franco-québécoise du droit applicable aux couples de parents de même sexe, à la lumière de données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec, a vraiment permis de faire ressortir les représentations sociales de ces familles, qui se heurtent de plein fouet au modèle juridique disponible en France. Pour certaines, la valeur du projet parental conjugal se place au-dessus de tout. Elle peut conduire à des "sacrifices" juridiques : préférer ne faire reconnaître en France qu'une filiation unilinéaire plutôt que d'accepter une seconde maternité de moindre rang que serait l'adoption, voire ne pas faire établir la nationalité française de l'enfant, si cette démarche conduit à occulter le second lien maternel et donc dévalorise la place qu'elles accordent à leur désir de former une famille.

4.3 Les stratégies mises en œuvre par les pères gays

Alors que pour la plupart de leurs contemporains, l'état civil des enfants n'est pas du tout central dans leurs préoccupations, les hommes et les femmes recourant à une assistance à la procréation à l'étranger doivent évidemment y penser, tout particulièrement celles engagées dans un processus de gestation pour autrui, non seulement parce que dans leur cas l'enfant est conçu grâce à la collaboration de tiers, mais aussi parce qu'il naît dans un autre pays, et qu'un premier état civil est dressé pour lui selon les lois en vigueur localement.

Encouragés par les associations dont ils sont membres ou plus simplement qu'ils fréquentent pour bénéficier de leurs conseils, les futurs parents choisissent l'État des États-Unis ou la province canadienne où leur enfant naîtra en fonction, au moins en partie, de la manière selon laquelle il y est prévu que sera établi son acte de naissance. Cela a souvent constitué une préoccupation centrale pour les personnes que nous avons rencontrées. Plusieurs possibilités ont été recensées :

- les deux pères sont portés sur l'acte de naissance par jugement avant la naissance ;

- les deux pères sont portés sur l'acte de naissance consécutivement à un jugement d'adoption de l'enfant de l'époux, déjà enregistré comme le père à la naissance ;
- un père et la femme qui a porté l'enfant sont enregistrés sur l'acte de naissance comme étant le père et la mère, puis les deux pères seuls y sont portés, grâce à la décision d'un juge qui s'appuie sur la convention de GPA et vérifie que la femme porteuse renonce à la maternité ;
- un père et la femme qui a porté l'enfant sont portés comme étant le père et la mère sur l'acte de naissance, puis, suite au renoncement de la femme porteuse, seul reste le père ;
- enfin, un père et la gestatrice sont notés sur l'acte de naissance comme étant le père et la mère, et le restent.

Les raisons qui poussent les pères gays à choisir une option plutôt qu'une autre sont diverses : vouloir donner une place maternelle à la femme qui a porté l'enfant, vouloir au contraire être immédiatement reconnus tous les deux pères et être les seuls parents, ou encore se conformer à une manière de faire dont on suppose qu'elle est susceptible de garantir une transcription ultérieure des deux filiations paternelles à l'état civil français. Avant de revenir sur le point de vue, à ce sujet, d'un des magistrats en charge du service civil à Nantes, nous allons d'abord tâcher d'examiner en détail les différentes options choisies par les parents rencontrés.

4.3.1 Lorsque les deux pères figurent sur le certificat de naissance par jugement avant la naissance

Philippe et Michel ont 40 ans tous les deux³⁷⁸. Ils sont en couple depuis treize ans et ont trois enfants dont l'aînée a 6 ans, tous nés aux Etats-Unis du recours à une GPA. Sur l'acte de naissance initial dressé à la demande d'un juge, à la naissance de leur fille aînée, Laura, Philippe est indiqué comme étant le père et la femme porteuse, la mère. Le jugement disait que l'acte d'origine pouvait être amendé à tout moment pour mentionner les noms des deux pères. Rapidement après la naissance, parce qu'ils ne souhaitent pas que la femme porteuse y reste la mère et parce qu'ils voulaient au contraire que l'acte de naissance reflète parfaitement leur projet parental et être donc tous les deux les deux seuls parents de leur fille, ils ont sollicité le juge. Conformément à la loi locale, un jugement a donc été rendu et stipule que Philippe et Michel sont les deux parents de Laura. Ils préféreraient en effet utiliser ce certificat de naissance mentionnant qu'ils sont les deux pères parce que s'ils avaient dû produire un certificat mentionnant un seul des deux pères et la femme porteuse comme étant la mère, on aurait alors considéré en France, pour les actes de la vie de tous les jours, que Laura avait un père et une mère, ce qui n'était pas conforme à leur projet de vie familiale. Ils sont rentrés en France avec ce certificat initial et le jugement et neuf mois plus tard, ils ont obtenu le deuxième certificat mentionnant les noms des deux pères. Le premier certificat n'est plus valable mais ils le conservent. Ils ont fait traduire et apostiller le deuxième certificat, mais n'ont pas demandé la transcription et pensent que la loi française évoluera.

*« On s'est dit qu'un jour ou l'autre la loi française allait évoluer et qu'il valait mieux garder le document où nous apparaissions tous les deux, sinon elle (la gestatrice) aurait été considérée comme la mère en France et ça aurait compliqué les démarches. »
(Philippe)*

³⁷⁸ Ce couple a été rencontré initialement en 2012 dans le cadre de la recherche « Fonctionnement des familles homoparentales » menée par Jérôme Courduriès et Martine Gross. Il a été à nouveau rencontré par Martine Gross en 2016, dans le cadre de notre projet de recherche collectif.

Dans leurs démarches administratives, ils présentent le certificat avec les noms des deux pères. Ils expliquent leur histoire avec transparence, y compris aux administrations. Leur fille n'a pas d'état civil en France mais ils espèrent qu'ils pourront faire régulariser cette situation plus tard.

Lorsqu'ils sont à nouveau interviewés en 2016, Philippe et Michel ont également deux jumeaux âgés de 9 mois. Ils ont eu recours à la même donneuse d'ovocyte et à la même femme porteuse. Les jumeaux ont un certificat de naissance identique à celui de leur sœur, qui mentionne le nom des deux pères. Les trois enfants portent le même nom constitué des noms des deux pères. Philippe et Michel n'ont pas demandé la transcription des certificats de naissance. Ils pensent que les démarches juridiques seront longues mais restent optimistes. Un an auparavant, ils ont fait une demande de passeport pour Laura, demande bloquée depuis un an. Ils n'ont pas demandé de certificat de nationalité française pour leurs enfants.

Gérard et Damien ont 38 ans tous les deux et sont ensemble depuis quinze ans. Ils ont deux jumelles âgées de 7 mois au moment de notre rencontre ; elles sont nées dans la Province de l'Ontario, au Canada. Ils ont fait le choix d'être les deux seuls parents à être portés sur l'acte de naissance de leurs filles. Ils se présentent en tant que tels à la sécurité sociale. Par ailleurs, ils ont déposé une demande de certificat de nationalité française (CNF) deux semaines avant notre rencontre et espèrent obtenir pour leurs filles une carte d'identité et un passeport. Mais en même temps ils se demandent si finalement leurs filles ne pourraient pas se passer de la nationalité française et ne conserver que la nationalité canadienne acquise à la naissance ; d'autant qu'ils n'excluent pas de s'installer au Canada. Ils n'expriment aucune inquiétude particulière quant à la situation administrative de leurs enfants ni ne signalent aucune tracasserie importante. Ils signalent simplement une difficulté de compréhension de la part de certaines administrations. Par exemple, les fonctionnaires du pôle de la nationalité paraissent être embarrassés par le document produit par les deux pères qui ne s'intitule pas « acte de naissance » ou « *birth certificate* » :

« Les filles qu'on a en face de nous – c'est souvent des filles – elles sont plutôt compatissantes, aidantes. Elles sont souvent ignorantes de la situation. C'est plutôt de l'ignorance. (...) Là, on a un vrai souci en ce moment, c'est qu'on essaie d'avoir le Certificat de nationalité française (CNF) pour pouvoir après avoir la carte d'identité et le passeport, et que les gens ne reconnaissent... là-bas, dans le treizième, ... Parce que c'est marqué : « déclaration de naissance vivante » là-bas en Ontario et pas « acte de naissance », sur le papier. Et comme pour elles ce n'est pas marqué « acte de naissance », elles ne reconnaissent pas le document. Alors que notre avocate nous dit : c'est le bon document, il n'y a pas de problème. » (Gérard)

Mathieu (39 ans) et Samuel (35 ans) sont en couple depuis dix ans. Ils ont des jumeaux croisés âgés d'environ 8 mois au moment de notre rencontre, né d'une GPA au Canada. Conformément à la loi de la province où ils sont nés, un jugement a été rendu, fondé sur le contrat de GPA et le consentement de la gestatrice pour faire figurer les deux pères sur l'acte de naissance. Ils sont rentrés en France grâce aux passeports canadiens des enfants. Au moment où nous les rencontrons, les deux pères attendent depuis plusieurs mois la réponse de l'administration à propos de leur demande des CNF et des passeports français. Ils ont attaqué en référé liberté pour une absence de réponse de la part de l'administration. Leur dernière démarche en date concerne la transcription de l'acte de naissance des enfants. Les papiers français sont importants pour eux, même s'ils disent vivre sans jusqu'à ce jour. Samuel aimerait tout de même que ses enfants soient français :

« Ben j'aimerais que mes enfants soient Français quand même. Etant donné qu'ils ont des parents français, la première chose c'est que j'aimerais que mes enfants soient reconnus

en tant que Français. C'est important quand même pour moi. Et en plus la loi dit que au moins un des deux parents doit être Français et là c'est les deux, donc je ne vois pas ce qui pourrait bloquer... Bon, là on sait pourquoi mais... c'est pas logique, quoi. Et puis sinon, ben pour mes enfants je pense que c'est important qu'ils aient ces documents français. S'ils doivent se présenter à des épreuves d'examen... Il va bien falloir qu'ils aient un statut. En France ils ont un statut bâtard, ils ont rien quoi... ils sont à la CAF, à l'école etc. Mais en même temps ils n'ont ni passeport ni papiers d'identité. » (Samuel)

Pablo (55 ans) et Jacques-Antoine (58 ans) sont ensemble depuis 20 ans. Ils vivent en France mais se sont mariés en 2009, en Espagne, et ont deux jumeaux, âgés de 7 ans, nés aux Etats-Unis d'une GPA³⁷⁹. Le couple est binational puisque Pablo est espagnol. Sur les actes de naissance de leurs enfants, Pablo et Jacques-Antoine sont les deux pères de leurs enfants. Cet acte de naissance a été reconnu en Espagne et il leur a été délivré un livret de famille espagnol où ils sont les deux pères de leurs deux enfants grâce à un amendement de la loi du registre civil. Les enfants ont la double nationalité américaine et espagnole. Au moment où nous les rencontrons, ils n'ont fait aucune démarche en France mais espèrent qu'un jour l'état civil de leurs enfants, reconnu en Espagne et aux Etats-Unis, le sera également en France.

4.3.2 Lorsque les deux pères figurent sur le certificat de naissance par jugement d'adoption de l'enfant du conjoint

Dans cette configuration, un premier certificat de naissance américain est émis mentionnant un père et la gestatrice. Dans un deuxième temps, la gestatrice renonce à ses droits et consent à l'adoption par le second père. Le certificat de naissance est modifié pour mentionner les deux pères suite au jugement d'adoption.

Arthur (48 ans) et Benjamin (45 ans), sont ensemble depuis quatorze ans et ont deux enfants âgés de 7 et 5 ans, nés aux Etats-Unis du recours à une GPA. Pour chacun des enfants, Arthur a présenté au consulat français le certificat de naissance mentionnant Arthur et la femme qui les a portés comme parents. Le consulat a accepté de transcrire ces certificats de naissance à l'état civil français. Les enfants ont ensuite obtenu une carte d'identité, un passeport et un CNF avec le nom de famille d'Arthur. Quelques années plus tard, Arthur et Benjamin sont retournés aux Etats-Unis pour procéder à l'adoption des enfants par Benjamin. Suite à cette adoption, le certificat de naissance américain a été modifié. Il mentionne dorénavant Arthur et Benjamin comme pères. Les enfants portent le double nom. Mais seulement pour les documents américains.

Arthur et Benjamin ont initié une demande pour modifier le CNF de manière à ce que le nouveau nom (un double nom) des enfants soit indiqué, en se basant sur le jugement d'adoption intraconjugale américain. Leur idée étant ensuite que soit envoyée au service central d'état civil à Nantes la demande de transcription modificative. Au moment où nous nous entretenons avec eux, ils n'ont obtenu aucune réponse à leur demande, huit mois auparavant. Pendant ce temps, les enfants ont deux identités civiles : l'une en France avec un nom simple et un père et une mère, une aux Etats-Unis avec un nom double et deux pères. Ils utilisent uniquement les papiers avec l'identité américaine parce qu'ils mentionnent le double nom. Cependant par commodité et éviter les questions sur l'absence de mère quand ils partent à l'étranger, ils présentent les papiers avec l'identité française qui mentionnent la gestatrice.

³⁷⁹ Ce couple a été initialement rencontré dans le cadre de l'enquête « Paternité gay » menée par Martine Gross en 2011. Martine Gross les a sollicités pour un nouvel entretien en 2016 dans le cadre de notre programme de recherche collectif.

Axel (35 ans) et Yann (36 ans) sont en couple depuis huit ans et ont un enfant âgé de 8 mois né d'une GPA aux États-Unis. Sur les conseils de l'association dont ils sont adhérents, ils ont eu un premier certificat de naissance avec le nom du père biologique et le nom de la femme qui a porté leur enfant qui a donc un père et une mère aux yeux de l'état civil américain. Rapidement, la femme porteuse a abandonné ses droits, conformément à ce qui était prévu et l'autre père a adopté l'enfant aux États-Unis. Un nouvel acte de naissance a donc été dressé en lieu et place de l'acte initial. Les deux pères comptent demander la transcription de ce deuxième acte de naissance en produisant les documents prouvant l'adoption :

« En fait par rapport aux cas en France qui sont passés devant la Cour de cassation, aujourd'hui le cas qui se rapprocherait le plus, c'est de pouvoir transcrire cet acte avec le nom des deux papas, en expliquant toute l'histoire. Parce qu'à l'association, on nous a dit que le problème d'un acte avec le nom des deux papas, c'est que même si la France est condamnée par l'Europe, la France ne va pas pouvoir transcrire parce que ça n'existe pas dans le droit français un enfant avec deux papas et pas de maman. Donc même s'ils étaient condamnés ils ne pourraient pas le faire. Donc on nous a conseillé ça. Et comme on n'est pas plus militants dans l'âme que ça, on s'est dit qu'on allait aller au plus simple, comme on nous conseillait. (...) On ne demande pas à ce que notre fils ait deux papas à la naissance, ni qu'on reconnaisse qu'on l'ait conçu tous les deux. On demande à ce que lui, en tant que mari, puisse adopter mon enfant. » (Axel)

Cet extrait d'entretien est intéressant. Outre le fait qu'il montre à quel point les associations de parents sont des lieux « ressource » tout à fait primordiaux pour les parents que nous avons rencontrés³⁸⁰, il révèle aussi que la position exprimée par du service civil du Parquet de Nantes paraît connue. A moins que, si la position du procureur n'est pas connue en tant que telle, des membres d'associations, bien renseignés sur la jurisprudence, ne soient arrivés à la même conclusion. Lorsque nous les avons rencontrés en 2016, Axel et Yann avaient l'intention de demander le CNF et le passeport de leur enfant avant 2017. Ils craignaient en effet que les élections présidentielle et législative ne conduisent au pouvoir une majorité qui durcirait la législation.

Max (43 ans) et Michel (44 ans) sont ensemble depuis vingt ans et ont, au moment où nous les rencontrons pour notre programme de recherche collectif, des jumeaux de 8 ans³⁸¹. Il s'agit d'un couple binational : Max est américain. Ils ne savent pas à qui les jumeaux sont reliés biologiquement. Michel était porté comme étant le père sur l'acte de naissance dressé initialement. Comme dans le cas d'Arthur et Benjamin, Max a ensuite adopté les enfants aux États-Unis. Ils ne sont pas pressés d'obtenir la nationalité française pour leurs enfants ou d'être reconnus en France comme les parents. S'ils avaient décidé que Michel soit le père sur l'acte de naissance américain, c'était pour que leurs enfants aient une chance d'être un jour français. Après le jugement d'adoption, le nom de Max a été ajouté et les jumeaux portent depuis un double nom. Au moment où nous les rencontrons les deux pères sont engagés dans des démarches administratives pour faire reconnaître le double nom des enfants. Ensuite ils entreprendront de demander la nationalité française pour leurs enfants. Enfin ils demanderont l'exequatur du jugement d'adoption américain :

« La nationalité française pour nous ce n'est pas essentiel. C'est en tant qu'américains avec deux papas que nous souhaitons qu'ils soient acceptés en France. Le fait qu'en tant

³⁸⁰ Flávio Luiz Tarnovski l'avait bien démontré et analysé dans sa propre recherche sur l'homoparentalité masculine en France (2010).

³⁸¹ Ce couple a été initialement rencontré dans le cadre de l'enquête « Paternité gay » menée par Martine Gross en 2011. Martine Gross les a sollicités pour un nouvel entretien en 2016 dans le cadre de notre programme de recherche collectif.

que français ils n'aient qu'un papa, ça ne nous intéresse pas. (...) Moi mon père n'a jamais été français, ça ne l'a jamais empêché de vivre en France. Être américain ce n'est pas ce qu'il y a de pire. (...) On vit très bien comme ça, ce n'est pas un problème. (...) Tous les enfants GPA nés aux Etats-Unis sont américains même quand les deux papas sont français. Alors que moi je suis américain, mon propre père était américain. Pour moi c'est une affaire de famille, c'est une transmission. Ils ne sont pas seulement américains parce qu'ils y sont nés mais aussi parce que moi je suis américain. J'ai été biberonné au coca-cola à l'âge de 2 ans. C'est une transmission. » (Max)

Il s'agit bien pour ce couple d'obtenir de la France ce qui est et doit être. Les enfants ont deux papas ; c'est le résultat de l'acte de naissance légalement établi aux Etats-Unis, le pays de l'un des deux pères, Max, mais c'est aussi leur réalité familiale. Max considère que la nationalité américaine a été donnée à ses enfants pas seulement parce qu'ils sont nés sur le sol américain, comme tous les enfants de parents français ayant eu recours à une GPA aux Etats-Unis, mais aussi parce que lui-même l'ayant reçue de son père, il l'a transmise à ses enfants. En parlant de lui, il justifie pourquoi il ne peut selon lui en être autrement pour la nationalité française.

Steve et Mathis forment un autre couple franco-américain. Tous les deux ont 42 ans ; ils sont les papas de deux jumeaux âgés de 5 ans ½ nés aux États-Unis suite à une GPA³⁸². Steve est français et Mathis est américain. D'après l'acte de naissance initial, Steve est le père et la femme porteuse est la mère. Mathis a ensuite adopté les enfants aux États-Unis, de sorte qu'un deuxième acte de naissance mentionnant les deux pères a été dressé et que le premier acte de naissance n'est plus valide. Cependant, l'adoption n'a pas eu lieu tout de suite :

« Parce qu'on pensait que ce n'était pas possible. J'avais dit que ce serait bien d'avoir un acte de naissance avec un père et une mère parce que de toute façon, ça les fera toujours suer les enfants. Ils auront toujours des problèmes administratifs. Je suis sûr que même dans vingt ans la notion d'enfant avec deux papas, ça va toujours rester un truc. (...) Si on garde un père et une mère, ce sera plus simple pour eux. Bon, c'était un vœu pieux. C'était surtout moi qui avait dit ça au départ. Lui, n'a jamais rien dit. Mathis quand il ne dit rien ça ne veut pas forcément dire qu'il est d'accord ou qu'il trouve ça génial. J'avais noté dans ma tête "à rediscuter plus tard". Je me suis rendu compte que quand même ça le travaillait. J'ai réalisé que ça le mettait dans une situation, par rapport aux enfants, légalement pas très confortable. Et je me suis dit que c'était une erreur, cet acte de naissance. Ça va peut-être embêter les enfants mais c'est énorme pour nous. Pour Mathis, c'est sans commune mesure. Donc on a décidé assez rapidement d'avoir les papiers français. On a vu que ça ne marchait pas. Ils commençaient à exiger pour passer une frontière qu'il y ait les deux parents ou un mot du deuxième parent. On s'est dit que si à chaque fois il faut contacter Dina, qui a mis nos enfants au monde, pour partir aux États-Unis, ce serait horrible. On ne va pas trainer ça toute notre vie, donc on s'est dit 'Ok, on oublie l'acte de naissance avec un père et une mère et on fait un acte de naissance avec nos deux noms. On se débrouille comme on peut mais on fait un truc le plus carré possible'. Mathis s'est renseigné et s'est rendu compte qu'il pouvait adopter au Texas, comme on avait résidé tous les deux au Texas. Cette adoption tient un peu du miracle. Un français de base ne pourra jamais faire ça. C'était le Texas, parce qu'on y avait habité tous les deux, parce qu'on avait soi-disant l'intention d'y retourner un jour. On l'a eue, c'est l'essentiel. Le juge était très conciliant. » (Steve)

³⁸² Ce couple a été rencontré initialement en 2012 dans le cadre de la recherche « Fonctionnement des familles homoparentales » menée par Jérôme Courduriès et Martine Gross. Il a été à nouveau rencontré par Martine Gross en 2016, dans le cadre de notre projet de recherche collectif.

Steve a demandé un CNF au tribunal d'instance (TI) et ne l'a pas obtenu ; il a renoncé. C'était avant la circulaire dite Taubira émise en janvier 2013. Ils ont déjà fait l'expérience de ne pas pouvoir revenir en France après un séjour à l'étranger parce que leur enfant n'avait que des papiers américains. La solution a été trouvée par la production de l'acte de naissance où Steve, le père français, était indiqué. Au moment où nous les rencontrons, ils expriment leur intention de déposer une nouvelle demande de CNF et de demander la transcription à l'état civil de l'acte de naissance établi aux États-Unis après l'adoption.

Dans la situation de Steve et Mathis, si leur enfant a d'abord été porté sur un acte de naissance avec une mère et un père et a ensuite été adopté par son autre père, ce n'était pas par calcul, dans l'espoir que cela faciliterait la transcription à l'état civil français : il s'agissait en réalité dans l'esprit de Steve de faciliter la vie quotidienne de son enfant. Très marqué par les oppositions vivement exprimées dans le débat public français par une partie bruyante des opposants à l'ouverture de la filiation aux couples de même sexe, Steve souhaitait donner la possibilité à son enfant, s'il en éprouvait le besoin, de pouvoir faire valoir à l'avenir sa double filiation avec une mère et un père et d'offrir ainsi l'apparence de la normalité familiale valorisée.

4.3.3 Lorsque deux pères sont portés sur l'acte de naissance grâce à un jugement mais sans adoption

Dylan et François sont ensemble depuis seize ans et ont un enfant âgé de 2 ans ½, né aux États-Unis grâce à une GPA. Dans un premier temps, Dylan et la femme qui a porté leur enfant ont été portés sur le certificat de naissance américain. Ensuite, le certificat de naissance a été modifié par jugement qui a modifié le premier jugement en reliant officiellement l'enfant à ses deux pères, ceci avec le consentement de la gestatrice. Le second jugement, grâce auquel Dylan et François ont obtenu un certificat de naissance qui fait d'eux les pères légaux de leur enfant, repose sur une technique juridique particulière ; il s'agit en réalité de la révision du premier jugement qui avait établi une double filiation avec Dylan et la femme porteuse. Cela a été rendu possible parce que Dylan et François se sont mariés.

« Sur son acte initial, il y a Daisy [la femme qui a porté l'enfant] et l'un d'entre nous, moi au départ. Et dans un deuxième temps, on a fait ensuite modifier par un jugement le certificat de naissance et aujourd'hui on est tous les deux sur le certificat. (...) En fait entre temps la loi sur le mariage étant passée, on s'est mariés. Ça a été considéré comme un changement de notre situation juridique, ce qui a fait qu'on a pu rouvrir le jugement initial, pour le modifier sur cette base-là. Au lieu de passer par un processus d'abandon des droits parentaux et adoption, c'est une modification du premier jugement ». (Dylan)

Les deux pères ont obtenu le CNF avec les noms de Dylan et de la gestatrice. Après avoir obtenu le passeport de leur enfant, ils ont également demandé une carte nationale d'identité grâce à la production du second certificat de naissance mentionnant les deux pères ; ils l'ont obtenue. Au moment où nous nous sommes rencontrés, ils n'ont pas encore fait de démarche pour la transcription

4.3.4 Un père et la gestatrice sur le certificat de naissance puis un seul père

Valentin (46 ans) vit avec Petros (42 ans) depuis quatre ans et demi. Il a une enfant âgée de 4 ans, née aux États-Unis grâce à une GPA mais il en est le seul père. En effet, au moment où il a initié le processus de GPA, il ne connaissait pas encore Petros. Valentin a préféré que la gestatrice soit mentionnée sur le certificat de naissance parce qu'il pensait qu'ainsi il pourrait

obtenir facilement la transcription de l'acte de naissance de sa fille à l'état civil français. Il a fait la demande au consulat de Los Angeles qui a suspecté une GPA et a transmis le dossier au procureur de Nantes. Au moment de l'entretien au cours de l'été 2015, la transcription lui avait été refusée et il a porté son affaire devant le TGI de Nantes.

Vincent explique pourquoi il est important à ses yeux d'obtenir la transcription :

« Si elle n'a pas ce document-là, plus tard, elle va galérer ».

Au-delà des difficultés que sa fille pourrait rencontrer ultérieurement, Valentin évoque des raisons sans doute encore plus profondes. Il est finalement davantage question pour lui de justice à l'égard de sa fille.

*« Après il y a le côté principe, symbolique, où je trouve ça inadmissible. Et incompréhensible. Quand j'explique aux gens le fait qu'elle n'a pas d'état civil français mais qu'elle est française et qu'elle a son passeport, les gens ne comprennent pas. »
(Valentin)*

La demande de passeport lui a été refusée par la préfecture au motif que la filiation n'était pas établie et que la retranscription à l'état civil était nécessaire. Il a finalement obtenu un CNF, la carte d'identité et le passeport, en assignant la préfecture, portant là encore l'affaire en justice. En effet, l'administration avaient eu tort de conditionner l'octroi du passeport à la présentation d'un état civil français.

Pour ce qui est de l'état civil américain, un an après la naissance, et après avoir obtenu le passeport français, Valentin a fait modifier le certificat de naissance américain pour enlever le nom de la gestatrice et ôter toute mention de GPA. Il signale d'ailleurs que le contrat de gestation pour autrui l'obligeait à faire cette démarche de faire retirer le nom de la femme porteuse, qui ne souhaitait pas rester la mère de la petite fille.

4.3.5 Un père et la gestatrice sur le certificat de naissance

Damien (43 ans) et Christophe (45 ans) sont ensemble depuis quatorze ans³⁸³. Au moment où nous les rencontrons pour notre programme collectif, ils ont deux enfants âgés de 7 ans et 4 ans ½, conçus par GPA aux États-Unis. Damien est le géniteur du premier et Christophe du second. Au moment du premier entretien, Damien et la femme qui avait porté leur premier enfant figuraient sur l'acte de naissance. Christophe n'apparaissait pas. Damien avait l'intention de désigner Christophe dans une tutelle testamentaire. Les deux hommes se sont mariés au Canada dans l'idée d'y vivre plus tard et de donner la possibilité à Christophe d'adopter l'enfant au Canada. Ils ont obtenu un passeport français pour leur aîné grâce à la présentation de l'acte de naissance américain (qui mentionnait un père et une mère). Ils ont fait de même pour leur second enfant. Ils ont l'intention ensuite de procéder en France à l'adoption croisée simple de chaque enfant. Pour cela ils doivent faire venir leur femme porteuse, toujours la mère à l'état civil, pour qu'elle consente à l'adoption simple devant les tribunaux français.

Pour Marc (36 ans) et Fabrice (42 ans)³⁸⁴, il en va de même. Fabrice et la femme qui a porté l'enfant sont sur l'acte de naissance de leur fille, âgée d'un an au moment du second entretien

³⁸³ Ce couple a été initialement rencontré dans le cadre de l'enquête « Paternité gay » menée par Martine Gross en 2011. Martine Gross les a sollicités pour un nouvel entretien en 2016 dans le cadre de notre programme de recherche collectif.

³⁸⁴ Ce couple a été initialement rencontré dans le cadre de l'enquête « Paternité gay » menée par Martine Gross en 2011. Martine Gross les a sollicités pour un nouvel entretien en 2016 dans le cadre de notre programme de recherche collectif.

parce que pour les deux pères, particulièrement Marc, la présence d'une mère dans l'environnement de leur fille était très importante. Si bien que le fait que son nom figure sur l'acte de naissance semblait relever de l'évidence. Le consulat français ne s'est pas opposé à la transcription à l'état civil. L'enfant a à présent la double nationalité française et américaine. Les deux pères prévoient que Marc dépose une requête en adoption simple. Les deux parents légaux de la petite fille ont prévu d'y consentir.

John et Killian ont eu recours à une GPA en Russie³⁸⁵. Ils ont des jumeaux âgés de 9 ans. L'acte de naissance établi en Russie mentionne le nom de John et celui de la gestatrice. Et c'est précisément pour cette raison que l'ambassade a accepté de le transcrire à l'état civil français. Les enfants ont eu leur nationalité française sans difficulté. Les deux pères se sont mariés et ont fait venir la femme porteuse pour qu'elle signe les papiers de consentement à l'adoption simple par Killian. Au moment de l'entretien mené dans le cadre de notre projet de recherche collectif, ils attendaient qu'une première décision soit prononcée pour un autre couple avant de déposer leur requête d'adoption simple de l'enfant du conjoint.

Sylvain (35 ans) et Bernard (40 ans) (enquête FHP) ont des jumeaux âgés de 4 ans et ½, nés d'une GPA aux États-Unis³⁸⁶. Si chacun est le père géniteur d'un des deux enfants, ils n'ont pour seul père légal que Bernard, pour des raisons qui tiennent au contexte de l'établissement de leur état civil américain. Sylvain raconte :

« Au moment de la naissance, ça a été compliqué. On a dû passer par un juge des familles local pour obtenir leurs papiers de naissance, leur état civil. (...) On avait demandé à notre avocat que les enfants portent le même nom de famille (le double nom). L'avocat l'avait déconseillé pour accélérer la procédure et avait demandé le nom de Bernard pour les deux enfants. Bien que mon fils n'ait aucun lien génétique avec Bernard, il porte son nom. Ça n'a pas posé de problème. Est-ce que le juge aurait accepté le double nom pour les deux enfants ? On ne le saura jamais.

Aujourd'hui on essaie d'aller plus loin [...] et obtenir l'adoption définitive des enfants. La procédure est en cours au Texas depuis quatre ans. Pour qu'on soit tous les deux parents et que la mère porteuse n'ait plus de droits ni de devoirs. »

Le fils biologique de Sylvain porte donc le nom de Bernard, mais sur l'acte de naissance il est bien indiqué que son père est Sylvain. Ils n'ont pas demandé la transcription des actes de naissance à l'état civil français car cela ne les intéresse pas d'un point de vue pratique.

« On n'a pas demandé la transcription. Ça ne nous intéresse pas d'un point de vue pratique. Par contre l'adoption aux États-Unis nous intéresse d'un point de vue pratique. J'aimerais beaucoup que symboliquement les enfants portent aussi mon nom de famille. Ce n'est pas primordial mais ce serait mieux. Et puis définitivement je voudrais que le lien avec la femme qui a porté les enfants soit coupé. On s'entend très bien. Ce n'est pas la question. C'est presque pour elle aujourd'hui [qu'on le fait]. Si elle mourait demain, nos enfants hériteraient de ses biens, ce qui n'a aucun sens. Je trouverais plus sain de couper le lien pour qu'elle n'ait ni droits ni devoirs ».

³⁸⁵ Ce couple a été initialement rencontré dans le cadre de l'enquête « Paternité gay » menée par Martine Gross en 2011. Martine Gross les a sollicités pour un nouvel entretien en 2016 dans le cadre de notre programme de recherche collectif.

³⁸⁶ Ce couple a été rencontré initialement en 2012 dans le cadre de la recherche « Fonctionnement des familles homoparentales » menée par Jérôme Courduriès et Martine Gross. Il a été à nouveau rencontré par Martine Gross en 2016, dans le cadre de notre projet de recherche collectif.

A première vue et de manière tout à fait naïve, nous pourrions penser que les pères gays engagés dans une GPA à l'étranger mettraient tout en œuvre pour apparaître aux yeux de tous et dès la naissance de l'enfant comme les pères de leur enfant et préféreraient ainsi la solution d'un acte de naissance reliant l'enfant à deux pères. Pour certains, c'était effectivement essentiel pour la construction familiale projetée mais pour d'autres, passer par la mention initiale de la femme porteuse puis procéder à l'adoption de l'enfant par le conjoint dont le nom ne figurait pas sur l'acte de naissance, apparaissait comme une solution acceptable. Enfin, pour un couple, la mention de la femme porteuse est une évidence car ils la considèrent comme la mère de l'enfant. Nous voyons donc que le contexte légal français et l'évolution de la jurisprudence, l'état du débat public en France quant à l'homoparentalité mais aussi l'état des représentations de ce que devrait être une famille ont conduit les personnes que nous avons rencontrées à opérer des choix différenciés quant au montage juridique des liens de filiation de leurs enfants.

5 PARADOXES ET INSUFFISANCES DU DROIT

5.1. Couples de femmes françaises : la loi « au milieu du gué » :

Les entretiens avec les couples de femmes ayant eu recours à une PMA à l'étranger ou à un donneur connu, avec les couples de femmes françaises ou binationales installés au Québec ainsi qu'avec les magistrats révèlent certaines insuffisances de la loi.

Nous verrons ce qu'il en est pour ces trois catégories d'acteurs.

5.1.1 La loi insuffisante du point de vue des couples de femmes françaises

Les enquêtes menées auprès des familles lesboparentales depuis la fin des années 1990 montrent que le projet parental des couples de femmes est de plus en plus souvent un projet conjugal. La compagne de celle qui porte l'enfant au sein du couple se vit comme un futur parent elle-même (Gross, 2014). Les termes d'adresses utilisés au sein de ces familles sont de plus en plus souvent symétriques, les deux femmes se faisant appeler maman ou maman suivi de leur prénom toutes les deux, ce que les entretiens avec les familles rencontrées dans le cadre de cette recherche, confirme (Voir partie 3.3). Même si d'autres possibilités s'offrent à elles, notamment la coparentalité³⁸⁷ et l'adoption conjointe d'un enfant, les couples de femmes françaises souhaitant avoir un enfant, se tournent de plus en plus souvent vers l'insémination avec tiers donneur (Gross, Courduriès, de Federico, 2014). Certains couples de femmes rencontrés dans le cadre de ce projet de recherche avaient envisagé l'adoption conjointe d'un enfant mais ont renoncé au vu du tout petit nombre d'enfants adoptables en France et du fait qu'à l'adoption internationale, rares sont les pays qui acceptent de confier un enfant à un couple marié de personnes de même sexe ou même à une personne célibataire homosexuelle³⁸⁸. La compagne de la mère statutaire peut craindre dans une configuration de coparentalité de ne pas trouver une place de parent dans la mesure où l'enfant aura déjà deux parents. Pour établir un lien de filiation avec l'enfant conçu dans le cadre d'une coparentalité, l'épouse de la mère statutaire devra non seulement obtenir le consentement de cette dernière mais également celui du père, pour qu'au mieux une adoption simple puisse être prononcée. Si l'époux du père souhaite lui aussi adopter l'enfant de son conjoint, l'adoption ne pourra pas être prononcée. En effet, nul ne peut être adopté par deux personnes si ce n'est par un couple marié (art. 346 du C. civ.). Dans le cas de la coparentalité, la compagne de la mère et le compagnon du père ne forment pas un tel couple et ne peuvent donc l'un et l'autre adopter l'enfant de leur conjoint. Si bien que la plupart des femmes qui choisissent de recourir à une insémination avec tiers donneur plutôt qu'à une coparentalité mettent en avant la nature conjugale de leur projet parental.

Les couples de femmes qui ont recours à une insémination avec tiers donneur peuvent se tourner vers un parcours médicalisé qui ne leur est pas accessible en France, ou vers un homme de leur connaissance, un donneur connu, qui les aidera à donner la vie en acceptant de leur faire un don de sperme. Nous verrons que ces deux situations révèlent les limites de la loi tant du point de vue de la possibilité de recourir à la PMA pour concevoir un enfant, que du

³⁸⁷ La coparentalité en contexte homoparental est une situation dans laquelle un homme et une femme sans vie conjugale commune, généralement un gay et une lesbienne, conçoivent et élèvent leurs enfants au sein de leurs deux foyers : le foyer maternel et le foyer paternel en résidence alternée. Il peut y avoir dans la coparentalité, 2 à 4 personnes impliquées dans le projet parental si la compagne de la mère ou le compagnon du père sont parties prenantes du projet.

³⁸⁸ Voir supra 2.1.3.2.

point de vue de l'établissement de la filiation entre l'enfant et les deux femmes qui ont souhaité sa venue au monde.

5.1.1.1 Le recours à la PMA

Dans la mesure où la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe n'a pas modifié les conditions d'accès à la PMA qui la réserve aux seuls couples composés d'un homme et d'une femme, le cadre légal dans lequel les couples de femmes mettent en œuvre leurs projets parentaux contraint ceux qui veulent recourir à une PMA à se rendre à l'étranger.

Le parcours médicalisé pour recourir à la PMA ne leur est pas remboursé par l'assurance maladie ; les seuls couples à pouvoir se le permettre sont ceux qui peuvent dégager dans leur budget quelques milliers d'euros pour les frais médicaux sur place et les frais de déplacement et d'hébergement ; le coût est bien sûr proportionnel au nombre de tentatives. Concernant le suivi médical de la grossesse et les traitements parfois demandés par la clinique de fertilité à l'étranger, un certain nombre de médecins acceptent non seulement de suivre ces femmes mais aussi de leur faire les prescriptions demandées. Toutes les femmes rencontrées en témoignent. Cela malgré une circulaire du 14 janvier 2013 émanant de la direction générale de la santé, finalement annulée le 8 juillet 2016 par la ministre de la santé, qui avait rappelé aux médecins qu'ils encouraient une lourde peine³⁸⁹ s'ils orientaient leurs patientes vers des cliniques étrangères pour utiliser la PMA et qu'il ne leur était pas autorisé d'aider à la mise en œuvre d'une PMA en dehors du cadre légal³⁹⁰. Nous voyons qu'il existe un écart entre ce que prévoit ou plutôt, en l'occurrence, ce que ne prévoit pas la loi et les pratiques réelles d'assistance à la procréation.

A la naissance de l'enfant, qui naît bien entendu en France, où résident les femmes qui ont souhaité sa venue au monde, seule la femme qui a accouché est reconnue comme la mère légale de l'enfant. Les deux femmes ne peuvent être reconnues légalement comme telles à la naissance de l'enfant. Pour que la filiation soit établie à leur égard, il leur faut être mariées et celle qui n'a pas porté l'enfant doit adopter l'enfant de sa conjointe. Cette situation, du point de vue des femmes que nous avons rencontrées, soulèvent de nombreuses questions et protestations.

Tout d'abord, nos entretiens avec les femmes rencontrées dans le cadre de ce programme de recherche montrent que si la plupart d'entre elles étaient heureuses de se marier, un grand nombre ne l'auraient pas fait si le mariage ne leur ouvrait pas la possibilité de l'adoption de l'enfant de la conjointe. Le fait d'avoir à se marier puis d'avoir à déposer une requête en adoption de l'enfant de la conjointe impose un délai entre la naissance et l'établissement de la filiation. Ce délai est problématique en cas de décès ou en cas de séparation du couple entre la naissance et le prononcé de l'adoption. Pendant ce délai, l'enfant n'a qu'une seule mère, celle qui l'a porté, et il-elle peut être privé de liens avec son autre mère, celle qui n'est pas encore reconnue comme telle par le droit. Si, à première vue, l'adoption apparaît certes comme la procédure que notre droit juge adéquate pour établir son statut de mère, les premières personnes concernées ne voient pas les choses ainsi³⁹¹. Les mères expliquent que, de leur

³⁸⁹ En vertu des articles 511-9, alinéa 2 et 511-26 du code pénal.

³⁹⁰ On peut s'étonner que la Ministre de la Santé puisse ainsi laisser croire que l'abrogation de la circulaire de 2013 suffise à empêcher les poursuites contre les médecins qui auraient aidé des personnes à accéder à une PMA à l'étranger. Il faudrait que l'article du Code pénal qui sanctionne de telles pratiques ait été lui-même abrogé, ce que le retrait d'une quelconque circulaire ou lettre par décision du Ministre de la Santé ne saurait suffire à accomplir !

³⁹¹ Les femmes que nous avons rencontrées sont assez unanimes à ce sujet et Martine Gross l'avait déjà montré dans un travail antérieur (2013).

point de vue, dans les situations qui les concernent, l'enfant conçu par PMA n'a été ni volontairement privé de filiation, ni abandonné par quiconque. A l'inverse, il est venu au monde grâce au projet parental de deux personnes qui, même si l'une d'entre elles seulement a procréé, se sont engagées ensemble pour être ses parents. Ce qui les distingue d'ailleurs des familles recomposées qui recourent à l'adoption pour consolider les liens entre beau-parent et bel-enfant. Considérant la situation des couples hétérosexuels qui recourent en France à la PMA, elles trouvent leurs familles injustement traitées. Le droit encadrant la PMA, tel qu'il existe aujourd'hui en France pour les couples de sexe différent, n'exige aucunement en effet du parent qui n'a pas procréé (le père stérile par exemple) qu'il adopte son enfant.

Par ailleurs, les familles rencontrées ont parfois eu des difficultés à expliquer à leurs enfants la procédure et pourquoi elles étaient obligées de passer par l'adoption pour que les deux mamans soient reconnues par la loi.

Joëlle et Evelyne ont 38 ans toutes les deux et sont ensemble depuis 17 ans. Elles ont quatre enfants, deux jumeaux et un enfant tous les trois portés par Evelyne et un enfant porté par Joëlle. Elles ont demandé et obtenu des adoptions croisées de leurs enfants respectifs.

« Joëlle : on avait commencé à leur expliquer et ils ne comprenaient pas »

« Evelyne : ça partait en : ça veut dire que je ne suis pas ton enfant ? »

Lola (45 ans) et Nadine (46 ans), en couple depuis vingt-deux ans, ont deux enfants dont l'aîné est âgée de 11 ans. Chacune a porté un enfant. Elles ont demandé et obtenu des adoptions croisées de leurs enfants respectifs.

« C'est que l'air de rien dans leurs têtes ça chauffait dur et du coup Armand a dans sa classe un enfant qui est placé à la cité de l'enfance, retiré momentanément à sa famille. Et il nous disait : "mais en fait si toi tu meurs, j'irais peut-être moi aussi à la cité de l'enfance ?" [...] quand on s'est mariées on leur a dit qu'on allait pouvoir les adopter, on a expliqué ce que c'était : qu'on était chacune la mère légale d'un des enfants, ça ils ne le savaient pas parce qu'on en parlait pas au quotidien, on était leurs deux mamans [...] donc on leur a expliqué ce que c'est qu'une mère légale et une mère non légale [...] on leur a expliqué la procédure, qu'on allait déposer un dossier que ça allait durer environ 6 mois, qu'en septembre quand ils seraient dans leur nouvelle classe il y aurait un changement de nom, que vous aurez tous les deux le même nom et vos deux noms dans le même ordre. Donc, au début c'était simple mais ça s'est très vite compliqué, dès la convocation au commissariat [pour l'enquête sociale demandée par le TGI], [...] mais je me suis dit : comment on va faire ? On ne peut pas ne pas leur dire, on est trop inquiètes pour le coup, là ça nous touche de près, c'était nous qui étions convoquées au commissariat, [...] on était quand même associées à des gens qui avaient à s'expliquer, et au niveau des enfants je ne savais pas comment on allait gérer les choses [...]. On a essayé de positiver mais là j'avoue que ces derniers mois ils ne comprenaient pas. Et c'est vrai que Chloé qui est en 6ème cette année a passé son temps à nous dire : j'en ai marre pour les élections de parents d'élèves les autres ils ont deux enveloppes, moi je n'ai qu'une enveloppe c'est pas juste. » (Lola)

Les rencontres avec familles françaises ou binationales installées au Québec illustrent parfaitement cette contradiction entre une réalité familiale vécue et légale, là où elles vivent, où elles sont légalement deux mamans, et la non reconnaissance en France de cette situation. Reconnues en tant que mères toutes les deux, dès la naissance de l'enfant, elles s'estiment respectées dans leurs droits. Lorsqu'elles souhaitent transmettre la nationalité française à leur enfant ou obtenir que la filiation établie à l'égard de celle qui n'a pas accouché soit reconnue à l'état civil français, il leur faut présenter des documents où seule la mère biologique est

mentionnée. Il faut ensuite que la mère qui n'a pas accouché demande à adopter l'enfant de son épouse. Les témoignages que nous avons recueillis (voir partie 4.2) montrent sur ce sujet à quel point les femmes sont contrariées d'avoir à adopter leur propre enfant. Pour l'exemple, rappelons la situation de Camille et Michèle déjà citée.

Camille (45 ans) et Michèle (50 ans) sont installées au Québec depuis onze ans. Quelques semaines avant de quitter la France, dans une dernière tentative, Michelle subit une insémination qui s'avèrera enfin fructueuse. Deux jumeaux naîtront au Québec. Au moment où nous nous rencontrons, ils ont 10 ans ½. Les enfants portent le double nom, celui de Camille d'abord, pour compenser un peu le fait que c'est Michèle qui les a portés et ainsi rééquilibrer les positions maternelles. Elles ont été très émues d'être toutes les deux inscrites comme mère sur le formulaire de naissance. Toute la famille a la citoyenneté canadienne.

Camille et Michèle souhaitent que le statut légal de mère soit reconnu à Camille en France pour que les enfants puissent hériter aussi d'elle (et donc de sa lignée) et, au cas où elles reviendraient en France, (ce qu'elles n'envisagent pas dans l'immédiat) pour que les enfants puissent être à la garde de Camille en cas de décès de Michèle. Lorsqu'elles ont commencé les démarches, le Consulat (vu l'état du droit français) n'a pas voulu enregistrer le double nom des enfants ni transcrire le lien de filiation de Camille. Il n'acceptait donc d'opérer qu'une transcription partielle de leur acte de naissance. Sur les papiers français, les enfants n'auraient donc qu'une mère, Michèle et porteraient un seul nom, celui de Michèle, alors même qu'au Canada, les enfants auraient toujours deux mères et porteraient le double nom transmis à la naissance. L'avocate française des mères leur conseille de ne pas demander la transcription de l'acte de naissance québécois à Nantes³⁹², mais de se marier puis de procéder à l'adoption de l'enfant de la conjointe. Elles se sont donc mariées alors qu'elles n'avaient pas vraiment envisagé de le faire puis ont attendu, pour présenter leur requête, l'avis de la Cour de cassation de septembre 2014 qui a mis fin (malgré, nous l'avons vu, les résistances encore d'un TGI) au risque de se voir refuser l'adoption à cause du recours à la PMA. Camille résume ainsi son ressenti :

« Je dirais c'est presque humiliant cette démarche d'adoption, moi je la trouve presque humiliante [...] d'adopter mon propre enfant, d'être obligée de passer devant un juge, d'avoir une enquête de police ».

En décembre 2016, la famille a appris que l'adoption des enfants par Camille avait été refusée par le TGI au motif que le lien de filiation maternelle à son égard est déjà établi dans l'acte de naissance canadien, selon l'information que la famille nous a transmise. Ce refus conduit la famille à demander la transcription de l'acte d'état civil québécois où figurent les noms des deux mères dès la naissance, au procureur de la République à Nantes. A l'heure où nous écrivons, nous ne savons pas encore si leur demande sera satisfaite. La rencontre avec l'un des procureurs nantais compétents en matière d'état civil des Français de l'étranger, qui s'exprimait à propos des cas de GPA, nous laisse penser qu'il y a peu de chances qu'un tel acte de naissance, où figurent les noms des deux mères, puisse être transcrit. Cette famille se trouverait, dans le cas où la transcription serait refusée, dans une véritable impasse administrative. Les agents consulaires appliquent à la lettre le droit français qui ne prévoit pas que soit transcrit l'acte de naissance avec les deux filiations et les deux noms. Le tribunal qui a refusé de prononcer l'adoption parce que le Québec a déjà inscrit les deux noms –comme le droit québécois le permet–, est du ressort du ministère de la justice et est une instance indépendante du consulat à l'étranger. Et c'est encore une autre institution qui est responsable de l'attribution de la nationalité³⁹³. Chaque institution agit selon une logique qui souvent lui

³⁹² Le service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères, pour les Français nés à l'étranger, est situé à Nantes.

³⁹³ Selon sa situation, la personne doit s'adresser au pôle de la nationalité de Paris si elle est née et réside à

est propre, selon les responsabilités qui lui sont attribuées et les règles qui la régissent. Ce type de cas, au-delà de la situation particulière et du désarroi de la famille, signale une incongruité du droit en acte : alors que dans la plupart des TGI une mère lesbienne se voit aujourd'hui accorder sans trop de difficulté le droit d'adopter l'enfant de son épouse, un TGI refuse d'accorder ce droit, non pas au motif, cette fois, que la PMA mise en œuvre à l'étranger constitue une fraude à la loi mais parce que la requérante est déjà la mère sur l'acte de naissance étranger.

5.1.1.2 Le recours à un donneur connu

Certaines femmes ne souhaitant pas recourir à des services médicaux à l'étranger, soit pour des raisons économiques, soit parce qu'elles préfèrent conserver un lien avec le géniteur de leur enfant, décident de recourir à un donneur connu. L'enfant est alors conçu en France généralement grâce à un homme, ami, connaissance ou donneur recruté sur internet, prêt à aider un couple de femmes à donner la vie sans s'impliquer lui-même dans la paternité (Côté, de Montigny, Lavoie 2015, Gross, Courduries & de Federico, 2014). Ces recours peuvent aboutir à des situations difficiles car un « donneur connu » peut à tout moment changer d'avis et reconnaître l'enfant. De plus l'enfant majeur (ou son parent légal s'il est mineur mais dans ces situations, c'est hautement improbable) peut, depuis la loi de juillet 2005 portant réforme de la filiation, faire une recherche en paternité et obtenir que sa filiation soit établie à l'égard de cet homme.

Deux familles parmi celles rencontrées dans le cadre de notre programme de recherche ont eu recours à un donneur connu. Pour l'une d'elles, le donneur est un ami qui vit à l'étranger et qui, conformément à ce qui avait été convenu, ne participe pas à l'éducation de l'enfant. Dans l'autre famille, le couple avait fait la connaissance du donneur en répondant à une petite annonce. Il souhaitait être donneur sans aucune implication, ce qu'il avait déjà fait pour d'autres couples. Elles le rencontrent assez peu. Pendant la grossesse, il ne prend pas de nouvelles mais vient à la maternité le jour de l'accouchement. Trois mois après la naissance, elles reçoivent un recommandé de la mairie les informant que l'enfant a fait l'objet d'une reconnaissance. Le donneur a toutefois consenti à la délégation partage de l'autorité parentale avec l'épouse de la mère, puis à l'adoption simple de l'enfant par cette dernière. Il n'a ensuite plus donné signe de vie pendant plusieurs années. Jusqu'au prononcé de l'adoption simple, elles ont vécu dans la crainte qu'il ne donne pas son consentement. Par la suite, elles étaient inquiètes à l'idée qu'il apparaisse dans leur vie familiale et qu'il demande à entretenir une relation avec l'enfant. L'insécurité qu'elles ont ressentie les a conduites à choisir une autre modalité de conception, la PMA, pour leur deuxième enfant.

En France, la loi ne prévoit pas qu'un don de sperme puisse ne pas être anonyme et avoir lieu en dehors du cadre autorisé de l'AMP. Un donneur connu, même s'il n'a pas pris part au projet familial et n'a pas l'intention de contribuer à l'éducation de l'enfant, est donc potentiellement un père puisqu'il a le droit de reconnaître l'enfant né de son don à tout moment, avec les conséquences qui s'attachent à une telle reconnaissance en matière de droits et d'obligations. Au Québec, la loi instituant l'union civile de juin 2002 envisage la possibilité du recours à un donneur connu (art. 538.2 C.c.Q). Lorsque la conception a eu lieu sous la forme d'une insémination, les deux femmes sont mères à la naissance de l'enfant. Si la conception a eu lieu par relation sexuelle, le donneur connu a un an pour faire reconnaître sa paternité par le biais d'une action en justice en réclamation d'état. S'il change ainsi d'avis, la conjointe de la femme qui a donné naissance à l'enfant ne peut faire valoir en défense à cette

l'étranger (<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1051>).

action une possession d'état à l'égard de l'enfant ; elle doit céder sa place de parent au donneur connu. Cette question a été abordée plus amplement (partie 2.1.2.2.2 ci-dessus).

Nous verrons plus loin (partie 5.1.3 ci-dessous) la perplexité des juges français face aux situations dans lesquelles le donneur n'est pas anonyme.

5.1.1.3 Les familles confrontées à la variabilité des décisions

Dès 2013, des tribunaux ont accordé la possibilité à des conjoints homosexuels d'adopter l'enfant de leur conjoint. Cependant, dans un certain nombre de cas, comme nous l'avons vu plus haut, les juges ont souhaité connaître le mode de conception de l'enfant et des couples eux-mêmes ont souhaité être tout à fait transparents sur le mode de constitution de leur famille en affirmant avoir eu recours à l'AMP à l'étranger ou à une assistance artisanale à la procréation en France. L'adoption a alors pu être refusée par le tribunal ou bien, lorsque le juge avait pris une décision favorable, contestée en appel par le procureur. Les motifs invoqués tenaient à la manière dont l'enfant avait été conçu. Certains magistrats ont refusé l'adoption plénière et ont préféré accorder l'adoption simple afin de laisser à un géniteur la possibilité de se manifester, notamment lorsque l'enfant avait été conçu en dehors d'un parcours d'AMP. D'autres ont invoqué le mode de conception par AMP de l'enfant pour s'opposer à l'adoption de celui-ci par la conjointe de sa mère. A leurs yeux en effet le fait de bénéficier à l'étranger d'une insémination artificielle interdite en France pour concevoir l'enfant commun désiré constituait une fraude à la loi qui interdisait l'adoption de l'enfant « illégalement conçu ». Comme on l'a expliqué dans la partie 2.2 les oppositions de certains procureurs et juges ont cédé à la suite des avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014. Un tribunal a toutefois continué à refuser de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe ; cela a été le cas en première instance pour Karine et Clothilde d'une part et Chloé et Eliane d'autre part, nous l'avons vu dans la partie 4.1, mais la Cour d'appel a réformé le jugement et accordé l'adoption.

Les extraits d'entretiens qui suivent, menés après les avis de la Cour de cassation de septembre 2014 auprès des magistrats, juges du siège ou du parquet, illustrent la diversité de leurs positions. Certains expriment une résistance à reconnaître la possibilité pour les couples de même sexe de devenir parents, tandis que d'autres font montre d'une certaine compréhension à l'égard du désir d'enfant de ces couples.

Une substitute du procureur (TGI 9) s'est déclarée tout à fait opposée à l'adoption de l'enfant de la conjointe mais ne fait pas toutefois pas appel de la décision de la prononcer :

« Sachant que ce n'est qu'un avis de la Cour de cassation, ce n'est pas un arrêt de cette Cour ; donc après c'est juste parce que... Voilà, moi, personnellement, je trouve qu'il y a d'autres moyens d'établir des droits entre les parents quand on est du même sexe que d'établir un lien de filiation maternelle, ou plutôt deux liens de filiation maternelle, moi je pense que c'est contraire à l'intérêt de l'enfant. [...] qu'il y ait deux établissements de filiation maternelle mais après c'est un avis personnel, le tribunal ne le retient pas, et la Cour de cassation a estimé dans ses avis que ce n'était pas nécessairement contraire... mais nous nous opposons toujours. » (Substitut du procureur, TGI 9)

La même magistrate est également critique, à un niveau plus général, celui des principes, à l'égard de la possibilité d'établir la filiation d'un enfant à l'égard de deux parents de même sexe.

« (Ils auraient dû) prévoir d'autres mesures juridiques qui permettent d'avoir une autorité parentale conjointe dans les couples homos, mais pas mélanger... » (Substitut du procureur, TGI 9)

Un juge du siège que nous avons rencontré résume la situation à laquelle sont confrontées les couples de femmes et en retient l'idée qu'elles sont engagées dans un parcours long, incertain et anxiogène :

« C'est vrai qu'elles sont déjà confrontées à un certain parcours qui n'est pas très simple, un parcours de PMA qui est quand même difficile et puis en plus un parcours devant un tribunal, [...] c'est porteur de beaucoup d'inquiétudes : on ne sait jamais si son dossier va être accepté, il y a des parts d'incertitude et ce d'autant plus que juste après le mariage pour tous, lorsque les premiers couples homosexuels ont demandé l'adoption, il y a eu des tribunaux, [...], qui ont refusé ou qui ont accepté et après le parquet a fait appel, c'est remonté jusqu'à la Cour de cassation [...]. Ça a été un combat encore pour cette population. » (Juge du siège, TGI n°10)

Dans un premier élan, on pourrait être tenté de considérer qu'un véritable fossé sépare le monde des familles homoparentales et celui des juges. Il s'agit d'un présupposé, bien sûr, mais qui s'appuie tout de même sur l'expérience de certaines familles qui peuvent se sentir incomprises, voire malmenées. Les propos de ce juge du siège du TGI n°10, comme ceux de plusieurs autres, sur d'autres sujets, contribuent à combler ce fossé.

Par ailleurs, ces affaires qui concernent la filiation qui relie de manière indifférenciée un enfant à deux parents de même sexe font émerger des questions plus générales mais aussi plus vastes sur lesquelles les magistrats s'interrogent. Les discussions que nous avons eues avec les magistrats que nous avons rencontrés ont jeté une lumière inédite sur l'état de ces discussions qui traversent la magistrature.

Certains magistrats rencontrés dans le cadre de ce programme de recherche s'interrogent sur l'éventuelle quête des origines des enfants élevés par deux femmes. Il y a parfois juxtaposition et amalgame entre des notions différentes, comme l'accès aux origines, la paternité biologique ou des notions psychologiques concernant l'identification de l'enfant.

« A titre personnel, moi, ce qui me dérange, mais ce n'est pas propre à la PMA dans les couples homos, c'est le fait de ne pas avoir accès au donneur et là ça sera peut-être plus sensible dans un couple de femmes ; c'est que l'enfant n'aura absolument pas accès à son géniteur. [...] Parce que je me dis que dans un couple hétéro, il y a un homme qui va jouer le rôle du père aussi bien symbolique qu'au niveau quotidien et comment dire.....au niveau identification de l'enfant dans un couple homme-femme il pourra s'identifier plus facilement à celui qui joue le rôle de père, alors que, dans un couple de femmes, l'enfant va identifier ces deux femmes comme ses deux mères mais il n'y aura pas d'homme dans cette relation-là. Je me dis que d'avoir accès à son histoire, d'avoir éventuellement des données sur l'homme qui a donné son sperme ça lui permettrait d'être raccroché à un homme sachant que c'est son géniteur » (Vice procureur, TGI n°7)

« La difficulté c'est que je pense qu'on a deux mouvements à la fois en faveur du développement de la filiation sociologique et qui est aussi dans le droit européen [...] mais en même temps vous avez toujours des mouvements de jurisprudence où on veut reconnaître toujours aux liens du sang quelque chose et on est toujours dans ce mouvement de balancier et on ne sait pas vers où les choses vont basculer. C'est pour ça que l'intérêt de l'enfant doit être recherché » (Juge du siège, TGI n°2)

« Pour l'instant, on n'a pas de recul. Moi, je n'en sais rien. Ça peut être de l'intérêt de l'enfant aussi dans quelques années quand il sera adolescent ou jeune adulte d'avoir un contact avec son père biologique, on n'en sait rien » (Procureur, TGI n°2)

« Le premier dossier déposé par un couple de femmes après la loi de 2013 est passé sans aucune difficulté. Le parquet ne s'y est pas opposé, donc ça a été le premier cas, et pour les suivants, le parquet s'y est opposé en faisant valoir un certain nombre d'arguments et

parmi ces arguments : que l'adoption allait empêcher l'enfant de connaître ses origines et notamment la possibilité d'établir une filiation paternelle. » (Juge du siège, TGI n°3, à propos de l'opposition du Parquet)

Ces magistrats font état d'un certain désarroi, au sein de la magistrature, face à la question soulevée à leurs yeux, dans les cas où deux femmes ont eu recours à un donneur de sperme, de l'origine de l'enfant. La question de l'origine de l'enfant ne se pose bien évidemment pas seulement dans les familles lesboparentales mais se pose aussi dans les situations où des couples hétérosexuels recourent à une procréation assistée avec don de gamètes. Mais aux yeux d'un certain nombre, elle a ceci de spécifique que la deuxième mère ne peut pas tout à fait se substituer au donneur de sperme. L'anonymat du donneur de sperme dans une famille hétéroparentale ne poserait pas le même problème puisque tout est organisé pour que le père passe pour être le géniteur. C'est justement ce qu'Irène Théry appelle le modèle pseudo-procréatif de l'AMP à la française (Théry et Leroyer, 2014). La différence de sexe retrouve ici son caractère irréductible. Ce faisant, certains de ces magistrats font état de représentations très communes et non spécifiquement juridiques qui tiennent à l'idéologie de la parenté dans les sociétés occidentales et dont nous avons déjà discuté dans la partie 3.3 : les géniteurs d'un enfant conservent un rôle prégnant dans la définition de la parenté et de la personne. Au plan général et théorique, certainement. Mais nous voyons que dans la réalité vécue, il en va quelques fois différemment.

D'autres juges expriment le fait que le père n'existant pas, on n'a pas à se poser la question de préserver pour lui la possibilité de reconnaître l'enfant. Ces juges ne s'opposent donc pas à l'adoption plénière de l'enfant de la conjointe même lorsqu'ils ont connaissance de l'existence d'un géniteur connu.

« On pourrait se poser la question de savoir dans toutes les adoptions plénières qu'on prononce pour les couples de femmes : qu'est-ce que ça va donner en fait, est-ce que l'enfant va vouloir un jour établir sa filiation ? [...] Notre décision [d'accorder l'adoption] bloque complètement la possibilité en tout cas de faire établir la filiation paternelle. (...) Le juge regarde si à l'instant T c'est de l'intérêt de l'enfant. Pour nous, ça l'est très souvent parce qu'on se dit : l'enfant va être élevé dans un cadre familial avec quelqu'un qui l'aime et qui l'élève et donc on estime que c'est son intérêt dans cet instant-là. » (Juge du siège, TGI n°1)

« A partir du moment où il n'y a pas de père à l'état civil, il n'existe pas, ce père. Donc je n'ai pas à investiguer sur le fait qu'il pourrait éventuellement exister un jour. Il n'existe pas. Je prends acte d'une situation où à l'état civil il n'a pas d'existence et donc, peu m'importe ce qui se passera après. Je ne peux pas me projeter sur un avenir qui n'a aucun caractère certain et qui serait que finalement ce ne serait peut-être pas une PMA médicale mais une PMA amicale et artisanale et que peut-être qu'un jour le père il va venir réclamer sa paternité. Non, il y a un principe qui est : on statue en l'état de la filiation établie au jour où on statue et s'il se réveille 10 ans plus tard, ben, on verra à ce moment-là ; donc on ne fait pas de demande par rapport à ça, on a même abandonné le fait de leur demander où elles avaient fait leur PMA parce que ça les mettait inutilement mal à l'aise. » (Juge du siège, TGI n°10)

Certains magistrats expliquent vouloir préserver la possibilité pour le donneur de sperme non anonyme de reconnaître un jour l'enfant et cela, au nom de l'intérêt de l'enfant. D'autres, au contraire, considèrent que l'intérêt de l'enfant commande que l'on statue en fonction des seuls éléments connus à l'instant où la requête est traitée et que l'on consolide la filiation avec ses deux mères qui l'élèvent depuis sa naissance.

La juge du siège du TGI n°10 explique combien les décisions ne reposent pas seulement sur les seuls éléments du droit ou sur la formation reçue mais sont en réalité dépendantes des

convictions intimes, surtout avant les avis de la Cour de cassation :

« Je pense que la question rejoint l'intime de chaque juge. En fait, on est complètement dans ce qui nous fait, dans notre diversité, chacun ; moi je n'ai pas eu de difficultés. Ça m'apparaissait comme quelque chose de normal, et au moment où on a rendu nos premières décisions, j'avais des assesseurs, deux hommes d'ailleurs, [...] qui n'avaient pas d'opposition. Je suis partie d'une juridiction où j'ai siégé avec une collègue dont les convictions religieuses étaient très, très opposées à ce genre de situation. Alors je n'ai pas eu à ferrailer contre elle parce que je suis partie avant que la loi ne passe mais j'ai su après que ça avait fait énormément discussion quand les premières requêtes avaient été déposées. Donc c'est vraiment lié à l'intime de chacun, cette position et c'est en ça aussi que les affaires familiales, ça renvoie à sa propre conception de la vie [...] D'autant plus quand on est dans cette situation intermédiaire qui est juste après la loi et avant que notre Cour suprême ait donné un avis. On pouvait avoir une vision différente et cette vision elle était obligatoirement teintée par la personnalité et les convictions que l'on a. [...] Dans cet espace temporel un peu flou à ce moment-là, ressort principalement la conviction personnelle de chacun. » (Juge du siège, TGI n°10)

Bien sûr, le propos de cette magistrate est riche d'enseignement. Elle n'est évidemment pas la porte-parole de tous ces collègues ; mais à travers un point de vue situé, elle exprime une évidence : les personnes ne sont pas clivées. On peut être juge du siège, juge du parquet, on n'en reste pas moins un homme ou une femme, dont la personnalité est façonnée par de nombreux éléments tels que la génération à laquelle on appartient, son genre, son expérience professionnelle et personnelle, la formation reçue, ses convictions, sa façon de voir le monde. Il est probable que, dans un sens ou dans un autre, dans un moment où, comme le dit cette juge, malgré la loi de juin 2013, toutes les situations ne peuvent pas être solutionnées de manière indiscutable, la décision des juges se fonde sur des éléments nombreux et divers.

Enfin, nous avons vu, dans les parties précédentes, à partir des entretiens avec les familles, que la procédure elle-même diffère d'une juridiction à l'autre. Les entretiens avec les magistrats l'ont confirmé. Les pièces à fournir ne sont pas toujours les mêmes. Par exemple les attestations démontrant une vie quotidienne de la requérante ne sont pas toujours demandées. Parfois, le tribunal exige que l'enfant ait été accueilli au domicile de la requérante depuis plus de 6 mois avant de pouvoir introduire la requête en adoption, alors que la lettre de la loi ne semble imposer ce délai préalable qu'au prononcé de l'adoption (art. 344 C. civ). Enfin, certains tribunaux, contrairement à d'autres, ont convoqué en audience les familles avant de prononcer leur jugement.

Certains tribunaux ont diligenté une enquête de police, d'autres pas. À ce sujet, une juge du siège s'étonne de ce que ces enquêtes concernent spécifiquement les couples homosexuels :

« Ce dont je me suis rendue compte et on a été très choqué la dernière fois avec mes collègues, c'est que le procureur de la république continue à faire des demandes d'enquêtes par les services de gendarmerie ou de police pour savoir si la famille est connue honorablement. Ça, ça existait systématiquement dans les adoptions, pour toutes les adoptions, il y a quelques années, sauf que les moyens contraints dont nous disposons

et dont disposent également les services de police et de gendarmerie font que ces enquêtes de moralité ont été abandonnées. Et là on s'est rendu compte qu'elles étaient conservées pour les couples homosexuels mais pas pour les autres couples. [...] Quand on est dans un contexte de couple hétérosexuel, le procureur de la république ne demande pas cette enquête, il ne la demande actuellement que dans les cas des couples homosexuels ce qui a un côté quand même très choquant. » (Juge du siège, TGI n°10)

Ces recours à la police ou à la gendarmerie pour enquêter sur la moralité des requérants et sur les conditions d'accueil de l'enfant font certes l'objet d'une grande incompréhension chez les familles que nous avons rencontrées (voir la partie 4.1), mais elles ne sont pas non plus toujours comprises par un certain nombre de magistrats qui y voient l'expression d'un soupçon à l'égard des couples de parents de même sexe.

5.1.2 La loi insuffisante selon certains juges

5.1.2.1 La loi du 17 mai 2013 elle-même

Certains magistrats estiment que les textes législatifs mériteraient d'être rédigés plus clairement, tant pour la pratique du droit que pour la connaissance et l'appréhension qu'en ont les justiciables.

« A mon avis la loi est devenue trop complexe, elle devrait être accessible à tout le monde, [...] il manque des campagnes d'information : [...] la loi française est devenue incompréhensible y compris pour les professionnels. [...] Oui, et jusqu'à la loi « mariage pour tous » qui a encore modifié la législation avec un système d'attribution de double nom en cas de désaccord des parents, et là-dessus vous interrogez 1000 personnes dans la rue, à part quelques magistrats je ne vois pas qui est au courant et c'est pourtant le quotidien des gens, et le quotidien des gens devrait leur être facilité. [...] Le législateur pourrait faire des efforts dans le mode de rédaction, dans la diffusion de la loi quand ça concerne directement les gens. Je trouve que ce qui concerne la famille : mariage, pas mariage [...] en matière de succession, en matière de nom, c'est des choses que les gens devraient pouvoir appréhender de façon complète et facile ; c'est peut-être des priorités qui n'apparaissent pas, mais moi je crois que là il y a un vrai déficit. » (Substitut du procureur, Cour d'Appel n°1)

Le même magistrat, à la question de savoir si la marge laissée à l'interprétation du texte expliquerait les différences entre les juridictions concernant l'adoption de l'enfant de la conjointe, répond :

« Moi je pense qu'elle est liée au fait que le législateur n'est pas allé jusqu'au bout et s'est arrêté au milieu du gué. » (Substitut du procureur, Cour d'Appel n°1)

D'autres magistrats ont eu ce genre d'appréciation à l'égard de la loi du 17 mai 2013. En ne reconnaissant pas la possibilité pour les couples de femmes d'accéder à la PMA en France, elle a favorisé l'affluence de nombreux dossiers difficiles à traiter par les magistrats et qui ont été l'objet de traitements très différenciés d'une juridiction à l'autre.

Plusieurs magistrats ont en effet eu des propos critiques au sujet du maintien des conditions d'accès à la PMA qui obligent les femmes seules et les couples de femmes à se rendre à l'étranger pour recourir à une insémination artificielle.

« C'est sûr qu'il y a un peu la prime à celles qui ont des revenus plus importants et qui peuvent aller à l'étranger ; c'est un peu hypocrite » (Juge du siège, TGI n°4)

« Moi je pense qu'ils auraient dû légiférer là-dessus. [...] Dire que les PMA légalement reconnues à l'étranger doivent l'être par la France, sans dire qu'on autorise la pratique

en France, après c'est là aussi au législateur [...] la loi du 17 mai n'est pas allée au bout du raisonnement [...]. Il aurait dû l'autoriser ... on ne peut pas empêcher les gens même si c'est pénalement sanctionné en France d'aller à l'étranger » (Juge du siège, TGI n°1)

« Ce serait plus simple de leur permettre de le faire en France évidemment. [...] pour les femmes, ça serait aussi simple de le faire à l'hôpital à côté de chez elles. » (Juge du siège, TGI n°7)

« Bien sûr, je ne suis pas législateur. Mais à titre personnel je ne vois pas pourquoi les femmes mariées ne pourraient pas recourir à l'insémination artificielle » (Juge du siège, TGI n°8)

Certains juges, tels celle rencontrée au TGI n°10, auraient souhaité que la loi permette aux couples de femmes de devenir mères sans passer par l'adoption mais par déclaration comme ce qui est prévu pour le père qui a recours à une PMA :

« On pourrait faire une déclaration à l'état-civil en tant que couple sans passer par la fiction de l'adoption : on a un projet de couple ensemble et on se déclare ensemble père et mère, mère et mère pardon ! Parce que finalement, ça c'est vrai pour la PMA avec donneur pour le père et la loi a été claire par rapport à ça. [...] Cette fiction existe pour le père dans le cadre d'une PMA ; les gens signent un papier disant qu'il ne contestera pas devant le juge (bon, je ne sais plus si c'est encore devant le juge). On pourrait envisager cette fiction aussi avec deux mères qui viennent déclarer la naissance de l'enfant que l'une porte grâce à une conception avec don de sperme. » (Juge du siège, TGI n°10)

Le substitut du procureur de la CA n°1 mentionne l'incomplétude de la loi et souligne le rôle ingrat qui incombe au juge du fond d'avoir à pallier les insuffisances du texte.

« On s'est retrouvé face, côté parquet, à une difficulté qui était l'absence de concordance des textes et la contradiction dans les textes, à savoir que le législateur discute la loi « mariage pour tous » dans le contexte qu'on sait donc on ne va peut-être pas aller jusqu'au bout de la démarche en tout cas telle qu'elle était attendue. Et il maintient l'interdiction du recours à la PMA pour les couples de femmes alors que le législateur avait une fenêtre là. Même si on sait que dans les débats de la loi « mariage pour tous », nous, parquet quand on regarde le législateur il dit : pas question d'ouvrir la PMA aux couples de femmes et [...] je trouve toujours difficile que ce soit des juridictions de fond qui se retrouvent à prendre des options de cette nature. C'est vraiment le rôle du législateur et du parlement, on n'a pas la légitimité à travers les cas individuels, je trouve, de prendre des options aussi importantes, parce que derrière l'option qui a été prise c'est d'ouvrir une porte qui est quand même verrouillée depuis un moment de façon assez ferme, qui est, entre guillemets, le 'droit à l'enfant'. C'est une porte qu'on a ouverte à travers ces dossiers-là, je trouve, puisqu'on permet à des couples qui ne sont pas en mesure de procréer naturellement d'avoir un accès à un enfant en passant par des mécanismes médicaux et juridiques... » (Substitut du procureur, CA n°1)

Sans qu'il dise s'il regrette que la loi soit allée aussi loin en accordant l'adoption aux couples de même sexe ou s'il regrette au contraire qu'elle ne soit pas allée assez loin en laissant fermée la possibilité pour les couples de femmes d'accéder à la PMA, ce magistrat veut souligner l'ambiguïté du législateur et la difficulté dans laquelle cette ambiguïté met les magistrats.

Un autre exprime lui aussi la lourdeur de la tâche qui revient au juge du fait des trop grandes marges d'appréciation laissées par le texte de loi.

« C'est une remarque personnelle mais je trouve que notamment dans ces questions de GPA, PMA etc... je trouve qu'on laisse trop le juge en première ligne et que ça devrait

être aux législateurs de trancher la question parce que si vous voulez, il va y avoir des différences de jurisprudence en France, on l'a bien vu avec la PMA avec les jurisprudences de Versailles... » (Juge du siège, TGI n°1)

5.1.2.2 Sur l'obligation d'être marié pour pouvoir adopter

Plusieurs juges sont critiques de la solution adoptée par le législateur. Certains auraient souhaité dissocier le mariage de l'adoption et ouvrir l'adoption aux couples non mariés.

« Si le législateur impose que les gens soient mariés c'est pour faire valoir une certaine stabilité du couple, qui n'existe pas dans les faits » (Juge du siège, TGI n°1)

« Parce que toute l'hypocrisie de la société française c'est de ne pas avoir modifié les règles de l'adoption après le mariage pour tous, elle est là la grande hypocrisie : pour adopter l'enfant de son conjoint, on est obligé d'être marié, parce que si on adopte l'enfant de son conjoint sans être marié le parent biologique est privé de tous les droits et sa filiation disparaît [...]. Et ça pose aussi des problèmes aux couples hétérosexuels. On a pas mal de couples hétérosexuels qui n'ont pas envie de se marier et je pense que l'on doit respecter ce choix et pour autant on a un père qui est investi auprès d'un enfant pendant des années puis quand l'enfant a 12 ou 13 ans, ça fait 10 ans qu'il vit avec lui, il a envie de l'adopter pour avoir un lien avec cet enfant et, que ce soit en adoption simple ou en adoption plénière, la compagne perd ses droits et, inversement. On est encore dans une adoption qui est un vieux résidu de notre système catholique : on est marié et on fait des enfants, on est marié et on adopte, et le couple non marié il n'a pas d'existence, c'est un résidu de ça et c'est très, très problématique je trouve. » (Juge du siège, TGI n°10)

« Je trouve que la loi de 2013 a cette erreur : c'est la filiation. On a traité du mariage pour tous, du mariage des couples de même sexe, très bien et on a laissé la filiation par voie de conséquence. On s'est juste dit : comme les couples mariés peuvent adopter, ça s'appliquera aussi aux couples homosexuels et en fait la situation devant laquelle on est, c'est juste la conséquence. Et je trouve que ça c'est dommage. On est quand même dans un dispositif juridique qui depuis je crois vingt ans dissocie mariage et filiation et pour l'adoption des couples de même sexe justement on ne l'a pas dissocié. [...] On n'a pas besoin d'être marié pour avoir des enfants, les reconnaître et exercer l'autorité parentale. Le seul endroit où le dispositif est collé c'est en matière d'adoption dans les couples homosexuels, alors que justement on a un décalage entre la réalité biologique et la réalité affective et je trouve que c'est dommage d'avoir fait ça, vite fait bien fait parce qu'il le fallait » (Juge du siège, TGI n°5)

Le problème soulevé par le discours de ces trois magistrats touche au lien entre mariage et filiation. En un mot, est-il nécessaire d'être marié pour devenir parent ? Bien sûr que non. Hors mariage, des hommes et des femmes procréent, mettent un enfant au monde, déclarent leur naissance à l'état civil, le reconnaissent et en deviennent les parents. En France, en 2016, 59,7% des naissances ont eu lieu hors mariage et ce chiffre augmente de manière continue et très rapide depuis 1994 où il n'était que de 37,2%³⁹⁴. Cela vaut également pour les couples

³⁹⁴ Source Insee, statistiques de l'état civil. Consulté en ligne le 28 juin 2017 : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394>.

hétérosexuels qui ont recours à la PMA, puisque des concubins y ont accès. De même, s'il est nécessaire qu'il soit marié pour qu'un couple puisse adopter, une personne seule ou en concubinage peut adopter à titre de célibataire. L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe est le simple résultat de l'ouverture du mariage. Aucune loi spécifique n'a été élaborée pour la filiation à cette occasion. La loi famille promise par le gouvernement Ayrault et à laquelle le législateur a renoncé aurait certainement été l'occasion de réfléchir à ces paradoxes.

5.1.2.3 Sur la filiation : quelle place pour la biologie ? quelle place pour la volonté ?

Le vice procureur du TGI n°7 souligne les contradictions du droit de la filiation entre ce qui ressort du biologique et ce qui ressort de la volonté et propose de distinguer clairement ces deux dimensions.

« Je me dis que peut-être, à la limite, il faudrait [...] que la filiation soit complètement détachée de la procréation. Elle serait la création d'un lien voulu par un homme et une femme ou par deux hommes ou deux femmes et dans certaines filiations on aurait cette filiation biologique qui serait présente et identique et dans l'autre cas ça serait distingué de la procréation. Mais ça m'étonnerait qu'on aille jusqu'à ce que la biologie ne puisse pas en soi créer la filiation, et à l'inverse que la biologie en soi ne puisse pas détruire ou créer une filiation non voulue, ce qui est actuellement le cas. Il faudrait complètement détacher la filiation de la biologie, on pourrait alors avoir connaissance de son géniteur homme ou femme sans que la filiation soit établie et la filiation ça serait autre chose. Là on est dans un mélange des genres permanent parfois plein de contradictions : parfois c'est la biologie qui est la reine des preuves, parfois on va la nier purement et simplement. On est dans une contradiction permanente entre la part du biologique et la part de la volonté. On le voit bien pour les enfants adoptifs. Eux, leurs parents sont leurs parents adoptifs. Après, qu'ils aient envie de savoir à qui ils doivent la vie c'est autre chose, et on voit bien que même ceux s'adressent au CNAOP, ils vont échanger de façon épistolaire et puis au bout d'un moment ça se tarit parce qu'il n'y a rien, le lien ne s'est pas construit ; et en même temps ça serait peut-être la solution face au malaise actuel des enfants adoptés qui veulent juste avoir un nom, c'est dissocier la filiation de la naissance mais on n'en est vraiment pas là. »

« [...] Je trouve que notre droit est en contradiction permanente entre la biologie et la place de la volonté et ça, depuis des lustres. Mais aujourd'hui ça a pris vraiment une coloration tout à fait particulière avec ces nouvelles formes de famille. Tantôt, quand on a besoin de la biologie on va la rechercher, et quand ça nous arrange de la laisser de côté, on la laisse de côté » (Vice procureur TGI n°7)

De nombreux juges ont, au cours de nos conversations, évoqué une autre question qui, régulièrement, est aussi l'objet du débat public : l'anonymat des dons de gamètes. Quelques-uns ont exprimé leur préférence pour un système qui permettrait aux enfants d'accéder à la connaissance de leurs origines tout en sécurisant la filiation de l'enfant à l'égard des parents qui l'élèvent. Une juge du siège, rencontrée au TGI n°2, s'exprime dans ce sens :

« Donc partant de là moi je serais plutôt favorable [...] aux dons avec abandon de droit, c'est-à-dire le système américain ou anglais mais je n'en suis pas sûre, qui consiste à dire : je sais qui est le père, il est identifié. L'enfant peut remonter jusqu'à moi et je n'aurais aucun droit dessus et il n'aura aucun droit sur moi, il ne pourra me demander aucun argent ni rien mais il pourra savoir qui je suis, quelle est ma famille, s'il a une maladie orpheline que ça vient de là ou pas. Moi je suis plutôt favorable. En tant que

magistrate, j'applique les textes, mais c'est vrai que je trouve naturel qu'un enfant puisse savoir effectivement quelles sont ses origines. C'est vrai aussi que, quelque part, à titre personnel, je suis choquée par le droit à l'enfant, je voudrais qu'on parle du droit à l'enfant mais du droit de l'enfant aussi. Le droit de l'enfant ce n'est pas être simplement mis au monde même dans la famille la plus aimante mais aussi savoir quelles sont ses origines : comment il a été constitué, d'où il vient... tout ce qui fait qu'il y a une construction mentale autour de lui parce que, moi, c'est plutôt la construction mentale, ce n'est pas les liens du sang qui m'intéressent. En revanche que celles ou ceux qui ont élevé cet enfant aient tous les droits sur cet enfant, ça me semble légitime aussi et je pense qu'il faudrait trouver un système qui concilie tout ça » (Juge du siège, TGI n°2)

Sans être bien sûr la représentante de ses collègues, cette juge a exprimé le point de vue exprimé également par quelques autres. Ceux-ci prennent soin de distinguer l'origine et la filiation : un donneur ou une donneuse de gamètes, même connu.e, resterait simplement un géniteur ou une génitrice et ne deviendrait en aucun cas un parent. S'ils préconisent une réforme favorisant un droit d'accès la connaissance des origines, ce n'est pas dans une optique de biologisation de la filiation. D'autres juges que nous avons rencontrés ne semblent pas du tout opérer cette distinction, comme on l'a vu dans la partie 5.1.1.3 et comme nous le verrons lorsqu'ils sont confrontés au recours à un donneur connu dans la partie suivante.

5.1.3 Le problème posé à certains juges par le recours à un donneur connu³⁹⁵

Dans les situations où une femme sollicite la justice pour adopter l'enfant de sa conjointe au moment de forger leur conviction pour prononcer l'adoption, les magistrats sont traversés par de nombreuses questions à propos du géniteur. Le donneur connu est-il un père ? Faut-il lui laisser la possibilité de reconnaître l'enfant en prononçant une adoption simple ? Leurs interrogations traduisent un point de vue selon lequel un enfant ne pourrait avoir plus de deux parents et que les véritables parents ne pourraient être que biologiques.

Dans notre enquête, une majorité de familles homoparentales ne mentionnent pas le mode de conception dans leur requête en adoption de l'enfant de la conjointe. Seuls six couples de femmes (sur les dix-sept rencontrés) l'ont précisé dans leur requête sans avoir été interrogés sur ce point.

La plupart des magistrats rencontrés en France avouent souvent être mis en difficulté devant des situations où un couple de femmes explique avoir eu recours à un donneur de sperme connu, en-dehors de tout dispositif d'assistance médicale à la procréation (seuls quatre juges sur les seize interrogés disent que la situation ne leur pose aucune difficulté).

« S'il apparaît clairement dans le dossier [que le donneur est connu], ce sont des questions qu'on évoquera à l'audience. [...] Ça fait partie des éléments qui interpellent un juge et donc on interroge les gens à l'audience avant de prendre une décision. Là, c'est la question de l'intérêt de l'enfant. [...] L'intérêt de l'enfant, c'est l'intérêt d'un enfant particulier dans des circonstances particulières. » (Juge du siège, TGI n°6)

Même s'il leur est rapporté que le géniteur dit ne pas souhaiter établir la filiation paternelle, ces magistrats rappellent qu'aucune renonciation à reconnaître un enfant n'est valide juridiquement et que le donneur pourrait à tout moment demander à faire établir sa paternité. Or comme on l'a vu plus haut (dans la partie 5.1.1.3) l'adoption plénière de l'enfant par la

³⁹⁵ Cette partie est issue d'une communication au Congrès de l'association internationale des sociologues de langue française qui s'est tenu à Montréal en juillet 2016, « Les magistrats français face aux demandes d'adoption intraconjugale des couples de femmes ».

conjointe de la mère, lorsqu'elle est prononcée puis portée sur l'acte de naissance, prive cet homme de tout moyen pour faire reconnaître sa paternité. L'adoption plénière par la mère non biologique entrerait donc, dans l'esprit de ces magistrats, en concurrence avec une filiation paternelle pourtant jusque-là tout à fait hypothétique. La préservation d'une éventuelle reconnaissance paternelle apparaît ici au cœur des interrogations des magistrats rencontrés.

Nous avons vu, dans la partie 4.1, qu'un juge a demandé une preuve du recours à une PMA avec don de sperme anonyme pour écarter tout risque que le géniteur ne veuille un jour faire valoir ses droits de père. Ce même juge a finalement utilisé cet argument pour refuser de prononcer l'adoption plénière au motif que le couple de femmes aurait fraudé la loi. Sa décision, si elle est probablement le résultat d'un certain calcul, paraît d'autant plus paradoxale, que le recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger a conduit à saisir pour avis la Cour de cassation, pour savoir s'il s'agissait là d'un contournement de la loi française susceptible de faire obstacle à l'adoption, et que la Cour de cassation a répondu en septembre 2014 par la négative. Ceci étant, malgré ce cas isolé, par ailleurs bien connu par beaucoup de magistrats rencontrés, les juges interrogés respectent généralement cet avis, sans demander d'information additionnelle.

Trois arguments différents sont mobilisés par les juges pour prendre leur décision : le respect des seules conditions exigées par la loi, l'intérêt de l'enfant et l'intérêt du donneur.

- Vérifier les conditions exigées par la loi

Les juges devant statuer sur une requête en adoption de l'enfant de la conjointe peuvent convoquer en audience les requérantes mais peuvent aussi se contenter de vérifier que les conditions exigées par la loi sont présentes : la requête doit être formulée, dans l'intérêt de l'enfant, par une personne mariée avec la mère légale (qui a accouché de l'enfant ou qui l'a adopté plénièrement en tant que personne seule) et l'enfant ne doit avoir qu'une seule filiation (art. 345-1 C. civ.). Les juges, mais souvent ce sont les greffiers, vérifient alors la conformité des différents éléments et, en l'absence d'un avis contraire du parquet, l'adoption peut être prononcée sans plus de délai. Il faut bien noter par ailleurs que, même s'ils sont moins nombreux, quatre magistrats ont déclaré que les requêtes en adoption plénière alors que l'enfant aurait été conçu avec l'aide d'un donneur connu en dehors de tout circuit médical ne leur posait *a priori* aucun cas de conscience. Pourtant la Cour de cassation avait réservé cette hypothèse dans ces avis du 22 septembre 2014 et laissé entrouverte la possibilité d'un refus de l'adoption en ce cas. Il est remarquable que certains juges donnent une portée plus étendue de l'avis de la Cour de cassation, au-delà d'une lecture strictement littérale, pour consolider la filiation à l'égard de la mère qui n'a pas mis au monde l'enfant. À ce sujet, un juge (le juge du TGI n°10 cité plus haut) a tout particulièrement insisté sur le fait qu'il devait statuer au seul regard des éléments tangibles du dossier. En d'autres termes, si aucun père ne s'est manifesté au moment de l'audience, et sous réserve que toutes les conditions requises soient réunies, rien ne s'oppose, de son point de vue au prononcé de l'adoption plénière. Selon lui, le juge n'aurait donc pas à se perdre en conjectures.

L'audience, quand elle est organisée par le juge, peut être investie d'objectifs divers mais sert surtout à rencontrer de visu les requérantes et quelquefois les enfants. Le juge du siège du TGI n°10 déclare en organiser tout simplement parce qu'elle en organise une fois tous les deux mois pour toutes les demandes d'adoption, quelle que soit la configuration conjugale.

Le deuxième argument mis en avant par les juges pour rendre leur décision est celui de l'intérêt de l'enfant.

- L'intérêt de l'enfant

En l'absence d'une définition juridique fixe, l'intérêt de l'enfant reste une notion floue et peut être mobilisée dans les affaires qui nous intéressent de diverses manières.

La plupart des juges pour lesquels la situation de recours à un donneur connu est problématique se demandent si l'enfant n'a pas, dans tous les cas, un intérêt à voir sa filiation paternelle établie. Pour ceux-là, lorsqu'il y a eu recours à un donneur connu, en particulier s'il fait partie de l'entourage, il est impossible d'exclure qu'il veuille un jour reconnaître l'enfant.

« Un cas ou deux nous ont fait réagir et sont venus en audience. Ce sont deux couples de femmes où la requérante a spontanément dit que l'enfant avait été conçu avec un ami. [...] Se pose la question de savoir s'il est de l'intérêt de l'enfant de bloquer la possibilité qu'un jour soit établie sa filiation paternelle. » (Juge du siège, TGI n°1)

Dans de telles situations, pour plusieurs juges, l'adoption simple qui ajoute aux filiations d'origine jusqu'à deux filiations adoptives constitue une meilleure solution que l'adoption plénière. Elle ne fait en effet pas obstacle à une reconnaissance paternelle ultérieure.

Certains juges ont évoqué l'intérêt de l'enfant à avoir accès à ses origines, assimilant accès aux origines et établissement de la filiation paternelle. C'est une question intéressante sur le plan du droit : origines et filiation sont deux notions distinctes, mais souvent confondues mêmes chez les magistrats. Or, l'une des motivations des femmes qui ont recours à un donneur connu est de pouvoir renseigner l'enfant sur ses origines biologiques. Ce faisant, ces femmes distinguent bien origines et filiation, ce que ne semblent pas faire tous les magistrats (voir supra 5.1.1.3), pétris, comme beaucoup de leurs contemporains, de l'idée qu'un parent est un géniteur et vice-versa (voir supra 3.3).

Quelques juges ont été tout à fait clairs sur les raisons qui les poussent à vouloir préserver la possibilité qu'un jour un père puisse faire valoir ses droits. Ils considèrent que le lien biologique a plus d'importance que tout autre lien. Certains d'entre eux craignent même une condamnation de la France par la CEDH qui considérerait selon un procureur :

*« que l'intérêt de l'enfant c'est que son père biologique puisse le reconnaître. »
(Procureur, TGI n°2)*

Pour certains juges, à l'inverse, (quatre sur seize), il ne fait aucun doute à leurs yeux que l'adoption plénière de l'enfant de la conjointe doit être prononcée car elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et la réalité de la vie familiale, l'enfant étant le fruit d'un projet parental conjugal

« Oui, j'ai déjà eu [le cas d'un donneur connu]. Non ça ne m'a pas posé de problème [de prononcer l'adoption] dans la mesure où la filiation paternelle n'était pas établie (Juge du siège, TGI n°7)

« Moi, je pense que c'est bien de travailler sur l'accès aux origines. Pourquoi pas ? Mais il faut travailler aussi sur l'acceptation du lien tel qu'il existe réellement dans la vie de l'enfant c'est-à-dire, finalement, ses parents ce sont ceux qui s'occupent de lui tous les jours. Les origines, c'est très bien. Mais sa famille, c'est aussi ceux qui l'élèvent. » (Juge du siège, TGI n°8)

« Il me semble qu'on ne prend pas de risque majeur en agissant ainsi qu'on le fait. On le fait dans l'intérêt de l'enfant parce qu'effectivement l'enfant évolue dans une cellule familiale, maritale, avec deux parents et on a tout intérêt je pense à faire en sorte que les deux parents, quel que soit leur sexe, puisse prendre en charge juridiquement convenablement cet enfant. Pour nous, c'est une démarche très pragmatique qui est simplement dictée par l'intérêt de l'enfant. » (Procureur, TGI n°2)

Le troisième argument mobilisé par les juges concernant les situations de recours à un donneur connu est l'intérêt du donneur lui-même.

- L'intérêt du donneur

« Moi, si j'ai connaissance qu'il y a un géniteur dans l'affaire, je m'attacherais quand

même à essayer de recueillir son avis. Encore que s'il n'a pas reconnu l'enfant c'est qu'il ne compte pas être le père de cet enfant... Je ne sais pas encore ce que je déciderais parce qu'on décide au cas par cas. J'aurais une attention particulière à ce qu'il comprenne que l'adoption empêcherait de manière irrévocable d'établir sa filiation. Je ne sais pas ce que je ferais : est-ce que je le contacterais, est-ce que je demanderais aux demanderesses une preuve me permettant d'être rassurée sur ce point... Ce n'est pas dans la loi. » (Vice-procureur, TGI n°7)

A l'instar de ce vice-procureur, plusieurs juges ont déclaré que devant une telle situation, ils demanderaient une audience afin d'obtenir des informations complémentaires sur les intentions du donneur mais aussi de l'informer des conséquences qu'aurait une adoption plénière. Pourtant, comme le dit ce vice-procureur, la loi ne prévoit pas que le juge doive tenir compte des engagements du donneur de sperme connu à ne pas reconnaître l'enfant ni, *a fortiori*, qu'il doive l'informer du fait que, si l'adoption plénière était prononcée, il ne pourrait plus reconnaître l'enfant.

Il semble que dans le cadre des demandes d'adoption plénière de l'enfant de la conjointe lorsqu'il s'agit d'un couple de même sexe, un certain nombre de juges s'entourent de précautions supplémentaires, qu'ils n'envisagent pas lorsqu'il s'agit de couples hétérosexuels. Deux juges tout particulièrement ont fait ce constat au cours de nos entretiens.

« J'ai entendu certains parquetiers dire : 'nous on demande la preuve qu'il y a eu une PMA'. Je leur ai demandé pourquoi et ils m'ont répondu qu'ils voulaient être sûrs qu'il n'y a pas de père dont les droits pourraient être squeezés. Je ne m'étais pas posée cette question, parce que moi, je suis dans la tête de l'hétérosexuelle qui effectivement peut faire un enfant comme elle veut avec n'importe quel type sans dire à qui que ce soit que c'est untel parce qu'éventuellement je ne saurais même pas qui c'est. [...] Se questionner, c'est aussi ça : pouvoir se dire qu'on ne doit pas traiter plus sévèrement un homosexuel qu'on va traiter un hétérosexuel. » (Juge du siège, TGI n°2)

Le juge du siège au TGI n°10, nous l'avons vu plus haut, a dit avoir été choqué de découvrir incidemment que son collègue du parquet ordonnait systématiquement une enquête de moralité lorsqu'il s'agit de couples de même sexe, et uniquement dans ces situations.

Ces magistrats s'interrogent sur les hiérarchies implicitement à l'œuvre dans la manière dont sont appréhendées par la justice les questions de filiation. Lorsque la procréation paraît être le résultat de la sexualité, comme dans le cas des mères hétérosexuelles, le juge n'impose pas à la mère de désigner le géniteur de l'enfant. En revanche, lorsque la procréation paraît détachée de toute sexualité, comme dans le cas des mères lesbiennes, il en va bien différemment, parce que la mère, hors recours à la PMA avec don anonyme, ne peut pas prétendre ne pas connaître le géniteur.

Si quelques juges considèrent que ce qui doit prévaloir dans ces demandes d'adoption plénière de l'enfant de la conjointe, ce sont les liens parentaux entre l'enfant et ses deux mères, beaucoup disent rester très attachés à l'idée qu'un enfant doit avoir idéalement une mère, certes, mais aussi un père et que le lien biologique s'impose aux autres en matière de filiation. Pour eux, donc, l'adoption plénière d'un enfant ne doit pas priver le géniteur de la possibilité d'en devenir un jour le père. Tous paraissent, d'une certaine manière, adhérer à l'idéal occidental d'une filiation indifférenciée et bisexuée, reliant un enfant à une mère certes

mais aussi à un père. Néanmoins, pour les plus nombreux dans notre corpus, les deux parents devraient être prioritairement les géniteurs.

Une parquetière du TGI n° 9 affirme son profond attachement à la filiation biologique. Malgré les avis de la Cour de cassation de septembre 2014, elle dit s'opposer systématiquement à l'adoption de l'enfant de la conjointe au sein d'un couple de femmes, parce que la filiation ainsi établie ne serait pas conforme à la réalité biologique. En revanche, l'adoption par le conjoint de la mère dans un couple hétérosexuel ne lui pose pas de difficulté majeure, en l'absence de filiation paternelle. Interrogée sur l'établissement de la filiation par un couple hétérosexuel qui a eu recours à un don de sperme dans le cadre de la PMA en France, elle explique que dans la mesure où la procréation est vraisemblable, cela ne la dérange pas :

« C'est quand même conforme à la réalité biologique, il aura quand même un père et une mère ». (Juge du parquet, TGI n°9)

Dans les cas dont elle parle, il n'est donc pas tant question de réalité biologique que de vraisemblance de la procréation conjugale : de son point de vue, les parents doivent passer pour avoir procréé (Théry et Leroyer, 2014). On a vu plus haut (partie 4.1) qu'une juge du siège (que nous n'avons pas interviewée) reste tout à fait opposée à prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe en cas de recours à une PMA, en dépit des avis de la Cour de cassation de septembre 2014. Face à l'absence d'une règle de droit claire, la liberté du juge de décider selon ses convictions intimes peut conduire à des inégalités de traitement des demandes des justiciables et à un recours onéreux aux instances judiciaires supérieures, Cour d'appel et Cour de cassation.

La confusion plusieurs fois perçue lors des entretiens avec les juges entre filiation paternelle et origines biologiques, entre père et géniteur, pourrait être clarifiée par une réforme qui consacrerait un droit d'accéder à la connaissance de ses origines. Une telle réforme permettrait de bien distinguer, d'une part, le lien de filiation qui doit concerner les parents auteurs du projet parental, volontaires pour prendre soin de l'enfant, qu'ils lui soient ou non reliés biologiquement et, d'autre part, ceux qui ont contribué à la procréation en déléguant une part de leur capacité génésique, sans être parent eux-mêmes. Une telle réforme permettrait de mieux souligner qu'il n'est de filiation qu'instituée par le droit et qu'elle ne peut se résumer à un fait de nature.

Cette recherche pluridisciplinaire nous permet de saisir les transformations des représentations juridiques de la filiation au croisement des réalités sociologiques et des impensés du droit. Les logiques traditionnelles qui président à la fabrication de liens de filiation paternels et maternels paraissent toujours très actives puisque pour 12 des juges rencontrés, la fabrication d'une filiation adoptive n'est envisageable que si elle ne concurrence pas un lien de filiation biogénétique.

Nous essayons aussi de comprendre la variation des pratiques, des décisions et des motifs invoqués d'une juridiction à une autre. Sur ce point, plusieurs magistrats du siège (TGI n°3, TGI n°10, TGI n°8) nous livrent leur explication : le juge, dans le cadre de la loi, agit en vertu de ce qu'il est, en tant que professionnel mais aussi en tant que personne. Ils témoignent aussi du fait qu'ils sont aussi des personnes et des citoyens eux aussi façonnés par une expérience intime et traversés par les normes et représentations ambiantes.

Par exemple : « d'autant plus quand on est dans cette situation intermédiaire qui est juste après la loi et avant que notre Cour Suprême ait donné un avis, on pouvait avoir une vision différente et cette vision elle était obligatoirement teintée par la personnalité et les

convictions que l'on a. (...) dans cet espace temporel un peu flou à ce moment-là ressort principalement la conviction personnelle de chacun. » (Juge du siège, TGI n°10)

Les formes familiales contemporaines et les progrès de la médecine procréative révèlent la dissociation possible des dimensions biologiques, légales et sociales des liens parents-enfants. Malgré cela, le droit positif français, contrairement au droit québécois, ne donne pas aux magistrats les moyens de résoudre les conflits de normes qui se présentent à eux dans les situations évoquées. Bon nombre des magistrats rencontrés constatent que la réforme initiée par la loi de mai 2013 est inachevée, y compris certains qui manifestent une forme de réserve à l'égard de l'accès des parents de même sexe à la filiation. L'interdiction a été maintenue pour les couples de femmes d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, alors même que la loi ouvrait le mariage aux couples de même sexe. Il y a selon eux une contradiction qui maintient dans une grande ambiguïté la légitimité des couples de même sexe à être parents d'un même enfant et complique singulièrement leur travail.

5.1.4 Des juges qui cherchent des appuis auprès d'autres juges perçus comme des experts

Nous l'avons vu, plusieurs magistrats ont expliqué être parfois en difficulté dans le traitement de certaines requêtes de femmes qui souhaitent adopter l'enfant de leur conjointe. Ils ont à traiter aussi des requêtes d'hommes qui veulent adopter l'enfant de leur conjoint, mais ces affaires-ci paraissent nettement moins nombreuses. Les premières ressources mobilisées par les juges sont bien sûr le code civil et la jurisprudence, mais dans ces affaires, bien souvent, cela ne leur paraît pas suffisant. Dans les TGI, les juges siègent à trois. Ils discutent des affaires, étudient les dossiers, confrontent leur point de vue et prennent leurs décisions de manière collective. Pour beaucoup, ce travail collégial est précieux. Dans les services civils des parquets, il ne paraît y avoir aucune obligation d'instruire les dossiers de manière collégiale si bien que, compte tenu de la masse des dossiers, de toute nature, à traiter, chaque parquetier travaille relativement seul. Une magistrate en particulier a explicité la manière dont les parquetiers échangent et discutent entre eux, au-delà même des frontières de leur propre juridiction, pour profiter de leurs savoir-faire respectifs ; il s'agit de la substitute du procureur de la Cour d'appel n°1.

Ce que l'on apprend d'abord, à l'écoute de cette magistrate, c'est l'existence d'une liste de diffusion électronique à laquelle sont inscrits beaucoup de magistrats en charge du parquet civil en France ; cela paraît être un outil précieux pour la mise en commun d'expériences, de réflexions et, le cas échéant, de solutions. A sa prise de fonction, elle a eu à cœur de faciliter au mieux le travail de ses collègues parquetiers dans les TGI de la juridiction de la Cour d'appel :

« Quand j'ai repris le service, j'ai eu à cœur de reprendre les choses correctement : je fais des réunions annuelles, des formations thématiques. J'ai aussi une liste de discussions et dès qu'il y a un texte, un truc nouveau, je balance à mes collègues, parce que je sais qu'ils ne font pas que ça [s'occuper des affaires civiles]. Sur l'intranet de la Cour, j'ai créé pour mes collègues une page intranet avec les éléments importants, parce que mes réunions annuelles, mes diffusions d'infos, c'est bien, mais il y a un turn-over assez important des collègues. J'y mets des articles de doctrine, j'ai fait des rubriques pour que les collègues trouvent un outil facile d'utilisation, pour qu'ils ne perdent pas de temps à aller chercher. » (Substitute du procureur, CA n°1)

La substitute du procureur que nous avons rencontrée dans cette Cour d'appel éclaire également d'une manière très intéressante le rôle central que paraît jouer le service civil du parquet de Nantes. L'expérience de ce service paraît être une ressource importante pour de nombreux parquetiers qui instruisent des requêtes de femmes ou d'hommes qui demandent à

adopter l'enfant de leur épouse ou de leur époux. La substitue du procureur de la Cour d'appel n°1 évoque ce rôle de pivot à deux moments de notre entretien :

Lorsqu'elle évoque un cas précis qu'elle a eu à traiter et qui concernait la requête d'une femme qui souhaitait adopter la fille de son épouse :

« Substitue : La petite fille, elle s'appelle Marthe. Elle a plusieurs prénoms et le troisième, c'est le nom de famille de la requérante ! Ce n'était donc pas possible ; elle n'aurait jamais dû l'avoir ! On ne peut jamais prendre un nom comme prénom ; c'est pas possible.

Chercheur : C'était un nom de famille qui n'était pas un prénom ?

Substitue : Oui, c'est ça : Dupont. (...) C'est l'état-civil qui n'aurait pas dû ; ils auraient dû signaler au parquet et le parquet aurait dû saisir et effacer, parce que ce n'est pas possible....

Chercheur : Elles ont trouvé à bricoler en absence de liens de filiation pour matérialiser leur lien.

Substitue : Donc maintenant, elle va avoir Martha, Noëlle, je ne sais plus trop comment elle s'appelle, virgule Dupont, après le nom de sa mère tiret Dupont ! Je l'ai dit à l'avocate : 'quand même c'est un problème, parce que ce n'est pas possible pour personne'. (...) Alors sur le nom et l'adoption justement je vous renvoie si vous avez un instant pour que vous puissiez avoir l'étendue du problème sur le site internet de la cour d'appel. J'ai fait une rubrique adoption ou adoption internationale et, là, vous verrez, les adoptants peuvent télécharger des requêtes en ligne d'adoption et puis ils ont la liste des pièces qu'ils doivent produire. Mais ce qui va vous intéresser, c'est que, pour chaque cas, j'ai fait une notice sur le choix de nom qu'ils pouvaient faire après adoption. Vous allez voir... vous m'en direz des nouvelles. Il y a des possibilités, c'est affolant ! Des fois il y a vingt possibilités s'ils ont des doubles noms eux-mêmes. C'est d'une complexité... Donc j'ai fait ça : je l'ai fait relire à l'époque par [l'un des procureurs du service civil à Nantes] et je l'ai envoyé ensuite à la Chancellerie pour qu'ils me le valident. » (Substitue du procureur, CA n°1)

L'entretien se poursuit et la parquetière précise les raisons, qui, selon elle, expliquent la solitude des parquetiers et leur besoin d'échange, si ce n'est de coordination. Ces raisons touchent à l'organisation institutionnelle des parquets civils au sein du Ministère de la Justice :

« Chercheur : C'est une personne ressource au-delà même des questions de GPA, j'ai l'impression en discutant avec d'autres parquetiers.

Substitue : Oui, oui absolument. Pour le parquet civil, pour en finir avec ça (c'est mon dada mais je ne veux pas vous embêter avec ça), le parquet civil n'est nulle part : on n'est ni dans la structure de la Chancellerie ni aux Affaires Civiles et du Sceau ni à la direction des Affaires Criminelles et des Grâces puisqu'on fait parquet civil, une espèce de truc hybride. C'est comme ça qu'on a été oubliés à mon avis dans la communication par voie électronique. On n'a pas de bureau dédié, on n'a rien (...). C'est pour ça qu'on a créé le forum parce que la matière est d'une complexité... c'est tellement vaste ! Quand on vous demande une requête en relèvement d'un nom, il faut trouver les textes. Donc il y a beaucoup d'entraide, on se donne les formulaires, les formulaires que j'ai mis en ligne ce sont des formulaires que j'ai repris de Nantes, que j'ai réadaptés. Et donc Nantes parce que ils voient tout : ils gèrent l'état-civil des étrangers en France, ils ont une compétence

vraiment exceptionnelle. Quand on a un truc tordu, avant le magistrat en poste aujourd'hui au service civil de Nantes, c'était d'autres collègues. J'ai quatorze ans de messages avec le parquet civil classés par thèmes et quand j'ai un truc tordu je vais revoir des réponses. » (Substitue du procureur, CA n°1)

5.1.5 Conclusions

Tous les couples de femmes rencontrés en France se sont mariés et ont déposé une requête en adoption de l'enfant de la conjointe, avec ou sans avocat. La plupart ont produit des témoignages de leur entourage attestant de leur rôle maternel auprès de l'enfant. Certains couples ont dû se soumettre à une enquête de police, ce qui n'a pas toujours été bien vécu. Tous les couples, sauf deux encore en appel, ont obtenu le prononcé de l'adoption.

L'expérience que certains couples ont eu de la procédure imposée par quelques tribunaux qui exigeait, dans le cas des requêtes en France de femmes souhaitant adopter l'enfant de leur conjointe, la production de témoignages, une enquête de police, une convocation au commissariat voire, dans quelques cas, une audience éprouvante, impose de réfléchir à la disparité des attentes d'un tribunal à l'autre, à la nécessité de ces exigences et à leur aspect symbolique. Avoir à demander des témoignages afin que soit attesté le fait que l'on se comporte comme des parents et, plus encore, que l'on est de bons parents, n'est pas un acte anodin ni indolore. Être convoquée par la police ou recevoir une brigade des mineurs chez soi, a toujours été vécu comme angoissant et traumatisant. Pour quelques-unes, l'audience devant les juges aura pu ajouter à l'angoisse. Les couples rencontrés témoignent surtout du fait qu'elles se sont souvent senties démunies et peu informées, et qu'elles s'étonnaient qu'autant de vérifications puissent être demandées alors qu'elles avaient le sentiment que la loi ne l'exigeait pas et que d'un TGI à l'autre, le traitement des dossiers puisse être aussi différent.

Il faut également noter que parmi les juges rencontrés en France, plusieurs n'ont jamais demandé de témoignages ni d'enquête de police et que quelques-uns étaient même étonnés que l'on ait ce genre d'exigences envers des couples de même sexe alors qu'on ne les a pas envers des couples de sexe différent.

L'examen des différentes situations familiales étudiées et des discours des juges rencontrés illustre l'embarras d'un certain nombre de magistrats en France quant à la manière de considérer le tiers masculin géniteur. Ces situations ne sont probablement pas encore assez nombreuses – en France du moins – pour que les juges du siège et du parquet aient pu dans certains TGI acquérir avec le temps un véritable savoir-faire. Cela explique notamment qu'ils éprouvent un grand besoin d'échange d'expériences et qu'ils recherchent des informations auprès de ceux qu'ils perçoivent comme les plus expérimentés en matière de filiation homoparentale, dont le parquet civil compétent pour ce qui concerne l'état civil des Français de l'Etranger à Nantes. Il faut aussi peut-être considérer que peu de formations leur sont proposées sur les configurations familiales contemporaines (voire aucune) et que dans cette situation, ils forgent leur point de vue sur la base d'éléments glanés dans le débat public et, pour quelques-uns, à condition que leur emploi du temps le leur permette, dans des lectures rendant compte de recherches en sciences sociales, cliniques ou juridiques. Il est par conséquent parfois difficile pour un juge de cerner avec certitude ce que représente dans la vie d'un enfant élevé par deux femmes un donneur de sperme, *a fortiori* s'il est connu. Il s'agit alors pour quelques magistrats de chercher à savoir s'il n'est pas susceptible un jour de reconnaître l'enfant.

Bon nombre des magistrats rencontrés constatent que la réforme initiée par la loi de mai 2013 est inachevée. L'interdiction a été maintenue pour les couples de femmes d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, alors même que la loi ouvrait le mariage aux couples de

même sexe. Cela leur paraît être contradictoire et maintenir une grande ambiguïté quant à la légitimité des couples de même sexe à être parents d'un même enfant. L'analyse des juges interrogés rejoignait le point de vue des familles rencontrées et révélait certaines insuffisances de la loi en France. A propos de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, une expression est souvent revenue notamment chez les juges : la loi est « *restée au milieu du gué* ».

5.2 GPA : Une justice embarrassée

5.2.1 GPA et juges français : intérêt de l'enfant versus ordre public³⁹⁶

Dans cette partie, nous nous intéressons aux discours des juges français concernant l'établissement de la filiation d'un enfant né du recours à une GPA. Quels sont les arguments mobilisés par les juges pour accepter ou refuser d'établir la filiation d'un enfant issu d'une pratique prohibée en France ? Le recours à la GPA est-il considéré comme une fraude à la loi suffisante pour empêcher de relier l'enfant à ses parents d'intention ? L'intérêt de l'enfant constitue-t-il un argument suffisant pour au contraire établir sa filiation ?

Nous nous appuyerons pour cela sur l'analyse d'une partie des matériaux recueillis dans le cadre de ce projet de recherche.

Au-delà des entretiens ayant eu lieu avec des familles homo et hétéro-parentales, d'autres ont été conduits avec des magistrats et des avocats. Ces entretiens avaient pour objectif d'explorer les arguments mobilisés et leurs interrogations lorsqu'ils sont sollicités pour établir la filiation d'un enfant conçu à l'issue du recours à l'étranger à une assistance médicale à la procréation (AMP) ou à une GPA³⁹⁷.

Comme on l'a mentionné dans la partie méthodologie, une série d'entretiens a donc été réalisée auprès de 16 magistrats français (13 femmes, 3 hommes) : 14 siégeaient dans un TGI (9 juges du siège, 5 procureurs, vice-procureurs ou substituts), une substitute du procureur dans une Cour d'appel et une conseillère à la Cour de cassation. Cinq juges siégeaient à Paris ou en région parisienne, les autres ailleurs en France dans diverses régions. Leurs parcours professionnels au sein de la magistrature sont diversifiés. La plupart ont exercé dans plusieurs juridictions et dans des fonctions variées, notamment juge pour enfant, juge aux affaires familiales. Ils ont en moyenne 12 ans d'expérience professionnelle. Pour respecter l'anonymat des personnes interrogées, nous avons attribué un numéro à chaque TGI pour éviter d'avoir à nommer sa ville de rattachement. Le cas du parquet de Nantes fait exception à cause de son rôle particulier dans les demandes de transcription des actes de naissance délivrés à l'étranger³⁹⁸.

Si le prononcé de l'adoption de l'enfant du conjoint entre dans les compétences des juges de TGI, il n'en va pas de même de la reconnaissance en France de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger d'une GPA. La transcription d'un acte étranger de naissance sur les registres français de l'état civil est facultative, mais l'absence de transcription prive l'enfant de la jouissance au quotidien des droits attachés à la filiation. L'obtention d'un livret de

³⁹⁶ Cette partie est largement inspiré d'un chapitre intitulé « les juges français et la gestation pour autrui » rédigé par Martine Gross, Laurence Brunet et Michelle Giroux pour l'ouvrage collectif dirigé par Isabel Côté, Jérôme Courduries et Kevin Lavoie à paraître.

³⁹⁷ Dans une moindre mesure, quelques entretiens ont aussi eu lieu au Québec avec des juges et des avocats québécois sur les arguments qu'ils mobilisent lorsqu'ils sont sollicités pour l'adoption de l'enfant du conjoint ou de la conjointe lorsque l'enfant est né du recours à une GPA (voir partie 5.2.2)

³⁹⁸ Lors de l'entretien, nous avons obtenu le consentement du parquettier rencontré à Nantes d'utiliser le contenu de l'entretien, même si l'anonymat pouvait paraître imparfait, compte tenu de la particularité de la mission du service civil du parquet nantais.

famille nécessite notamment cette transcription ³⁹⁹. La compétence en est exclusivement dévolue au service central d'état civil de Nantes, créé en 1965 et dépendant du Ministère des Affaires étrangères. Ce service est en effet chargé de l'état civil des Français nés à l'étranger, ainsi que du recueil et de la transcription des actes civils faits par des Français à l'étranger.

Lors des entretiens, les juges de TGI ont été interrogés sur la question de prononcer ou non l'adoption de l'enfant de la conjointe en cas de recours à une insémination artificielle avec donneur de sperme (IAD) à l'étranger et également sur leur point de vue au sujet de la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger pour un enfant né à l'étranger grâce à une GPA, même s'ils ne peuvent être saisis d'une telle demande qui, comme on l'a dit, ne fait pas partie de leurs attributions. Même si les réflexions que les juges nous ont confiées décrivent des situations juridiques parfois virtuelles quand il s'agissait de la transcription de l'acte de naissance, il n'en reste pas moins qu'elles peuvent nous permettre de découvrir les arguments mobilisés en faveur, ou contre, l'établissement de la filiation d'un enfant issu de pratiques procréatives prohibées en France.

5.2.1.1 Le droit français de la filiation

Sur le plan strictement juridique, comme on l'a déjà mentionné dans les parties 2.2 et 2.4 de ce rapport, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et un parent d'intention soulève deux difficultés différentes selon qu'il s'agit d'une mère d'intention ou d'un père d'intention⁴⁰⁰. L'établissement à l'égard de la mère d'intention est impossible si on s'en tient à la règle du droit français à l'effet que la filiation maternelle repose sur le principe *mater semper certa est* : la femme qui accouche est la mère. Par ailleurs, un autre principe, celui de l'exclusivité de la filiation, préside à son établissement. Un enfant ne peut avoir qu'un seul père et une seule mère (art. 320 du C. civ). La loi du 17 mai 2013 en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, a autorisé l'adoption d'un enfant par deux pères ou deux mères⁴⁰¹. Les enfants peuvent donc avoir des parents de même sexe. Cependant, un enfant ne peut pas avoir deux pères ou deux mères, dès sa naissance (art 6-1 du C. civ). Un enfant peut avoir deux parents de même sexe soit parce qu'il a été adopté par un couple marié de même sexe soit parce qu'il a fait l'objet d'une adoption par le conjoint de son père ou par la conjointe de sa mère. Ces derniers ne peuvent utiliser la reconnaissance par acte authentique (reçu par un officier de l'état civil ou par un notaire) ni la présomption de paternité liée au mariage.

L'acte de naissance établi à l'étranger des enfants nés du recours à la GPA diffère selon le pays où la femme porteuse a accouché. Dans certains états des Etats-Unis, le parent d'intention figure sur l'acte de naissance dès la naissance de l'enfant, en vertu d'un jugement préalable à la mise en œuvre de la GPA. Dans d'autres états des Etats-Unis ainsi que dans d'autres pays, tels que le Royaume Uni, la gestatrice, qu'elle soit ou non génétiquement liée à l'enfant, et le père figurent sur un premier acte de naissance, puis la gestatrice renonce à ses « droits parentaux » et le parent d'intention devient père ou mère en vertu d'un *Parental Order*⁴⁰² ou par adoption de l'enfant du conjoint. Enfin dans certains pays et états des Etats-

³⁹⁹ Comme la Cour d'appel de Rennes a plusieurs fois eu l'occasion de le rappeler. Voir par exemple, la décision du 27 juin 2016 (6è ch A) ou celle du 12 décembre 2016 (6è ch A).

⁴⁰⁰ Dans la suite de ce chapitre, nous désignerons par mère d'intention, la femme qui n'a pas porté son enfant mais qui a souhaité en être la mère statutaire aux côtés de son compagnon, géniteur de l'enfant ; nous désignerons par père d'intention l'homme, qui a souhaité être le père statutaire de son enfant aux côtés de son compagnon, géniteur ou père statutaire de ce dernier. Les familles rencontrées dans le cadre de ce projet sont des couples de femmes qui ont eu recours à un don de sperme, des couples d'hommes ou des couples hétérosexuels qui ont eu recours à une GPA sans don de sperme avec ou sans don d'ovocyte.

⁴⁰¹ L'adoption est ouverte depuis 1966 aux personnes seules mais l'adoption d'un enfant par un couple n'est possible que si le couple est marié (art. 346 C. civ.).

⁴⁰² *Parental order* peut être traduit par « déclaration judiciaire de parenté ou de parentalité ».

Unis, le père biologique peut apparaître seul sur l'acte de naissance. La mère ou le père d'intention devront faire postérieurement une démarche pour obtenir un statut légal de parent ultérieurement.

La reconnaissance d'un acte de naissance étranger qui mentionnerait, à côté de la mère de naissance ou du père biologique, une mère d'intention ou un père d'intention pose donc une difficulté majeure pour le droit français de la filiation car elle établirait un lien de filiation soit envers une femme qui n'a pas porté l'enfant, soit envers deux pères, mais sans passer par le prononcé d'une adoption.

5.2.1.2 La situation juridique en France des enfants nés par GPA à l'étranger

Comme on l'a dit en partie 2, le retour en France des enfants issus d'une GPA réalisée à l'étranger se heurte à plusieurs obstacles sur le plan de la nationalité, du droit international privé quand vient le temps de la reconnaissance dans l'ordre juridique français des actes de naissance dressés à l'étranger ou des jugements étrangers établissant la filiation de l'enfant ainsi conçu.

En résumé, condamnée par la CEDH pour avoir porté atteinte à « l'identité des enfants » dont elle avait refusé de reconnaître la filiation, la France a opéré un revirement : le recours à la GPA ne plus constituer une fraude à la loi qui ferait échec à la transcription des actes de naissance étrangers. Depuis les arrêts du 3 juillet 2015, la transcription de ces actes est possible du moment que ceux-ci ne sont ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité (article 47 C. civ). Au juge d'interpréter ce que recouvre la conformité à la « réalité » au sens du Code civil. Il peut s'agir de la « réalité juridique » et il s'agira alors de vérifier si l'acte de naissance étranger a été établi de manière authentique sans frauder la loi du pays où il a été dressé. Mais il peut s'agir aussi de la « réalité biologique ».

Nous nous sommes entretenus avec un des procureurs en charge du service civil au parquet de Nantes qui contrôle, entre autres, toutes les demandes de transcription d'actes de naissance étrangers. Il interprète la « réalité » de l'article 47 comme la réalité « biologique », c'est-à-dire qu'il accepte de reconnaître la filiation paternelle du géniteur, mais pas la parenté d'intention. Un acte de naissance mentionnant la mère d'intention ou le deuxième père, à côté du nom du père biologique, ne serait pas transcrit en totalité⁴⁰³. En revanche, si la parenté d'intention a été instituée dans un deuxième temps, à la suite d'une adoption prononcée par un juge étranger conformément à la législation locale et une fois recueilli expressément le consentement à l'adoption de la femme qui a porté l'enfant, l'acte de naissance pourrait être transcrit. Par ce raisonnement, le principe selon lequel la mère est toujours celle qui a accouché serait sauf et le parent d'intention ne se substituerait à la mère de naissance sur l'acte de naissance que par une opération reconnue du droit, l'adoption, et non au terme de ce qui, sinon, pourrait s'apparenter à une simulation sur l'état civil, pénalement répréhensible (art.

⁴⁰³ Pour une application, voir CA Rennes (ch 6 A), 7 mars 2016 (n° 178, 15/03855).

On rappellera que ces critères pris en compte par le parquettier en charge du service civil rencontré à Nantes pour autoriser ou non la transcription ont conduit à une situation paradoxale dans le cas d'un couple de femmes françaises vivant au Québec. Ces femmes y ont mis au monde deux enfants issus du recours à une AMP. Les enfants ont un acte de naissance mentionnant qu'ils ont pour mères les deux femmes selon le droit québécois (Art. 115 C.C.Q). La transcription de ces actes de naissance leur a été refusée par le Consulat de France au motif qu'ils comportaient deux mères et que seule la mère biologique pourrait être reconnue. La mère qui n'a pas porté l'enfant a déposé une requête au TGI de Paris pour adopter les enfants de sa conjointe comme le permet la loi du 17 mai 2013. Le TGI de Paris a refusé de prononcer l'adoption des enfants au motif que la requérante était déjà la mère selon la filiation indiquée sur les actes de naissance étrangers (TGI de Paris, 1/5/1 Chambre du conseil n° RG : 15/18492, jugement du 7 décembre 2016).

227-13 du code pénal).

La stratégie ainsi déployée témoigne de la manière dont la France a été conduite à prendre davantage en compte l'intérêt de l'enfant. Il en résulte que le droit français se retrouve pris en étau entre le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui commande de transcrire l'acte de naissance valablement établi à l'étranger, et la crainte que cette possibilité de transcription n'encourage la pratique de la GPA, contraire à l'ordre public.

Voilà comment le parquettier travaillant au service civil et rencontré au parquet de Nantes analyse cette situation :

« On arrive aujourd'hui à une contradiction majeure de notre droit positif qui est de dire : on ne change pas la loi nationale, [...] chaque État est souverain pour décider quelles sont les lois qui doivent gouverner telle question qui lui est essentielle comme la filiation en l'espèce, mais que l'état civil....on doit octroyer un état civil à ces enfants-là c'est la portée finalement de la CEDH ; mais on arrive à une contradiction majeure, c'est que le message qui est reçu par les personnes qui sont en mal d'enfant c'est : vous pouvez aller à l'étranger, vous ne risquez plus rien, ça devient possible et licite. Donc, on arrive à une justice à deux vitesses finalement, où les personnes [...] qui préfèrent la voie de l'adoption sont évidemment désavantagées si je puis dire, par rapport à ceux qui se moquent des interdits légaux et ont les moyens d'aller souscrire ce type de conventions à l'étranger. » (Parquettier, TGI de Nantes)

Il souligne ainsi la double contradiction d'une part, entre le droit supranational qui impose de prendre en compte l'intérêt de l'enfant et la conception nationale du droit de la filiation ; d'autre part, entre la liberté laissée par la CEDH aux états membres de prohiber la GPA sur leur sol et l'impossibilité de sanctionner la transgression d'un tel interdit une fois que l'enfant est né. Enfin il dénonce l'inégalité entre les citoyens qui ont les moyens de se tourner vers la GPA et les autres.

5.2.1.3 Les arguments mobilisés par les juges français

Les juges français rencontrés lors des entretiens menés dans le cadre de notre projet de recherche, sans avoir eu à rendre des décisions en cette matière, se sont posés plusieurs questions : la GPA est-elle une fraude à la loi empêchant l'établissement de la filiation de l'enfant ; peut-on se contenter d'établir la filiation paternelle biologique en négligeant la parenté d'intention ; si la filiation ne peut être établie, ou si elle ne peut être établie que partiellement, cela constitue-t-il une atteinte à l'intérêt de l'enfant ?

5.2.1.3.1 Considérer la GPA comme une fraude à la loi ou bien prendre en compte l'intérêt de l'enfant ?

Les recours à la GPA dans un pays qui l'autorise, y compris à des non ressortissants, constitue-t-il une « fraude à la loi » française ? C'est la question qui a été soulevée dans plusieurs jugements⁴⁰⁴ et par certains commentateurs (Chénéde, 1997 ; Fabre-Magnan, 2013b ; Mirkovic, 2013 ; Frison-Roche, 2014 ; Marais, 2015). Pour ce qui est de la transcription des actes de naissance à l'état civil français pour les enfants nés d'une GPA, la question continue à être posée par des acteurs du monde judiciaire. Si cette « fraude à la loi » est retenue, est-ce là pour autant un motif pour refuser de transcrire sur les registres français l'état civil de l'enfant valablement établi à l'étranger ? Si cette fraude n'était plus retenue, la reconnaissance de la filiation envers les parents à l'origine du projet d'enfant pourrait-elle être encore

⁴⁰⁴ Par exemple Cass. civ. 1^o, 13 sept. 2013, pourvois n^o 12-30138 et 12-18315 ; Cass. civ. 1^o, 19 mars 2014 (13-50.005).

refusée ? Si le recours à la GPA était considéré comme une fraude à la loi, l'intérêt de l'enfant à voir établie sa filiation à l'égard des parents qui ont souhaité sa mise au monde et qui l'élèvent doit-il toujours prévaloir ? La question même de l'intérêt de l'enfant, sa définition et ses contours font l'objet de discussions. Ces discussions mettent en lumière le hiatus important qui demeure entre préservation de l'ordre public et prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

L'extrait d'entretien suivant en témoigne.

« La GPA pollue tout, c'est une fraude à la loi et donc ça interdit le prononcé [de l'adoption par le conjoint ou la conjointe du père], je ne suis pas sûre qu'il y ait une modification de la jurisprudence depuis cette date, la seule chose c'est que maintenant on peut, si l'acte d'état-civil est formellement régulier à l'étranger, donner un acte d'état-civil français voilà. Moi je suis assez [pour] a priori, la jurisprudence de la Cour de cassation est assez claire, maintenant il faut régler la situation de ces enfants qui ne peuvent pas vivre sans papiers. » (Juge du siège, TGI n°6)

Ce juge semble ainsi soulagé de pouvoir s'appuyer sur la jurisprudence pour tenir compte de l'intérêt de l'enfant et lui donner un état-civil français.

Une partie des magistrats rencontrés s'est néanmoins exprimée sur les risques de marchandisation du corps des femmes. L'extrait suivant illustre cette inquiétude.

« C'est vrai que ce qui est problématique c'est que c'est devenu une source de profit dans certains pays étrangers au détriment des femmes qui se retrouvent exploitées, tel que ça se conçoit dans certains pays ça s'apparente à une nouvelle forme d'esclavage moderne ce qui me gêne prodigieusement ». (Vice-procureur, TGI n°7)

Ces juges témoignent ainsi du fait qu'ils sont traversés par les mêmes arguments et objections qui ont cours dans le débat public autour de la GPA.

5.2.1.3.2 Le débat autour de la GPA dans lequel s'inscrivent les interrogations des juges

Les tenants et les opposants à l'encadrement juridique de la GPA sont d'accord sur un point, l'objectif est d'éviter la marchandisation du corps humain et l'exploitation des femmes. Ceux qui souhaitent maintenir la prohibition qui a cours actuellement en France exposent principalement deux arguments. Tout d'abord, la GPA serait contraire au principe de la dignité de la personne humaine car elle reviendrait à instrumentaliser le corps des femmes, à en faire un objet marchand. Ensuite, la GPA serait contraire à l'intérêt de l'enfant parce qu'elle constituerait un abandon à la naissance et compromettrait son épanouissement à venir.

Concernant le principe de la dignité de la personne humaine qui impose, entre autres, de ne pas traiter un être humain comme un bien que l'on peut acquérir, son contenu demeure flou et il n'a jamais été mobilisé en tant que tel par les juges français pour sanctionner les pratiques de GPA. En dépit de la pluralité des courants féministes, l'ensemble des féministes s'accordent pour dire que la grossesse choisie est une liberté individuelle, et même une « conquête » des femmes avec la légalisation de la contraception et la reconnaissance progressive d'un véritable droit à l'interruption volontaire de grossesse. Cependant, elles sont partagées sur la question de la GPA (Markens, 2007 ; Hammons, 2008). Les opposants à la GPA y voient un esclavage moderne ⁴⁰⁵ qui ne saurait être régulé (Frison-Roche, 2014). Certaines féministes comparent la GPA à la prostitution (Agacinski, 2013). Toutefois, une

⁴⁰⁵ Voir <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/06/25/31003-20150625ARTFIG00087-bernard-debre-gpa-vers-un-esclavage-moderne-des-femmes.php>. C'est également un argument mis en avant par le mouvement « manif pour tous », voir <http://www.lamanifpourtous.fr/actions-de-nos-regions/cp-la-gpa-est-un-nouvel-esclavage-qui-asservit-les-femmes/>.

partie d'entre elles plaide pour la légalisation de la pratique (Iacub, 2004 ; Fouque, 2009 ; Badinter, Théry et al., 2012). D'autres vont jusqu'à recommander la rémunération de la femme porteuse en compensation du travail qu'elle effectue (Borrillo, 2016 ; Tabet, 2014 ; Langevin, 2015). Selon certains auteurs, les dérives marchandes observées au niveau mondial ne constitueraient pas un contre-argument à l'autorisation de la GPA en France. Elles viendraient au contraire souligner le devoir de notre pays de se doter d'une loi qui ne se contenterait pas de repousser les difficultés hors de nos frontières (Nisand, 2010 ; Gross, 2014). Plusieurs pays dont le Royaume Uni, le Canada, la Grèce ou Israël ont légalisé la GPA en contrôlant strictement les sommes versées à la gestatrice pour la rembourser de tous les frais afférents à la grossesse, de manière à ce que la GPA soit pensée comme un don⁴⁰⁶. La politologue Jennifer Merchant expose ainsi quatre modèles de GPA « éthiques » en Floride, Utah, Washington et New Hampshire (Merchant, 2013). Cependant pour certains juristes, toute indemnisation suffit à effacer le caractère altruiste de la GPA (Fabre-Magnan, 2013a) tandis que d'autres auteurs voient dans la GPA une vente d'enfant qui ne saurait être encadrée (Agacinski, 2009 ; Mattei, 2011 ; Neirinck, 2015). Les trafics d'enfants n'ont pas abouti à l'interdiction de l'adoption mais ont conduit les pays à s'en prémunir au travers de l'élaboration de la convention internationale de la Haye (1993) sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale⁴⁰⁷. C'est pourquoi certains auteurs préconisent l'élaboration d'une telle convention⁴⁰⁸ pour régler de manière acceptable la pratique de la GPA (Brunet, 2013 ; Trimming et Beaumont, 2013 ; Fulchiron, 2014).

La deuxième objection à la légalisation de la GPA soutient que cette pratique serait contraire à l'intérêt de l'enfant car elle équivaldrait à son abandon par la femme qui l'a porté (Busnel, Frydman et al., 2010). L'enfant a pourtant déjà des parents intentionnels sans lesquels il n'aurait jamais vu le jour. Il n'est donc pas abandonné, sans parent (Sénat, 2008 ; Nisand, 2010 ; Catto, M-X., 2013). Pour certains défenseurs de cet argument, la femme qui accouche d'un enfant en est toujours la mère, qu'elle soit ou non liée génétiquement à l'enfant, qu'elle prenne ou non soin de lui. Pour d'autres, les échanges intra-utérins, tant physiologiques que psychologiques, sont primordiaux dans les relations mère-enfant. Des travaux récents en épigénétique montrent que les interactions entre la gestatrice et le fœtus modifient les gènes du fœtus (Académie de médecine, 2014 ; Bühler, 2016). Pendant les neuf mois de grossesse, le fœtus est dans un rapport fusionnel avec celle qui le porte : il s'habitue à son corps, à son odeur, à sa voix. Pour d'autres cependant, la rupture dont souffrirait l'enfant en ne retrouvant pas à la naissance les sons, les odeurs et les repères qu'il avait pendant la grossesse est toute relative (Henrion & Bergoignan-Esper, 2009 ; Golombok et al., 2006). Les échanges intra-utérins ne sont pas déterminants au point que l'enfant aurait besoin, sous peine de traumatisme grave, de rester en contact intime avec la femme qui l'a porté. De plus, ces échanges dépendraient éminemment de chaque femme. D'autres encore remettent en question le principe *mater semper certa est*, car la grossesse ne serait pas tout (Bureau et Guilhermont, 2011). Certaines deviennent mères pendant la grossesse, mais d'autres ne s'attachent à l'enfant qu'une fois celui-ci né, d'autres encore, sous l'emprise avec un déni de grossesse, ignorent presque jusqu'au terme de leur grossesse qu'elles sont enceintes. Enfin, certaines femmes n'adopteront jamais l'enfant qu'elles ont mis au monde. L'existence de l'instinct maternel n'est pas prouvée, la gestation n'entraîne pas nécessairement l'émergence d'un tel

⁴⁰⁶ Au Canada, l'entrée en vigueur de l'article 12 de la *Loi sur la procréation assistée* 2004 prévoyant le remboursement des dépenses se fait toujours attendre.

⁴⁰⁷ Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=69>).

⁴⁰⁸ Voir notamment les travaux en cours de la Conférence de la Haye de droit international privé (http://www.irenekauffer.be/index.php?option=com_content&view=article&id=235:meres-porteuses-contes-de-fees-et-rapports-de-pouvoir&catid=1:articles-blog&Itemid=4).

sentiment (Badinter, 1980). René Almeling a enquêté auprès des donneuses d'ovocytes et des gestatrices aux États-Unis (Almeling, 2011). Les unes et les autres refusent de se considérer comme des mères, de sorte que leur geste ne peut s'interpréter comme un abandon.

5.2.1.3.3 *L'éthique internationale : deux poids deux mesures*

Pour en revenir aux discours des juges, plusieurs d'entre eux ont insisté sur l'ambivalence de la notion d'intérêt de l'enfant en droit international. Ils ont ainsi évoqué la Convention de la Haye relative à l'adoption internationale. Cette convention rédigée pour réguler la pratique de l'adoption dans l'objectif d'empêcher ou tout au moins de réduire les trafics d'enfants leur semble comparable à l'interdit de la GPA. Il s'agirait dans les deux cas d'éviter une commercialisation du corps humain. Ces juges ont comparé la transgression de l'ordre public qui consisterait à accepter de transcrire l'état civil des enfants nés du recours à la GPA et la transgression des conditions légales imposées par la Convention de la Haye dans l'adoption internationale. Dans le domaine de l'adoption, accorder l'adoption plénière, alors que le consentement de la mère de naissance n'est pas suffisamment éclairé ou semble vicié, serait un signal d'autorisation de transgresser les conditions légales. De même l'inscription à l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant issu de GPA, enverrait un signal d'autorisation tacite.

L'extrait suivant illustre ce point.

« Une fois qu'on nous dit : l'intérêt de l'enfant c'est de vivre dans sa famille avec ceux qui l'élèvent c'est exactement la même chose que pour les adoptions internationales, avec des couples hétérosexuels mais qui ne respectent pas les conditions de l'adoption internationale...est-ce qu'on prononce l'adoption ou pas ? [...] mais après on sait bien que l'enfant il est là, c'est là où c'est une situation assez intenable, mais ce n'est pas propre aux couples de même sexe. Ces questions-là c'est compliqué parce qu'en fait si on voit l'intérêt quotidien de l'enfant, s'il [...] est pris en charge par des parents français qui vivent en France qui n'ont pas respecté la procédure qu'est-ce qu'on fait ?

[...] ça veut juste dire qu'on ne respecte plus les conventions internationales, la convention de La Haye qui prévoit tout un tas de critères pour éviter que des adoptions se fassent dans des mauvaises conditions c'est-à-dire avec de l'argent qui transite par des intermédiaires, que l'enfant soit arraché à ses parents de façon pas très claire, si in fine au bout de la chaîne on dit oui, ça veut dire qu'on ne favorise pas l'adoption éthique. C'est des vraies questions...

[...] ça veut aussi dire qu'on ne permet pas à d'autres enfants d'avoir un processus éthique du 1er coup. On est un peu pris entre le marteau et l'enclume, parce qu'à la fois il y a l'enfant, à la fois il y a des règles juridiques qui sont précises et qui sont établies en vue de permettre des adoptions éthiques.

[...] Ce qui est aussi compliqué, c'est que d'un côté on nous dit il y a eu fraude, et maintenant, aujourd'hui on nous dit : c'est l'intérêt de l'enfant soit, mais dès lors qu'on transcrit quelque chose qui à l'origine est une fraude au motif que c'est de l'intérêt de l'enfant, pourquoi est-ce que nous, [...] on continue à demander des signatures, des documents légalisés, etc...pour des adoptions internationales ? [...]. Aujourd'hui au nom de l'intérêt de l'enfant on va transcrire l'état-civil issu de la GPA et nous pour des adoptions internationales, quel que soit le couple, s'il n'y a pas les consentements tamponnés, légalisés, si on n'a pas de certificat de conformité avec la convention de La Haye, on va dire qu'on ne prononce pas l'adoption. Alors on fait quoi finalement ? » (Juge du siège, TGI n°4)

La comparaison entre l'adoption internationale et la gestation pour autrui transnationale laisse les juges du siège des TGI perplexes. Les dernières décisions de la CEDH et de la Cour de

cassation jettent en effet le trouble en validant indirectement des pratiques de gestation pour autrui bien moins réglementées que l'adoption internationale. A leurs yeux, ces décisions contribuent à disqualifier les strictes exigences posées par le droit international en matière d'adoption d'enfants étrangers et donnent une prime à ceux qui court-circuitent ces exigences en recourant à la GPA.

Le même juge exprime son dépit ainsi :

« On est à la fois sur le respect de l'ordre public et à la fois sur l'intérêt de l'enfant ; à la fois sur le fait de promouvoir une éthique internationale, ne pas faire n'importe quoi et puis l'enfant il est là, et les arrêts de la cour de cassation et de la CDEH ça ne nous aide pas vraiment à y voir très clair. » (Juge du siège, TGI n°4)

Si, pour les juges, l'intérêt de l'enfant ne semble pas être garanti de la même manière en droit international selon qu'est en cause la GPA ou l'adoption, la notion est par ailleurs obscurcie par des tensions sémantiques qui peuvent donner lieu à des appréciations contraires.

5.2.1.3.4 L'intérêt de l'enfant : appréciation *in concreto* ou *in abstracto* ?

La compréhension de l'intérêt de l'enfant fait l'objet de discussions. En quoi consiste-t-il exactement ? Parle-t-on de l'intérêt de l'enfant, en général ? Ou bien parle-t-on de l'intérêt d'un enfant en particulier dans l'affaire qu'on a à juger ? C'est toute la différence entre une interprétation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, qui vise à protéger les enfants de toute forme de marchandisation et conduit à décourager les pratiques de gestation pour autrui, et une interprétation *in concreto* qui suppose, une fois l'enfant né, de sécuriser ses liens avec ses parents d'intention qui l'élèvent⁴⁰⁹. Quoi qu'il en soit l'intérêt de l'enfant est façonné par les représentations sociales qui dépendent des circonstances et varient selon les lieux et les époques, comme le souligne une conseillère à la Cour de cassation dans un entretien du 23 mars 2016, dont voici un extrait :

« Aujourd'hui l'intérêt de l'enfant [...] ça peut toujours évoluer, c'est relativement modulable ; en revanche sur la filiation [...] c'est pour la vie quoi, la responsabilité est immense et moi je comprends que mes collègues se posent des questions. Pour en revenir à la GPA, la Cour de cassation, c'est vrai, avait une vision in abstracto de l'intérêt de l'enfant pendant longtemps parce qu'elle considérait que c'était la vision du législateur français, [...] ? L'idée c'est que pour le législateur français c'est un interdit fondamental. Pourquoi ? parce qu'en fait derrière tout ça le législateur français considère que ce n'est pas l'intérêt des enfants en général d'être.....de faire l'objet d'une convention de gestation pour autrui pour être abandonné à la naissance par une femme en Inde ou ailleurs, et donc derrière c'est l'intérêt des enfants in abstracto et des mères porteuses qui a été pris en considération par le législateur français ; c'est d'ailleurs ce qu'a dit la CEDH en disant : le législateur français peut tout à fait interdire la GPA parce que derrière on prend en compte l'intérêt des enfants in abstracto et l'intérêt des mères porteuses. La Cour de cassation a eu cette analyse qu'on peut discuter tout à fait et dire : on prend l'intérêt in abstracto des enfants en général et donc c'est vrai ça le méconnaît peut-être in concreto mais c'est pour protéger ce qu'on considère comme n'étant pas souhaitable pour les enfants. [...] Aujourd'hui c'est différent puisque la CEDH nous dit : ce qui compte c'est l'intérêt de l'enfant in concreto, dans un dossier donné une fois que l'enfant est né, il n'est pour rien sur les circonstances de sa conception etc....donc in

⁴⁰⁹ C'est l'argument défendu dans le contexte québécois par M. Giroux (2011) et B. Moore (2013), repris par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Adoption -- 1445*, 201 QCCA 1162.

concreto il doit avoir un lien de filiation établi. Dont acte, très bien, maintenant c'est cette conception-là mais on peut aussi entendre que jusque-là la Cour de cassation s'abritait quand même derrière le législateur pour l'ordre public international français et donc un intérêt de l'enfant perçu in abstracto.

Même si la Cour européenne a clairement fait prévaloir une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant, l'embarras des juges paraît bien demeurer. Là où l'interprétation in abstracto de cette notion venait au soutien de l'ordre public français et consolidait les sanctions prononcées par les juges contre les pratiques de GPA, l'interprétation in concreto conduit à une divergence avec l'ordre public général qui semble entamer l'assurance du juge. C'est sur ce sentiment de fragilisation de leur fonction que l'on voudrait maintenant insister. » (Conseillère à la Cour de Cassation)

5.2.1.3.5 L'atteinte ressentie par les juges à leur fonction juridictionnelle

Les juges rencontrés expriment leur embarras devant ce qu'ils ressentent comme une contradiction intrinsèque à l'objet de leur mission : décider dans les affaires qui leur sont présentées dans le respect, à la fois, des lois et de l'ordre public français et de l'intérêt concret de l'enfant considéré que la CEDH et la Cour de cassation les invitent désormais à prendre en compte. C'est ce qui se découvre dans l'extrait d'entretien suivant.

« C'est compliqué aussi cette notion de fraude, la Cour de cassation dans les arrêts Mennesson et la CEDH nous disent : si on pousse le raisonnement, il y a peut-être une fraude mais la fraude est de moindre importance par rapport à l'intérêt de l'enfant. [...] en fait on nous demande systématiquement de faire la balance entre l'intérêt de l'enfant et l'absence de fraude et le respect de l'ordre public et c'est vraiment l'injonction contradictoire en permanence ces dossiers-là. » (Juge du siège, TGI n°8)

Les injonctions contradictoires entre lesquelles ils ont pris en étau finissent par conduire les juges à se demander si leur rôle est passé du maintien de l'ordre juridique à celui de chambre d'enregistrement. Ce malaise est ainsi décrit par un juge du siège du TGI 4 (12 novembre 2015) :

« J'aimerais que ma position soit plus agréable, qu'on me dise ce qu'il en est exactement, parce qu'on dit ça sur les arrêts Mennesson sur la filiation mais ça laisse plein de points d'interrogation sur l'adoption et le respect de l'ordre international. [...] Qu'est-ce qu'on fait ? C'est ce à quoi est confronté le service civil à Nantes, maintenant qu'on lui dit de transcrire la filiation issue d'une GPA, qu'est-ce qu'on fait ? ça met mal à l'aise, on se dit est-ce qu'on a encore un rôle d'ordre ou pas, est-ce qu'on n'est qu'une chambre d'enregistrement ? » (Juge du siège, TGI n°4)

Une même crainte sur la dévalorisation du rôle des magistrats se retrouve du côté du vice-procureur de Nantes, responsable des transcriptions des actes de naissance établis à l'étranger. Il exprime clairement que prendre en compte l'intérêt de l'enfant serait abandonner sa mission de protection de l'ordre public (extrait du 13 novembre 2015) :

« La notion d'intérêt n'interfère pas dans mes décisions, elle ne doit pas parce que c'est un sujet, c'est une notion purement plastique qui est utilisée à toutes les sauces, qui a tendance à servir de paravent, de bouclier, de justificatif à n'importe quel procédé illégal ; c'est-à-dire qu'on vient mettre au pied du mur l'autorité française par un comportement qui est dès le départ vicié, c'est-à-dire que ces personnes-là savent pertinemment qu'elles violent la loi, [...] Par conséquent si je devais moi, introduire cette notion d'intérêt de l'enfant dans mon raisonnement juridique dès le départ ça veut dire que je mets totalement de côté l'ordre public, et ça a été la position de la Cour de cassation jusqu'à son arrêt du 3 juillet 2015, qui indiquait que l'intérêt de l'enfant ne devait pas supplanter la constatation de la violation de l'ordre public. [...] Voilà pourquoi pour moi je ne peux

pas faire entrer en ligne de compte l'intérêt de l'enfant sous peine de quoi ça veut dire que j'abandonne totalement, je dirais, la référence à la loi. » (Parquettier, TGI de Nantes)

L'intérêt de l'enfant, dès lors qu'il est interprété in concreto, est perçu comme l'instrument qui assure la prééminence du fait accompli sur le respect de la règle générale. Les juges craignent donc que le recours à l'intérêt de l'enfant entraîne un véritable recul du droit, entraînant la démission du juge de son office : loin d'être encore la bouche de la loi, celui-ci ne serait que le porte-voix des pratiques individuelles.

5.2.1.3.6 La GPA et la parenté d'intention

Face à ces situations, les magistrats rencontrés, même si la décision de transcrire ou non l'acte de naissance établi à l'étranger n'est pas de leur ressort, se sont exprimés au sujet de l'établissement de la filiation du parent d'intention, notamment via l'adoption (par le conjoint ou la conjointe du père). Une série de questions, liées les unes aux autres, a émergé lors des entretiens. Notamment, comment faut-il interpréter l'exigence de la conformité à la réalité (article 47 C. civ) pour procéder à la transcription ? De quelle réalité s'agit-il ? Si l'état civil a été légalement dressé à l'étranger, ne peut-on considérer que sa transcription est conforme à la réalité juridique constituée par l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger ? Enfin, le refus de transcrire à l'état civil la parenté d'intention ne s'oppose-t-il pas à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

La plupart des magistrats rencontrés qui ont évoqué les décisions récentes (CEDH et Cour de cassation) les ont interprétées comme une injonction de transcrire la filiation paternelle parce qu'elle est conforme à la réalité biologique, du moins si on suppose que le père est le géniteur, ce dont la démonstration n'était pas en principe exigée. En revanche pour ces juges, les actes de naissance étrangers établissant parallèlement une parenté d'intention ne sauraient être retranscrits que partiellement, en y retranchant la mention du parent d'intention. Autrement dit, les juges interprètent la notion de réalité telle que mentionnée dans l'article 47 comme la réalité biologique, et non la réalité instituée par le jugement ou l'acte authentique étranger.

Le procureur rencontré à Nantes, compétent en matière d'état civil des Français de l'étranger s'exprime sans ambiguïté sur cette question, 13 novembre 2015 :

« Parquettier : La Garde des Sceaux⁴¹⁰ a publié une circulaire qui dans certains cas autorisait les greffiers en chef des tribunaux d'instance à délivrer des certificats de nationalité française à ces enfants lorsque les actes de naissance étrangers qui étaient produits par les parents d'intention étaient conformes à l'article 47 du code civil, c'est-à-dire que grosso modo l'acte étranger était légalement établi dans le pays étranger et conforme aux lois étrangères et qu'il n'y avait pas d'irrégularités portant sur l'acte en question, que ce n'était pas un faux acte, où les faits qui étaient déclarés étaient exacts ; c'est bien sur ce dernier membre de phrase qu'il y a toujours aujourd'hui des questions qui sont non tranchées, c'est-à-dire que notamment lorsqu'on parle d'actes de naissance étrangers qui comportent dans leur contenu l'indication du père et de la mère, l'épouse n'ayant pas accouché, nous sommes sur une indication qui n'est pas conforme à la réalité puisqu'en droit de la filiation français est juridiquement considérée comme mère celle qui a accouché. Donc, l'épouse qui a demandé à une tierce personne, une autre femme, de porter son enfant pour son compte et qui est portée pour autant dans l'acte de naissance étranger, ça n'est pas conforme à la réalité.

⁴¹⁰ Il s'agissait de Madame Christiane Taubira à l'époque.

Chercheur : la réalité là est toujours comprise comme la réalité biologique, ce n'est pas la réalité juridique du pays qui a établi l'acte ?

*Parquettier : voilà, c'est une double réalité c'est-à-dire que nous considérons nous que ça ne correspond pas à la réalité biologique et, pas non plus à la réalité juridique française.
» (Parquettier, TGI de Nantes)*

De surcroît le parquettier de Nantes explique qu'il fait mener des recherches par les consulats pour connaître le droit local et vérifier que l'acte de naissance rédigé à l'étranger est bien conforme à ce droit :

« On observe avec la pratique que, dans certains Etats américains notamment, on a dans des situations a priori semblables, mention de la mère porteuse ou mention de la mère d'intention ou aucune mention du tout. Donc, il y a a priori une application différente de la loi et moi il m'importe de savoir quel est ce droit local quand on le peut, donc là je fais faire des recherches par les consulats de France implantés dans ces Etats pour avoir le contenu de la loi étrangère. Donc si c'est effectivement permis dans le cas d'une GPA que le père souhaite ne pas faire apparaître la mère porteuse et que la loi locale autorise à établir un acte sans référence à la mère porteuse, je ne pourrais que transcrire, mais pour l'instant nous sommes en recherche des lois applicables pour savoir si cela est possible de transcrire. Il n'y a que pour l'Inde que la loi est tellement complexe, c'est une loi très ancienne qui date de l'époque où l'Inde était encore sous domination britannique, ces textes étant tellement anciens on ne peut pas en tirer des enseignements, donc du coup vue l'ambiguïté de ces lois-là j'ai préféré faire profiter le doute aux personnes et je transcris dans ces cas-là. Quand j'ai un acte indien sans mention de la mère et que par ailleurs il est conforme au 47 qui vient le légaliser, j'autorise la transcription. » (Parquettier, TGI de Nantes)

On voit donc comment la transcription de l'acte de naissance étranger est en réalité subordonnée à une triple exigence : il faut que l'acte soit conforme aux règles du pays où il a été dressé, aussi bien celles qui gouvernent la régularité formelle de l'acte, que celles qui gouvernent l'établissement de la filiation, conformément aux règles de droit international privé, mais il doit encore correspondre à la vérité biologique à laquelle serait assimilée « la réalité » mentionnée dans l'article 47 du Code civil français. Cette interprétation peut surprendre dans la mesure où le texte de loi français ne fait pas référence au lien biologique. Il faut souligner d'abord qu'il n'existe en droit français aucun cadre légal commun pour contrôler la validité des actes d'état civil étrangers. Les conditions de régularité, d'absence de falsification et de conformité à la réalité, posées par l'article 47 du Code civil, ne concernent que la force probante de l'acte d'état civil étranger, en tant qu'instrument de preuve du statut familial des personnes. Il semble abusif de se servir de cet article pour mettre à l'épreuve la validité intrinsèque de l'acte étranger au regard des règles françaises, en considérant que la réalité renvoie non pas à la réalité juridique constatée et établie dans l'acte de naissance étranger, mais à la réalité biologique supposée être au fondement du droit français de la filiation. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée en juillet 2015 sur le sujet puisque, on l'a dit, dans les espèces qui lui étaient soumises la réalité juridique et la réalité biologique (tout au moins physiologique) se confondaient. L'exigence d'un tel contrôle au fond, même sans prescrire une expertise génétique, des actes de naissance est-il légitime dans la mesure où il affecte l'identité des personnes et devrait à ce titre relever d'une action relative à la filiation ? Ne devrait-il pas dès lors être de la seule compétence du tribunal de grande instance (article 318-1 C. civ), et ne pas pouvoir être mis en œuvre à la seule initiative des autorités françaises en charge de la circulation internationale des personnes ?

5.2.1.3.7 Une convention internationale...et une révision de la loi ?

Un dernier sujet a été abordé dans les entretiens, celui de la possibilité d'une convention internationale du type de celle de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Les positions sont loin d'être unanimes et reflètent celles entendues dans le débat social. Certains s'y montrent tout à fait opposés et plébiscitent à l'inverse des conventions bilatérales avec les différents pays autorisant la GPA pour qu'ils en refusent l'accès aux Français ; d'autres voient au contraire dans un accord international la seule solution pour encadrer une pratique irrépressible et réduire le risque d'exploitation des femmes les plus pauvres. Les deux extraits d'entretien suivants rendent compte de ces positionnements inverses :

« Le seul moyen à mon sens de vraiment interdire ça c'est que la France passe des conventions avec les pays qui autorisent, par lesquelles ces pays s'engagent à ne pas autoriser la pratique à des ressortissants français ou de pays qui prohibent la pratique et qui sont du coup censé ne pas reconnaître les situations. Après dès lors que l'enfant existe c'est compliqué de... » (Juge du siège, TGI n°1)

« Déjà je suis assez convaincue qu'il faut aller à l'international si on veut résoudre intelligemment le problème, car ça ne sert à rien de rester dans notre coin et qu'il y a une possibilité à l'étranger, on en arrive à une situation où ce sont les enfants qui payent. [...] Je pense que telle que la société est actuellement conçue où, quoiqu'on en pense, l'enfant est devenu un bien précieux, où on est prêt à tout pour concevoir un enfant, je pense plus à une réglementation intelligemment faite qu'à une prohibition qui sera contournée. Alors après la difficulté c'est de trouver un accord entre pays, parce que c'est vrai que là ce qui est problématique c'est que c'est devenu une source de profit dans certains pays étrangers au détriment des femmes qui se retrouvent exploitées ; tel que ça se conçoit dans certains pays ça s'apparente à une nouvelle forme d'esclavage moderne ce qui me gêne prodigieusement, donc nettement je suis pour la seconde solution qui permettrait d'encadrer la GPA en prenant en compte toutes les difficultés que pose cette question. » (Vice-procureur, TGI n°7)

Certains juges vont alors encore plus loin et considèrent que le législateur national n'a plus d'autre issue que de changer les textes qui mettent aujourd'hui les juges en difficulté.

« Moi je pense que ça va conduire le législateur à reprendre les article 16...ceux qui disent que c'est contraire à l'ordre public [...] ça reste quand même issu d'un mode de procréation qui est dit contraire à notre ordre public...donc est-ce qu'on doit faire complètement fi du code civil ? Si notre code civil est contraire à la convention européenne des droits de l'homme, [c'est] à notre législateur d'en tirer les conséquences et de réécrire, peut-être en n'autorisant pas de manière totalement libre, mais en rendant notre droit interne conforme à la convention européenne. » (Juge du siège, TGI n°1)

5.2.1.4 Conclusions

Malgré la condamnation de la France par la CEDH, la situation juridique des enfants nés à l'étranger du recours à une GPA reste problématique. Dans certains cas, l'enfant pourra avoir une filiation reconnaissant ses parents d'intention, notamment lorsque la filiation de la mère d'intention ou du deuxième père a été établie à l'étranger via une adoption. Mais dans la plupart des cas, seule la filiation paternelle sera établie laissant l'enfant privé de son autre parent d'intention, lorsque par exemple l'acte de naissance étranger de l'enfant mentionne deux pères ou bien une mère d'intention qui n'a pas accouché de l'enfant, du fait de l'interprétation biologique prédominante de l'article 47 C. civ. Tel est le compromis auquel, de l'avis autorisé du Parquet de Nantes, aurait abouti la Cour de cassation le 3 juillet 2015.

On retiendra que cette solution contrainte par les récentes décisions de la CEDH et de la Cour de cassation place certains juges en conflit avec leur conception de leur identité professionnelle. Ainsi plusieurs parmi ceux interrogés ont exprimé un malaise devant ce qu'ils estiment être une contradiction dans les missions qui leur sont attribuées. Ils doivent décider en protégeant à la fois l'ordre public et l'intérêt de l'enfant. Selon eux, le respect de la loi commande de ne pas établir la filiation de l'enfant lorsque « la fraude à la loi » a présidé à sa naissance. Or, de l'avis de plusieurs juges, priver un enfant des parents qui ont souhaité sa venue au monde bafoue son intérêt. Plusieurs juges ont comparé ce dilemme à celui du prononcé de l'adoption internationale lorsque les conditions requises par la Convention de la Haye ne seraient pas satisfaites. Dans ce cas, comme dans celui de la GPA, le respect des principes légaux porte atteinte à l'intérêt, concrètement appréhendé, de l'enfant. Cette comparaison n'en est pas moins surprenante : comment mettre sur un même plan une loi nationale qui condamne purement et simplement une pratique de circulation d'enfant, la GPA, et une norme de nature internationale qui vise au contraire à encadrer cette autre forme de circulation d'enfants qu'est l'adoption, de façon à en prévenir les dérives ? La nature de ces textes est très différente et leur finalité paraît bien être contraire. La Convention de la Haye n'a pas pour objectif d'interdire l'adoption, mais de la réglementer de la manière la plus éthique possible. L'analogie entre l'ordre public français qui prohibe la GPA et le texte international témoigne d'une confusion qui en dit long sur le désarroi dans lequel les injonctions contradictoires de la loi nationale et des prescriptions européennes placent les juges français. Cette référence décalée à l'autorité de la convention de la Haye est sans doute une façon d'exprimer la dépossession de leur fonction juridictionnelle que ressentent certains juges lorsqu'ils se retrouvent contraints de mettre à l'écart l'ordre public français.

Quoi qu'il en soit, à invoquer le droit international privé, c'est bien plutôt l'appel à l'élaboration d'une convention sur le modèle de celle sur l'adoption, pour encadrer les pratiques transfrontalières de GPA et protéger les personnes les plus vulnérables, qui apparaîtrait logique. Quelques juges n'ont d'ailleurs manqué de souligner que ce serait là la seule façon de « résoudre intelligemment le problème » ! Mais sur cette piste, déjà ouverte (voir les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé en 2014 et 2016), la route sera longue... Dans l'attente ou parallèlement, un encadrement de la GPA en droit français ne devrait-il pas être envisagé ? Au moins deux juges l'ont suggéré. Certes la Cour européenne a pris soin de reconnaître à chaque Etat le droit d'interdire le recours à la GPA sur son territoire ; elle a seulement condamné les obstacles posés à la reconnaissance de la filiation des enfants nés des pratiques de gestation pour autrui réalisées à l'étranger. Sécuriser la filiation des enfants suffit pour mettre le droit français en conformité avec les exigences européennes, nul besoin de renverser la prohibition des conventions de GPA. Et pourtant comment l'éviter ? En effet, outre que la solution d'un compromis *a minima* favorise les familles les plus fortunées qui peuvent seules assumer le coût important d'une GPA délocalisée, elle place les juges face à des missions contradictoires : sanctionner les pratiques de GPA quand elles ont lieu sur le territoire national et les accueillir lorsqu'elles sont de nature internationale conduit à leurs yeux à une dénaturation de leur fonction, comme on l'a montré. Il n'est donc pas étonnant que certains juges aillent jusqu'à préférer que l'interdiction de la GPA soit révisée plutôt que de laisser leurs valeurs professionnelles ainsi atteintes.

5.2.2 GPA et juges québécois⁴¹¹

Dans cette partie, nous nous intéressons aux discours des juges québécois concernant l'établissement de la filiation d'un enfant né du recours à une GPA. Quels sont les arguments mobilisés par les juges pour accepter ou refuser d'établir la filiation d'un enfant issu d'une telle pratique ? Rappelons qu'au Québec la GPA n'est pas illégale. Néanmoins, les conventions de GPA, tout comme en France, sont considérées nulles de nullité absolue (art. 541 C.c.Q.). Le recours à la GPA est-il considéré comme une fraude à la loi suffisante pour empêcher de relier l'enfant à ses parents d'intention ? L'intérêt de l'enfant constitue-t-il un argument suffisant pour au contraire établir sa filiation ?

Nous nous appuyons pour cela sur l'analyse d'une partie des matériaux recueillis dans le cadre de ce projet de recherche. Au-delà des entretiens ayant eu lieu avec des familles homo- et hétéro-parentales et ceux conduits avec des magistrats et des avocats en France, dans une moindre mesure, quelques entretiens ont aussi eu lieu au Québec avec des juges et des avocats québécois sur les arguments qu'ils mobilisent lorsqu'ils sont sollicités pour l'adoption de l'enfant du conjoint ou de la conjointe quand l'enfant est né du recours à une GPA.

Comme on l'a mentionné dans la partie de ce rapport intitulée Méthodologie et population enquêtée, une série d'entretiens a donc été réalisée auprès de cinq juges québécois de la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse qui a compétence en matière d'adoption et trois avocats œuvrant en droit de la famille et de l'enfance ayant été impliqués dans des dossiers de GPA. Nous n'avons ni les moyens, ni la possibilité de faire davantage⁴¹². Il va sans dire que les discours et expériences de ces professionnels ne sont pas représentatifs de l'ensemble des professionnels de la justice ayant à travailler sur des dossiers de ce type⁴¹³. Rappelons que l'insertion à l'état civil d'un acte de naissance dressé à l'étranger ou l'homologation d'un jugement étranger établissant la filiation d'un enfant conçu par GPA relève de la juridiction de la Cour supérieure du Québec. Aucun juge de cette cour n'a été interviewé dans le cadre de cette recherche, ce qui explique le peu de développement sur cette question dans cette partie. Ce que nous avons à dire sur le ce sujet a été développé en partie 2.3.

5.2.2.1 Les arguments mobilisés par les juges québécois

Les juges québécois rencontrés lors des entretiens menés dans le cadre de notre projet de recherche, n'ont pas tous eu à rendre des décisions en cette matière, mais ont suivi le débat avec attention et se sont posés plusieurs questions. À l'instar des deux courants de pensée ayant eu cours dans la jurisprudence de la Cour du Québec à laquelle ils ou elles ont été nommé.es, leur questionnement est le suivant : la GPA est-elle une fraude à la loi empêchant l'établissement de la filiation de l'enfant ou au contraire, l'intérêt de l'enfant conçu par GPA

⁴¹¹ Pour les fins du rapport, nous avons procédé à une analyse sommaire des entretiens avec les juges québécois de façon à voir si les représentations sociales des juges de part et d'autre de l'Atlantique avaient des points de ressemblances ; d'autres analyses de ces entretiens pourront être faites ultérieurement.

⁴¹² La recherche financée par la Mission de recherche droit & justice visait d'abord à faire des entretiens en France. Nous voulions tout de même procéder à quelques entretiens au Québec pour des fins comparatives. Le budget de la mission nous aurait permis d'en effectuer dix, mais au total cinq juges et trois avocats ont répondu à l'appel.

⁴¹³ L'enquête qualitative par entretiens ne permet pas d'accéder à une quelconque représentativité, d'autant que nous ne connaissons pas les populations de référence ; mais elle permet d'accéder aux représentations des personnes, à leur point de vue sur leurs pratiques et de nous informer ainsi sur la manière dont les professionnels traitent de ces dossiers, les questions qu'ils soulèvent chez eux, les difficultés qui rencontrent et les fondements de leurs décisions. Il faut aussi considérer que, par définition, les recherches en sciences sociales ne permettent d'accéder qu'aux personnes qui veulent bien répondre à la demande des chercheurs. On peut se reporter pour de plus amples informations sur la méthodologie de notre recherche à la partie 1 de ce rapport.

doit-il toujours être pris en compte et commande-t-il que l'adoption soit prononcée ? L'analyse des entretiens a révélé que cette interrogation fondamentale s'est déclinée en plusieurs réflexions livrées par les juges au fil de nos entretiens. La plupart expriment un malaise avec la GPA ; cela les remue dans leurs valeurs personnelles. Ce malaise est souvent lié au fait qu'à leur avis, le droit aurait besoin d'être réformé pour leur éviter d'avoir à prendre des décisions sans règles claires, notamment parce que l'adoption ne semble pas être la meilleure solution et parce que l'intérêt de l'enfant est une notion assez floue (ce dernier point ne va pas sans rappeler le point de vue des juges français analysé plus haut). Plusieurs invoquent aussi la question des origines des enfants conçus par GPA.

5.2.2.1.1 Ne pas prononcer l'adoption au nom de l'ordre public ou permettre l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant

Plusieurs juges disent ou laissent entrevoir qu'ils ont le sentiment de ne pas agir dans le sens de l'ordre public, de ne pas respecter la loi actuelle, malgré les solutions trouvées. Celles-ci s'appuient largement sur le principe de l'intérêt de l'enfant, la stabilité et le maintien des liens affectifs entre ce dernier et ses parents d'intention, avec lesquels il vit depuis sa naissance. Leurs décisions sont ainsi ancrées non seulement dans ce principe et dans leurs expériences en matière d'adoption généralement ; mais aussi dans un discours psychologique reconnaissant l'importance pour le développement de l'enfant de maintenir les liens d'attachement et de lui éviter l'instabilité. Ils sont conscients que cette instabilité pourrait être provoquée par une éventuelle décision de refuser l'adoption par les parents d'intention par exemple, ce qui leur paraît injuste et nocif pour l'enfant concerné. Dans ce cas, c'est comme si les juges étaient acculés au pied du mur, confrontés à leur sens moral envers les membres les plus vulnérables de la société, les enfants ; placés par les parents d'intention *de facto* : face à ce qui est un fait accompli : la naissance de cet enfant.

Dans les cas où ces juges seraient plutôt tentés de rendre leur décision dans le sens de dénoncer une transaction irrégulière entre parents d'intention et femme porteuse, ou de ne pas accéder à une demande basée sur la mauvaise foi des parties ; ils risquent de créer une injustice grave envers l'enfant, et de briser une famille déjà établie- ou encore de laisser un enfant sans statut juridique clair- ce qui est moralement et professionnellement inacceptable pour eux. De ce point de vue, cela rappelle les propos de certains magistrats en France, particulièrement du vice procureur en charge du parquet civil à Nantes, traitant notamment des demandes de transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés de GPA à l'étranger. Il disait que sa mission était avant tout de garantir l'ordre public, ce qui exigeait de lui la plus grande impassibilité. Les juges québécois se sentent pris entre l'arbre et l'écorce.

Certains n'hésitent pas trop et décident en s'appuyant sur l'argument de l'intérêt de l'enfant comme élément fondamental et incontournable dans l'état actuel d'inadaptation de la loi au contexte social de ces familles. Le positionnement de la Cour d'appel dans le même sens les rassure.

« La question fondamentale et tranchée par la Cour d'appel à mon sens, c'est la primauté de l'intérêt de l'enfant. » (Juge J5)

Ils sont rassurés par la position de la Cour d'appel, mais s'interrogent tout de même. Ils fondent leurs décisions sur l'intérêt de l'enfant tout en souhaitant être mieux encadrés par des balises juridiques plus claires.

D'autres ont évolué au cours du temps : prononçant finalement leur décision dans ce même courant libéral au nom de l'intérêt de l'enfant, mais se demandant tout de même jusqu'à quel point il était légitime de procéder ainsi.

« Mais à partir du moment où la Cour d'appel a permis l'adoption, moi, j'suis très à l'aise avec ça, puis ça me fait plaisir, je le fais avec enthousiasme de suivre ce courant-là. Mais je suis quand même conscient, là, qu'on y va peut-être de façon excessive. » (Juge J2)

Ils sont interpellés en tant qu'être humain, c'est le sens de ce qu'observe un avocat rencontré dans le cadre de cette recherche :

« Et les juges... les juges ont un devoir d'impartialité, mais les juges sont des êtres humains. Et il y a certains juges qui vont se questionner beaucoup sur les droits, non pas juste de l'enfant, mais aussi des parents d'origine. Quand on fait des dossiers de mère porteuse, on veut savoir. Il y a certains juges qui vont chercher à savoir plus : Oui, mais dans quel contexte ? Est-ce qu'il s'agissait d'une jeune mère ? Est-ce que c'est une mère qui avait déjà des enfants ? Elle connaissait le couple ? Parce qu'il y a des dossiers où les mères porteuses vont nous dire : 'moi, je l'ai fait par altruisme, ce sont mes amis.' C'est deux hommes qui, de toute évidence, seuls, ne pourraient pas avoir d'enfant. (...) »

Plus loin : « Alors pour moi, ce dossier-là a été (...) une des plus belles victoires que j'ai eues et que le procureur qui représentait les parents aussi, parce qu'on s'est dit : finalement, on met de côté les contrats, là. On arrête de parler de l'illégalité des contrats et on va nous parler de l'enfant et de ses droits et de la reconnaissance de ces droits-là. » (Avocat A1)

Les juges, face à un dossier, peuvent éprouver le besoin de recueillir des éléments de compréhension des parcours familiaux des personnes requérantes dont il n'est pas nécessairement prévu par la loi qu'ils s'en préoccupent. Les motivations de la femme porteuse, son parcours personnel, les circonstances dans lesquelles a été signé le contrat de GPA sont autant d'éléments qui peuvent soulever des préoccupations chez le juge. Certaines histoires peuvent entrer en collision avec ce que prévoit le droit, bien sûr, mais aussi avec les convictions intimes des juges.

Puis cet autre extrait démontre bien l'autre courant :

« Je pense qu'au départ, c'est surtout des préoccupations éthiques qui ont fait l'objet de très nombreuses discussions... par rapport à ces dossiers. Maintenant, avec les deux récentes décisions de la Cour d'appel, on va peut-être se poser encore des questions sur le plan éthique, mais je pense que la Cour d'appel a donné une direction très claire sur le rôle que doit jouer le juge, en matière d'adoption à la Cour du Québec, par opposition à tout un processus de procréation assistée, qu'on peut questionner au plan éthique ou au plan personnel, bien que ça n'ait rien à faire avec la décision que le juge va rendre ». (Juge J4)

Sur la signification de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA, un juge s'exprime ainsi :

*Juge J4: « Ce que je comprends là, depuis les deux décisions de la Cour d'appel, c'est qu'il faut vraiment **faire une séparation entre tout ce qui s'est passé permettant la naissance de l'enfant et le projet d'adoption.** Puis je pense qu'il faut vraiment, nous, **quand on nous demande de rendre une décision dans l'intérêt de l'enfant, s'assurer que ce projet d'adoption est viable, que les conditions sont rencontrées, qu'il est souhaitable pour l'enfant.** Avant ça, on pouvait se poser la question de midi à quatorze heures : est-ce que le projet qui est fait pour concevoir cet enfant, la*

façon dont le projet est conçu, avec tout ce que ça comportait de « oui, mais si ça ne fonctionne pas », « si quelqu'un change d'idée ». On s'est beaucoup posé la question là-dessus, je pense. Mais la Cour d'appel, en tout cas, moi, je le pense, a rendu des décisions qui cernent vraiment très bien là où on doit se situer quand on regarde l'élément particulier de l'intérêt de l'enfant. »

Un juge (J1) se demande lui aussi si l'intérêt de l'enfant né de GPA est toujours d'être adopté et si les conditions qui ont présidé à la réalisation de la GPA ne représentent pas un risque supérieur d'échec de l'adoption :

« J'ai eu un dossier qui est vraiment complexe, où, là, on se rend compte nettement qu'il y a eu un achat d'enfant, où la venue de cet enfant-là n'est pas traçable. Alors, c'est là que j'étais arrivée à ce cheminement-là, mais je ne dis pas, en contrepartie, que le fait d'avoir recours à une mère porteuse, etc., c'est nécessairement mauvais. Mais l'important, c'est de voir dans quel esprit on le fait. (...) Ce que je peux vous dire, c'est que je me demande comment un enfant va se développer à l'intérieur d'une famille comme celle-là. Je vous donne un exemple. Les parents qui ont adopté un enfant, maintenant, on en voit des parents qui, rendu à 12, 13 ans, l'enfant ne correspond pas à leurs standards ? Est-ce qu'à ce moment-là, on l'a rejeté ? Est-ce que le fait qu'on ait une mère porteuse puis qu'un enfant naît avec un handicap, c'est ton enfant, tu vas l'assumer. Mais en même temps c'est l'enfant de quelqu'un d'autre. Est-ce qu'on peut le rejeter ? C'est toutes ces questions-là qu'il faut se poser... »
(Juge J1)

Le besoin fondamental, qui est aussi exprimé en tant que droit, a été mentionné par un juge comme le droit de l'enfant à la filiation. Pour ce faire, de son point de vue, il faut considérer d'autres éléments que la nullité des contrats de mère porteuse et faire prédominer ce droit. A ce moment-là de son discours, le juge fait état d'une crainte précise. Lorsque la GPA se déroule comme les différents acteurs, en particulier les parents intentionnels, l'imaginaient et le prévoaient, tout se passe à peu près bien. Néanmoins, qu'advient-il lorsque, par exemple, la naissance ne se déroule pas comme prévu et que naît un enfant avec un handicap ? Quel est alors le statut de la femme porteuse dans l'esprit des parents intentionnels ? A partir d'un cas d'école qui rappelle quelques affaires médiatisées, le juge s'interroge sur le statut d'une GPA qui ne serait pas une GPA relationnelle dans laquelle les parents intentionnels, la femme porteuse et l'éventuelle donneuse d'ovocyte seraient en relation directe entre eux.

« L'établissement d'une relation directe entre les différents protagonistes pourrait garantir mieux une forte transparence. ». En l'absence de règles claires, les juges décident en fonction de leurs convictions personnelles qui leur donnent les moyens d'interpréter la loi. Pour le juge J4, ce qui importe, c'est que les différentes démarches pour avoir un enfant ne soient pas cachées :

« Dans des situations où le droit était peut-être pas si clair que ça, alors ça laisse place un peu plus à une interprétation... dans des domaines très sensibles finalement... Et je vous dirais que, si on me présente deux dossiers avec essentiellement les mêmes faits, une mère porteuse par exemple qui est prête à signer un consentement spécial en faveur de la conjointe du père, moi, a priori j'ai pas de difficultés avec ça. Mais ça dépend de la façon dont on va me le présenter. Si tout est caché, je vous avoue, le dossier dont je vous parlais tantôt, où la dame feignait la grossesse, l'accouchement et où on ne veut rien révéler, ça, j'ai des réticences importantes » (Juge J4)

Tout comme les juges français dont nous avons examiné précédemment le discours, les juges québécois témoignent ainsi du fait qu'ils sont traversés par les mêmes arguments et objections qui sont mobilisés dans le débat public autour de la GPA.

5.2.2.1.2 Le débat autour de la GPA dans lequel s'inscrivent les interrogations des juges

Comme on l'a affirmé dans la partie 5.2.1, les tenants et les opposants à l'encadrement juridique de la GPA sont d'accord sur un point : l'objectif est d'éviter la marchandisation du corps humain et l'exploitation des femmes. Ceux et celles qui souhaitent ne pas faciliter l'accès à cette technique exposent principalement deux arguments. Tout d'abord, la GPA serait contraire au principe de la dignité de la personne humaine car elle reviendrait à instrumentaliser le corps des femmes, à en faire un objet marchand. Ensuite, la GPA serait contraire à l'intérêt de l'enfant parce qu'elle constituerait un abandon à la naissance et compromettrait son épanouissement à venir.

Nous ne reviendrons pas sur l'exposé développé en partie 5.2.1, mais il est aussi pertinent de l'autre côté de l'Atlantique, à la différence que la GPA n'est pas considérée comme illégale au Canada et que ce dernier fait partie de plusieurs autres pays qui permettent la GPA en contrôlant strictement les sommes versées à la gestatrice pour la rembourser de tous les frais afférents à la grossesse, de manière à ce que la GPA soit pensée comme un don⁴¹⁴.

La deuxième objection à la légalisation de la GPA soutient que cette pratique serait contraire à l'intérêt de l'enfant car elle équivaldrait à son abandon par la femme qui l'a porté (Busnel, Frydman et al., 2010). Cette objection est de plus en plus nuancée au Canada où notamment le principe *mater semper certa est* est souvent remis en question, car la grossesse ne serait pas tout (Bureau et Guilhermont, 2011, Savard, 2015). On constate aussi un repli de l'ordre public un peu plus important qu'en France (*Adoption 161*). Les motifs exposés jusqu'ici l'expliquent. Les changements apportés par la loi instituant l'union civile en 2002 et rendant possible la reconnaissance de l'homoparenté par déclaration à l'état civil y participent également. C'est peut-être pour cela que les discussions sur la nécessité d'une réforme se font entendre avec un peu moins de résistance. Ceci étant dit, il est tout de même étonnant de voir autant de résistance en France, en comparaison de ce qui se passe au Québec, en Belgique ou en Espagne où la même logique de la nullité absolue des conventions de GPA continue également de prévaloir.

5.2.2.1.3 Les conflits de valeurs auxquels les juges font face en particulier dans les cas de GPA transnationale

La question au centre de la préoccupation des juges quant à l'absence de cadre juridique clair sur la GPA est bien celle de savoir si on doit refuser de prononcer l'adoption au nom de l'ordre public ou au contraire l'autoriser au nom de l'intérêt de l'enfant. La situation ne se présente pas complètement de la même manière au Québec, qu'en France. Au Québec, des demandes d'adoption sont déposées tant pour des GPA locales que nationales (effectuées ailleurs au Canada) ou transnationales. On constate que, réalisées à l'étranger, elles donnent davantage de fil à retordre aux juges dont les valeurs personnelles sont interpellées. Un avocat rencontré nous livre ce qui suit :

« (...) On leur a répété à quelques occasions : vous savez, on ne parle pas de contrat, on parle d'un enfant. Il arrive quoi si Monsieur décède demain matin, on fait quoi avec cet enfant-là qui n'a plus de filiation ? Parce que la mère, la mère porteuse, elle a consenti et la signature du consentement faisait en sorte qu'y avait délégation de son autorité parentale. Elle n'avait

⁴¹⁴ Dans la partie 2.3, on a par ailleurs mentionné les problèmes posés au Canada par l'absence de réglementation précise sur les dépenses admissibles en cette matière. Voir notamment le développement concernant l'article 12 de la *Loi sur la procréation assistée* 2004 qui n'est toujours pas en vigueur faute de réglementation.

plus aucune autorité sur l'enfant. J'ai dit : on fait quoi avec ces enfants-là ? On prend tous ces enfants-là et on les donne à la DPJ? C'est pas ça le but. » (Avocat A1)

Tel qu'on l'a vu dans l'analyse de l'état du droit, c'est encore plus vrai dans le cas où l'enfant a été conçu en Inde⁴¹⁵ ou en Thaïlande⁴¹⁶. Dans ces situations-ci en effet, les magistrats se soucient particulièrement des conditions dans lesquelles a été recueilli le consentement de la femme porteuse. Notons au passage que les familles françaises que nous avons rencontrées et qui ont presque toutes eu recours à une GPA en Amérique du Nord affichaient la même préoccupation et ont fondé leur choix sur des principes éthiques.

Les extraits suivants démontrent bien le conflit de valeurs auquel font face les juges dans l'exercice de leurs fonctions :

« Quand t'arrives dans un dossier comme ça, t'as tes valeurs, qui t'interpellent. On lit les journaux comme tout le monde, [...] on sait que le tourisme procréatif [à l'étranger] existe. Bon, on peut s'interroger, là, sur l'abus des femmes, sur ce qu'elles peuvent être appelées à signer ou leur mari pour elle. [...] A-t-elle économiquement le choix de refuser ? [...] On sent que l'enfant est un objet, là... Mais il y a aussi l'attachement des parents d'intention, les requérants, tu vois qu'ils sont très attachés aux enfants, bon, tout ça. Alors, alors, [...] comme juge on peut être tourmenté.

[...] Alors, c'est sûr que l'ensemble des enfants, on pourrait dire qu'y sont traités comme des objets de droit, et non comme des sujets de droit, c'est interpellant. » (Juge J3)

5.2.2.1.4 L'intérêt de l'enfant : appréciation *in concreto* ou *in abstracto* ?

De la même manière qu'on l'a expliqué dans la partie 5.2.1 dans le contexte français, la compréhension de l'intérêt de l'enfant fait l'objet de discussions. En quoi consiste-t-il exactement ? Parle-t-on de l'intérêt de l'enfant, en général ? Ou bien parle-t-on de l'intérêt d'un enfant en particulier dans l'affaire qu'on a à juger ? C'est toute la différence entre une interprétation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, qui vise à protéger les enfants de toute forme de marchandisation et conduit à décourager les pratiques de gestation pour autrui, et une interprétation *in concreto* qui suppose, une fois l'enfant né, de sécuriser ses liens avec ses parents d'intention qui l'élèvent⁴¹⁷. L'intérêt de l'enfant est façonné par les représentations sociales qui dépendent des circonstances et varient selon les lieux et les époques et les entretiens avec les juges québécois, tout comme ceux effectués avec leurs homologues français le démontrent.

Comment est mobilisé l'intérêt de l'enfant ? Pour un des juges rencontrés, il ne suffit pas de l'invoquer mais voir quel intérêt, et veiller à ce qu'il ne soit pas instrumentalisé dans la décision, qui est plus complexe que ce principe. Quelques passages des entretiens avec les juges témoignent d'une réticence à trop insister sur l'application du critère de l'intérêt de l'enfant pour fonder sa décision, alors que ce principe devrait simplement servir à interpréter ce qui est le mieux *in concreto* pour l'enfant :

⁴¹⁵ *Adoption 1631*, 2016 QCCQ 6872, j. Primeau.

⁴¹⁶ *Adoption 16199*, 2016 QCCQ 8951, j. Hamel.

⁴¹⁷ C'est l'argument défendu dans le contexte québécois par M. Giroux (2011) et B. Moore (2013), repris par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Adoption -- 1445*, 201 QCCA 1162.

« Oui, ça prendrait une réforme législative, c'est bien clair (...). Les tribunaux ont toujours dit : l'intérêt de l'enfant, c'est un critère crucial, primordial dans l'interprétation de la loi, mais non pas quelque chose qui est attributif de juridiction. » (Juge J2)

Par exemple cette ouverture et cette centration sur l'intérêt de l'enfant peuvent laisser une porte ouverte aux pressions exercées sur des femmes porteuses ; le pouvoir de l'argent, malgré l'interdit de rémunération (aux donneuses d'ovules comme aux mères porteuses), peut certainement guider des consentements sans que les juges puissent le déceler.

« Mais ça pourrait être vraiment : 'là, j'insiste auprès de ma sœur, parce que je voudrais, je voudrais avoir quelque chose qui est le plus proche possible de ma génétique et, par hypothèse, il n'y a pas de maladie dans la famille, il y a des facteurs, là, qui sont plus rassurants. Si ma sœur ne veut pas, écoute, je lui fais un chèque de 100 000, là, s'il te plaît. Ok !' » (Juge J2)

La question de l'intérêt des femmes porteuses à mener une grossesse pour autrui, tout particulièrement l'intérêt financier reste entière pour ces juges. Ce qui est en cause, ce n'est bien sûr pas leur supposée vénalité mais bien le fait que l'argent peut être un outil de persuasion de la part de personnes en manque d'enfant sur des personnes en situation de subordination. Ce soupçon qui irrigue l'ensemble des débats publics sur la GPA au Québec comme en France est également présent dans l'esprit d'un certain nombre de magistrats.

Par ailleurs, si la tendance dégagée par la décision de la Cour d'appel semble tenir pour acquis que l'intérêt de l'enfant est de voir sa filiation établie avec ses parents d'intention, un juge souligne que la notion d'intérêt de l'enfant peut s'interpréter diversement. Le juge J5 l'exprime ainsi :

« On fait de l'intérêt de l'enfant l'élément prioritaire... mais il ne faut pas se cacher ce qui est secondaire à tout ce qui entoure le processus, parce que rien ne dit que la mère n'offrirait pas, que la mère porteuse n'offrirait pas à l'enfant un milieu qui réponde entièrement à ses besoins, qu'elle ne serait pas en mesure de s'attacher à cet enfant-là, et, inversement, qu'elle ne répondrait pas à ses besoins psychologiques ou affectifs. On décide simplement que ce sont les parents d'intention qui vont le faire. Alors, et pour ce faire, on passe... la primauté de l'intérêt de l'enfant a permis de passer outre à l'article 541. Alors pour moi c'est une, c'est une figure de style juridique qu'on a fait à ce moment-là. » (Juge J5)

Il s'agit pour ce juge d'une réflexion tant sur le principe général que sur les cas particuliers : à l'occasion de notre entretien, il s'interroge sur ce qui fait que nous fondons ici la filiation sur l'acte de volonté de devenir parents et non sur l'acte de porter et mettre au monde un enfant.

5.2.2.1.5 Le malaise des juges alors qu'ils sont censés appliquer la loi

Tous comme les juges rencontrés en France, les juges québécois expriment leur malaise devant ce qu'ils ressentent comme une contradiction intrinsèque à l'objet de leur mission : décider dans les affaires qui leur sont présentées dans le respect, à la fois, des lois et de l'ordre public et de l'intérêt concret de l'enfant tel que la Cour d'appel leur demande de le faire. C'est ce qui se découvre dans l'extrait d'entretien suivant.

« Notre rôle, c'est de juger en fonction de la preuve qui nous est présentée, puis de la loi telle qu'elle s'applique. Bien, là ..., il y a toute la question de l'intérêt de l'enfant, mais il reste quand même que le respect des conditions de la loi, il faut aussi, on doit, on peut en faire abstraction au nom de l'intérêt de l'enfant. » (Juge J5)

Les injonctions contradictoires entre lesquelles ils sont pris en étau finissent par conduire les

juges français à se demander si leur rôle est passé du maintien de l'ordre juridique à celui de chambre d'enregistrement de la volonté des parents d'intention. Bien que ce ne soit pas exprimé totalement de la même manière, nous pensons que cet extrait d'un juge québécois démontre le même malaise.

« Alors, c'était assez particulier, ça a été particulièrement confrontant ces dossiers-là, particulièrement parce que j'ai à certains moments eu à me poser même la question de savoir jusqu'où va le serment que j'ai prêté d'appliquer le droit à des situations factuelles qui me sont présentées. » (Juge J5)

Tandis qu'un certain nombre de juges français craignent que le recours à l'intérêt de l'enfant n'entérine un véritable recul du droit, entraînant la démission du juge de son office (loin d'être encore la bouche de la loi, celui-ci ne serait que le porte-voix des pratiques individuelles), cet extrait démontre que certains juges québécois se sentent en conflit parce qu'ils ou elles ne doivent pas se contenter d'appliquer la loi.

5.2.2.1.7 Une réforme réclamée

Les propos recueillis auprès des juges rencontrés au Québec militent pour une réforme. Une réforme dont le premier objet serait de prévoir des mesures plus efficaces, incluant des règles plus claires sur les pratiques autour de la rémunération ; ce qui permettrait selon le juge J5 de garder la démarche saine pour tous :

« (...) si on veut que cette démarche-là soit saine et pour la mère porteuse et pour les parents d'intention, il ne faut pas la commercialiser. » (Juge J5)

Dans un deuxième temps, il s'agirait de réfléchir au meilleur outil pour établir la filiation des enfants ainsi conçus. Des juges affirment que l'adoption n'est pas le bon mécanisme pour régler la filiation de l'enfant conçu avec l'aide d'un tiers :

« C'est comme si, dans notre coffre à outils, on n'avait pas l'outil spécifique dont on a besoin pour répondre à ces nouvelles réalités sociales, puis qu'à défaut de l'outil spécifique, bien on s'est servi des articles du Code permettant l'adoption. Et puis... sans rencontrer davantage la réalité d'aujourd'hui, l'outil fait quand même l'affaire, parce qu'il permet d'arriver, euh, d'atteindre le but recherché par les parents qui ont besoin de recourir, soit à la procréation assistée, soit à une mère porteuse. » (Juge J4)

De même pour le juge J5 :

« On a peut-être le mauvais véhicule. Alors, la clarification de la situation juridique et du contexte juridique : la conception par mère porteuse d'un enfant pourrait faire l'objet d'un véhicule indépendant à celui de l'adoption. Puis ça aurait au moins l'avantage d'être transparent et honnête : 'c'est ça la démarche qu'on fait, et elle a prêté ses organes reproducteurs à ces parents là et c'est de ça qu'on convient là'. Alors euh... J'sais pas là, mais il me semble qu'effectivement l'adoption ce n'est pas fait pour ça. » (Juge J5)

Le juge J2 démontre l'iniquité à laquelle sont confrontés les parents d'intention du fait de l'absence de règles claires permettant de résoudre la contradiction entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public :

« À l'époque où je l'avais lue pour la première fois [la décision du juge Dubois qui s'appuie sur l'ordre public pour refuser l'adoption], euh, je m'attendais à ce que ce soit l'élément déclencheur d'une réforme. Je me disais qu'en regardant les textes de loi, j'étais quand même impressionné par la qualité de l'argumentation qui conciliait des enjeux sociaux, philosophiques, juridiques, et la plume du Juge Dubois m'apparaissait très convaincante, au moment où je l'avais lu., (...) Maintenant, il y a eu cette inaction et là, à partir du moment où il y a eu comme deux courants jurisprudentiels, bien, je trouvais tellement injuste pour ces familles-là que la filiation qui est une étape si importante dans

la vie d'un enfant, dans la vie d'un parent, dans la vie de toute la famille, que ça devienne une question de devant quel juge tu comparais, pour une décision si importante, que je me suis dit : bien, dorénavant, moi, je vais décider en équité.

(...) Oui, j'aurais vraiment voulu... ça aurait été vraiment incisif, pour que cesse ce système en place qui laissait les gens à deux courants jurisprudentiels, et là, à leur avocat de bien manœuvrer pour essayer d'identifier le bon jugement. Parce que toute la démarche était liée au décideur et chacun était, commençait à être bien campé, il n'y avait plus rien à argumenter, là. Si vous étiez devant le juge Dubois, c'était terminé, là. Si vous étiez devant le juge Grégoire, c'était terminé de l'autre côté... » (Juge J2)

5.2.2.2. Conclusions

En l'état actuel de la législation québécoise, l'adoption est perçue aujourd'hui comme la solution la moins mauvaise mais ne semble pas adaptée à la situation ; les juges rencontrés sont relativement unanimes à ce sujet. Alors que l'adoption a été progressivement conçue comme un outil permettant de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu, jusqu'à ce que cela devienne aujourd'hui le motif le plus légitime pour adopter, il semble incongru aux acteurs d'y recourir pour établir un lien de filiation entre un enfant venu au monde grâce à une GPA et des parents qui ont voulu sa venue au monde et l'ont éventuellement conçu.

L'état actuel du droit au Québec provoque chez les juges rencontrés des conflits de valeurs. Un encadrement légal de la pratique de la GPA protégeant tant l'intérêt de l'enfant, que celui de la femme porteuse et des parents d'intention permettrait aux juges de ne pas être pris dans une contradiction entre sanctionner l'infraction et également de protéger l'enfant. Cet encadrement de la pratique de la GPA passerait notamment par une réglementation claire quant aux droits et devoirs de chaque partie et particulièrement quant aux conditions de remboursement de la femme porteuse. Même si nous n'avons pas pu ajouter cet élément à l'analyse réalisée ici, les entretiens avec les juges et avocat.es québécois ont souvent fait référence à la question des origines et à l'importance de réfléchir à celle-ci dans le contexte de la réforme qui est réclamée.

CONCLUSIONS

Une recherche inédite pour mieux documenter les nouvelles réalités familiales

L'évolution des techniques de procréation médicalement assistée permet aujourd'hui à de plus en plus de couples qui ne peuvent pas procréer par eux-mêmes de fonder une famille. Elles se sont largement diffusées et sont désormais disponibles sur tous les continents, même si, bien sûr, compte tenu de la diversité des contextes économiques, sociaux, politiques et juridiques, elles ne sont bien souvent accessibles qu'à une partie de la population. Les différences entre les dispositifs juridiques nationaux en matière de procréation assistée entraînent par ailleurs une mobilité transfrontalière des personnes lorsqu'elles ne peuvent accéder légalement dans leur pays aux techniques qui leur permettraient de devenir parent.

Ce programme de recherche s'est intéressé aux situations où des Français recourent à l'étranger à des techniques de reproduction assistée qui leur sont interdites sur le territoire national et entendent ensuite voir reconnaître leur configuration familiale grâce à une transcription à l'état civil français de l'acte de naissance établi à l'étranger ou par l'adoption de l'enfant du conjoint. Nous avons ainsi cherché à savoir comment le droit se met en acte concrètement dans ces situations familiales. Pour ce faire, nous avons analysé le parcours de procréation de familles françaises et leur expérience du monde de l'état civil et de la justice, tout en observant les représentations des juges, les arguments mobilisés par les familles, les avocats qui les conseillent et les procureurs dans leurs réquisitions.

Compte tenu des défis posés par les recours transfrontaliers aux différents ordres juridiques, mais également au plan éthique et politique, il est primordial de poursuivre une réflexion informée et documentée sur les problèmes que rencontrent les différents acteurs du droit de la famille, au premier rang desquels les juges et les familles, et sur les adaptations qui peuvent s'avérer utiles. Il ne peut y avoir de réflexion ni de débat informé sans des recherches empiriques qui portent, certes, sur l'analyse du droit et de la jurisprudence, mais aussi sur l'expérience des premières personnes concernées. Ce rapport se situe dans cette démarche vers une meilleure documentation de la réalité contemporaine des nouvelles formes de famille. Cet éclairage empirique permet d'organiser une réflexion constructive sur l'articulation du droit dans le contexte mondial et complexe des transformations familiales contemporaines.

Cette recherche qui s'inscrit dans une comparaison entre la France et le Québec, mais aussi, au plan du droit comparé avec la Belgique et l'Espagne, a un caractère tout à fait inédit dans ce champ de recherche. Ce travail s'appuie sur une enquête de terrain solide menée auprès de juges français et québécois, d'avocats français et québécois et de familles françaises ou binationales vivant en France et au Québec. Notre terrain s'est concentré sur l'expérience de couples de femmes et de couples d'hommes (44 en tout dont 9 couples français ou binationaux installés au Québec), puisque nous n'avons malheureusement pu rencontrer qu'un couple hétérosexuel ayant eu recours à une GPA. Nous avons également rencontré 16 juges du siège ou du parquet, travaillant au sein de Tribunaux de grande instance ou de Cours d'appel (nous avons sollicité 36 TGI et CA dans plusieurs régions françaises), 6 avocats français, 5 juges de la Cour du Québec (Chambre de la Jeunesse) et 3 avocats québécois. Nous avons également rencontré une consule de France et un agent consulaire en charge de l'état civil afin de mieux comprendre comment on travaillait dans ce type de service. Nous avons chaque fois mené des entretiens de type compréhensif, en nous appuyant sur un guide préparé en collaboration au sein de l'équipe de recherche. Nous avons voulu mener une recherche résolument pluridisciplinaire, à la croisée du droit, de l'anthropologie et de la sociologie. Nous avons ainsi conçu ensemble – juristes, anthropologue et sociologue – le protocole de notre recherche de terrain et les guides d'entretien. Lorsque cela a été possible,

nous avons également mené des entretiens avec des familles et des juges avec la présence de deux chercheurs (sociologue et anthropologue, anthropologue et juriste, sociologue et juriste). Enfin, nous avons mené ensemble les analyses et l'écriture du rapport et des communications scientifiques faites dans des colloques au cours du programme, en sciences sociales et en droit. Il s'agit bien, pour le dire autrement, d'une recherche empirique et théorique, véritablement pluridisciplinaire et collective. Pour toutes ces raisons, ce programme de recherche est sans doute inédit dans l'espace des sciences sociales et juridiques francophones portant sur la filiation et les familles contemporaines.

Etat du droit concernant la PMA et la GPA : perspectives de droit comparé

Le rapport présente l'étude et l'analyse comparative de l'état du droit en France et au Québec, en passant par la Belgique et l'Espagne, et en tenant compte des principales décisions de la CEDH se rapportant à la GPA transnationale.

Au terme de l'analyse comparative menée dans la partie 2 où ont été présentés les dispositifs juridiques de reconnaissance de la famille homoparentale de trois pays, de tradition juridique plus ou moins commune, il ressort que la position de la France en matière de PMA est isolée. En effet la Belgique, l'Espagne et le Québec autorisent, à des degrés différents, une forme d'établissement conjoint de la double maternité, qui témoigne d'une politique d'assimilation de la famille homoparentale. Dans chacun de ces pays, sous certaines conditions, il est en effet possible pour la femme qui n'a pas porté l'enfant d'apparaître comme la seconde mère sur l'acte de naissance de l'enfant sans devoir saisir le juge de l'adoption. En Belgique, dès lors que le couple de femmes est marié, la conjointe de celle qui met au monde un enfant sera automatiquement tenue pour la co-parente de l'enfant. Si le couple n'est pas marié, et sous réserve que la mère de naissance y consente, la compagne pourra reconnaître l'enfant. Au Québec, la réglementation participe d'une logique similaire : même dans le cas de l'assistance à la procréation par relation sexuelle, les couples de femmes mariées ou unies civilement peuvent établir dès la naissance la maternité de chacune d'elles. Il faudra néanmoins que soit accomplie, par l'une ou l'autre des deux femmes, une déclaration à l'état civil de la maternité de celle qui n'a pas accouché. Même lorsque le couple n'est ni marié ni uni civilement, cette possibilité de double établissement *ab initio* de la filiation de l'enfant, à l'égard des deux compagnes qui ont contribué à sa naissance, existe. Il faut donc souligner qu'en Belgique comme au Québec, les règles permettant l'établissement de la parenté dans les couples hétérosexuels ont été transposés aux couples de femmes qui veulent fonder une famille. En dehors de la Catalogne, qui se rattache pleinement au courant représenté par la Belgique et le Québec, l'Espagne ne s'est pas engagée dans la voie d'une complète assimilation entre couples hétérosexuels et couples lesbiens. Toutefois un dispositif particulier permet aux deux femmes, si elles sont mariées, de pouvoir être tenues pour les deux mères de l'enfant sans devoir passer par une procédure d'adoption. Il suffit pour la conjointe qui n'a pas porté l'enfant de faire une déclaration de maternité devant l'officier de l'état civil. Une procédure d'adoption n'est nécessaire pour faire établir un lien de parenté entre l'enfant et la compagne de sa mère que si les deux femmes ne sont pas mariées. Mais, on l'a vu dans le rapport espagnol, la Cour de cassation est venue apporter des tempéraments, en faveur aussi bien de l'épouse de la mère que de la compagne, en lui ouvrant la possibilité de faire établir sa parenté légale au moyen de la possession d'état.

Le modèle français de l'AMP, sous-tendu par une conception médicale qui réserve ce traitement aux couples hétérosexuels stériles, contribue donc à singulariser le droit français de la famille, qui résiste à la tendance croissante vers une élaboration d'un droit commun de la filiation par don de gamètes, applicable aussi bien aux couples hétérosexuels qu'aux couples de femmes. Ce modèle pourra-t-il encore se maintenir alors que le principe de la libre circulation des personnes lui fait subir des assauts constants ?

En France, contrairement au droit belge, espagnol ou québécois, la PMA n'est pas autorisée

aux couples de femmes, et l'enfant ne peut avoir deux mères à la naissance. Seule la mère porteuse sera considérée comme mère légale, l'autre devant adopter l'enfant avec le consentement de la première pour voir reconnaître sa maternité. Concernant l'adoption de l'enfant de la conjointe, conçu du recours à une PMA à l'étranger, la plupart des tribunaux suivent les avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation et acceptent de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe lorsque la conception a eu lieu à l'aide d'une insémination artificielle à l'étranger. Un tribunal s'y est toutefois opposé mais sa décision a été infirmée en appel. En définitive, la solution française pour reconnaître la famille constituée par un couple de femmes qui a eu un enfant par don de sperme reste un compromis qui ne permet l'établissement des deux liens de filiation maternelle que de manière successive. La maternité fondée sur la grossesse et l'accouchement est première, elle s'impose par l'effet que la loi attache automatiquement au fait de l'accouchement, alors que la maternité qui n'est pas ancrée sur la grossesse est seconde, accessoire de la première. Non seulement elle est conditionnée par le consentement de la mère légale à l'adoption de son enfant par sa conjointe, mais elle ne peut être constituée qu'au terme d'un jugement d'adoption prononcé par un juge en charge d'en apprécier l'opportunité. La famille fondée par un couple de femmes repose donc sur une hiérarchie entre les liens qui rattachent l'enfant à ses deux mères. En l'état actuel du droit positif français, aucune forme d'expression juridique *ab initio* et concomitante des deux maternités n'est possible. La famille homoparentale fonctionne selon le modèle de la greffe par adoption, elle n'est pas encore revêtue de la légitimité qui permet de faire l'économie du recours au juge pour se rattacher un enfant.

Quant à la situation en France pour les enfants nés par GPA, elle est assurément plus rigoureuse que dans les autres pays étudiés dans ce rapport. Cette singularité peut paraître étonnante à première vue puisque tous les pays envisagés considèrent les conventions de GPA comme des conventions frappées de nullité.

Ce qui différencie le droit interne français, ce sont les sanctions pénales qui frappent, plus qu'ailleurs, les intermédiaires et les couples qui voudraient se faire passer pour les parents légaux de l'enfant né d'une autre femme. Mais cette singularité s'explique aussi par l'attachement de l'ordre juridique français aux principes inscrits dans le chapitre II du Code civil sur le respect du corps humain. Le résultat est qu'aucune pratique de GPA ne s'est développée en France avec le soutien de centres d'assistance médicale à la procréation et que, par conséquent, le droit français ne s'est pas familiarisé à des pratiques de procréation accompagnées et régulées par des acteurs médicaux ou institutionnels, comme c'est le cas en Belgique et au Québec, où le droit civil, flexible, a dû, et pu, s'adapter de façon à rattacher l'enfant aux deux parents avec qui il forme une famille. Il faut ajouter que dans ces deux pays la primauté accordée à l'intérêt de l'enfant n'est pas aussi fortement concurrencée par la préoccupation du respect de l'ordre public qu'en France.

Le choc avec la pratique des GPA transfrontalières a donc été plus violent en droit français qu'en droit belge ou québécois. Comme on l'a vu, les juges français confrontés à ces pratiques ont ainsi systématiquement dressé les barrières de l'ordre public ou de la fraude à la loi pour refuser la reconnaissance des enfants nés à l'étranger par GPA. Alors qu'au Québec et en Belgique, où les juges ont déjà eu en interne à traiter de la problématique de la GPA, une des solutions qui s'est peu à peu imposée a été d'étendre l'instrument, déjà utilisé dans les pratiques nationales, à savoir l'adoption par le conjoint, pour rattacher sans trop de difficultés l'enfant à son parent d'intention. Depuis plus récemment, l'un et l'autre de ces pays cherchent aussi à procéder par reconnaissance directe — transcription dans les registres nationaux d'état civil — du statut familial de l'enfant cristallisé à l'étranger, notamment lorsqu'un jugement étranger déclaratif de naissance a déjà établi la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention.

Malgré la condamnation sans ambiguïté de la France par la CEDH en 2014, les juges français

semblent résister à ce mouvement de régularisation de la filiation de l'enfant issu d'une GPA réalisée à l'étranger. La condition posée à la transcription des actes étrangers, la conformité à la réalité, pourrait être un obstacle insurmontable à la reconnaissance de la parenté d'intention si l'interprétation biologique de cette conformité devait perdurer.

Là encore la France se singularise par rapport à sa voisine l'Espagne qui a pourtant longtemps opposé une même intransigeance aux pratiques de GPA transfrontalières. En Espagne, en effet, avant même les décisions de la CEDH, l'administration responsable du registre de l'état civil s'était montrée plus conciliante en proposant une voie médiane pour reconnaître les actes de naissance établie à l'étranger. Les juridictions judiciaires, en revanche, campaient sur une position proche de la France. Depuis les arrêts européens de 2014, qui ont une autorité interprétative sur tous les pays du Conseil de l'Europe, la situation juridique espagnole demeure néanmoins confuse : les juges font valoir la différence entre le droit français et le droit espagnol pour refuser de se plier aux recommandations de la CEDH. Le bras de fer avec l'administration en charge du registre civil se poursuit donc. Mais quoi qu'il en soit en Espagne, et même si c'est une option plus coûteuse, l'adoption de l'enfant par le conjoint est toujours possible, alors qu'elle est très aléatoire en droit français.

Ce rapport ne se limite pas à une analyse comparée de la réglementation sur l'AMP et la GPA. Il s'enrichit par une enquête de terrain menée sous la forme d'entretiens avec tous les acteurs concernés, grâce à laquelle nous explorons les projets parentaux et les parcours familiaux, les représentations de ce qu'est une famille, de ce qui définit la relation entre parents et enfants. Cette démarche permet de démontrer la manière dont les familles se confrontent avec le droit et la justice, les interrogations et parfois l'embarras des juges confrontés à ces demandes.

La situation juridique des familles rencontrées

Les projets parentaux des couples ayant eu recours à une PMA ou à une GPA à l'étranger sont de nature conjugale, ce qui explique d'ailleurs en grande partie qu'ils aient choisi de recourir à un don pour procréer. Dans leurs représentations de ce qu'est une famille, les dimensions biogénétiques et électives sont toutes deux également présentes. Même si une seule personne au sein du couple est reliée biologiquement à l'enfant, les deux se sentent parents et souhaitent que la filiation soit établie à l'égard de chacun, notamment pour inscrire leur enfant dans leurs lignées respectives.

Tous les couples de femmes rencontrés se sont mariés et ont déposé une requête en adoption de l'enfant de la conjointe, avec ou sans avocat. La plupart ont produit – mais rarement à la demande du juge – des témoignages de leur entourage attestant de leur rôle maternel auprès de l'enfant. Certains couples ont dû se soumettre à une enquête de police, ce qui n'a pas toujours été bien vécu. Tous les couples, sauf deux encore en appel, ont obtenu le prononcé de l'adoption.

Les couples de femmes françaises ou binationaux installées au Québec sont en prise à de sérieuses difficultés pour faire reconnaître en France l'état civil québécois de leur enfant qui mentionne deux mères dès la naissance. Si bien que dans certaines de ces familles, l'enfant possède deux états civils différents : un état civil canadien mentionnant leurs deux mères et un état civil français n'indiquant que celle qui l'a mis au monde. Les familles qui n'ont pu se résoudre à « supprimer » une mère pour obtenir un état civil français ont dû renoncer à l'obtention de la nationalité française pour leur enfant et à la reconnaissance de leurs liens de filiation en France, alors même qu'elles y ont conservé des attaches étroites, qu'elles n'excluent pas de s'y réinstaller et qu'une d'elles au moins est française.

Quant aux couples ayant eu recours à une GPA, seuls deux couples d'hommes parmi ceux que nous avons interviewés ont demandé et obtenu la transcription de l'acte de naissance de l'enfant rédigé à l'étranger. L'un des couples a obtenu l'adoption de l'enfant du conjoint.

Dans ces deux cas, la femme porteuse était mentionnée sur l'acte de naissance, ce qui explique, au regard du droit positif, que la transcription ait pu être autorisée. Dans tous les cas où les deux pères étaient mentionnés sur l'acte de naissance étranger, que ce soit dès la naissance ou suite à une procédure par laquelle la femme porteuse initialement mentionnée sur l'acte de naissance avait consenti à l'adoption de l'enfant par le compagnon du père et renoncé à ses droits parentaux, aucun n'a tenté de faire transcrire l'acte de naissance. Indépendamment de la démarche effectuée, ou non, pour obtenir la transcription de l'acte de naissance, plusieurs couples ont demandé et obtenu avec des délais variables, un certificat de nationalité française pour l'enfant.

L'expérience que certains couples ont eu de la procédure imposée par quelques tribunaux qui exigeait, dans le cas des requêtes en France de femmes souhaitant adopter l'enfant de leur conjointe, la production de témoignages, une enquête de police, une convocation au commissariat voire, dans quelques cas, une audience éprouvante, impose de réfléchir à la disparité des attentes d'un tribunal à l'autre, à la nécessité de ces exigences et à leur aspect symbolique. Avoir à demander des lettres à des membres de la famille, de l'entourage amical, à des personnels médicaux, de la crèche ou de l'éducation nationale afin qu'ils attestent que l'on se comporte comme des parents et, plus encore, que l'on est de bons parents, n'est pas un acte anodin ni indolore. Être convoquée par la police ou recevoir une brigade des mineurs chez soi, que l'enfant que l'on élève depuis sa mise au monde et dont a voulu la naissance ait quelques mois ou plusieurs années, malgré les précautions quelques fois prises par des fonctionnaires de police tout à fait scrupuleux, a toujours été vécu comme angoissant et traumatisant. Pour quelques-unes, quand il a été organisé une audience, ce moment de convocation devant la Cour a aussi été une source d'angoisse supplémentaire. Au-delà de la surprise, de l'anxiété ou de l'indignation exprimées par un certain nombre, les couples de femmes rencontrées témoignent surtout du fait qu'elles se sont souvent senties démunies et peu informées, et qu'elles s'étonnaient qu'autant de vérifications puissent être demandées alors qu'elles avaient le sentiment que la loi ne l'exigeait pas et que, d'un TGI à l'autre, le traitement des dossiers puisse être aussi différent. Il faut également noter que parmi les juges rencontrés en France, plusieurs n'ont jamais demandé de témoignages ni d'enquête de police et que quelques-uns étaient même étonnés que l'on ait ce genre d'exigences envers des couples de même sexe, alors qu'on ne les a pas envers des couples de sexe différent.

L'embarras des juges face à des dispositifs juridiques inachevés

Les formes familiales contemporaines et les progrès de la médecine procréative révèlent la dissociation possible des dimensions biologiques, légales et sociales des liens parents-enfants. Malgré cela, le droit applicable français, contrairement au droit québécois, ne donne pas aux magistrats les moyens de résoudre les conflits de normes qui se présentent à eux dans les situations évoquées. Bon nombre des magistrats rencontrés constatent que la réforme initiée par la loi de mai 2013 est inachevée. L'interdiction a été maintenue pour les couples de femmes d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, alors même que la loi ouvrait le mariage aux couples de même sexe. Cela leur paraît être contradictoire et maintenir une grande ambiguïté quant à la légitimité des couples de même sexe à être parents d'un même enfant. L'analyse des juges rencontrés rejoint le point de vue des familles rencontrées et révèle certaines insuffisances de la loi en France. A propos de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, une expression est souvent revenue notamment chez les juges : la loi est « *restée au milieu du gué* ».

De manière tacite, sans ouvrir l'AMP aux couples de lesbiennes en France, l'intention du législateur, lorsqu'il a voté la loi du 17 mai 2013, était bien de permettre « la régularisation » des familles homoparentales, constituées grâce à une insémination artificielle réalisée à l'étranger, par le biais de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. Il y avait peu de

doutes sur ce point car, devant l'Assemblée nationale comme devant le Sénat, des amendements avaient été déposés pour interdire l'adoption de l'enfant du conjoint au cas où celui-ci aurait été conçu grâce à une technique d'AMP contraire aux conditions posées par le droit français et ils avaient tous été rejetés⁴¹⁸. Il paraissait acquis que, dans l'esprit du législateur, l'adoption de l'enfant du conjoint pourrait être accordée même si cet enfant était né à l'issue d'une démarche contournant la loi française... et quand bien même le prononcé d'une telle adoption serait interprétée comme un encouragement au contournement du cadre légal français ! Le silence de la loi valait validation d'une telle pratique⁴¹⁹.

L'examen des différentes situations familiales étudiées et des discours des juges rencontrés illustre l'embarras d'un certain nombre de magistrats en France quant à la manière de considérer le donneur de sperme. Ces situations ne sont probablement pas encore assez nombreuses – en France du moins – pour que les juges du siège et du parquet aient pu dans certains TGI acquérir avec le temps un véritable savoir-faire. Cela explique notamment qu'ils éprouvent un grand besoin d'échange d'expériences et qu'ils recherchent des informations auprès de ceux qu'ils perçoivent comme les plus expérimentés en matière de filiation homoparentale, dont le parquet civil compétent pour ce qui concerne l'état civil des Français de l'Etranger à Nantes. Il faut aussi peut-être considérer que peu de formations leur sont proposées sur les configurations familiales contemporaines (voire aucune) et que dans cette situation, ils forgent souvent leur point de vue sur la base d'éléments glanés dans le débat public et, pour quelques-uns, à condition que leur emploi du temps le leur permette, dans des lectures rendant compte de recherches en sciences sociales, cliniques ou juridiques. Il est par conséquent parfois difficile pour un juge de cerner avec certitude ce que représente dans la vie d'un enfant élevé par deux femmes un donneur de sperme, *a fortiori* s'il est connu. Il s'agit alors pour quelques magistrats de chercher à savoir s'il n'est pas susceptible un jour de reconnaître l'enfant. Dans un certain nombre de cas, la recherche d'informations visant à établir la manière dont l'enfant a été conçu a pu conduire (dans les affaires de Karine et Clothilde et de Chloé et Eliane analysées plus haut, cela semble même avoir été fait à dessein) des magistrats à refuser l'adoption au motif que les deux femmes auraient fraudé à la loi ; décisions infirmées depuis en appel.

Quelques pistes de réflexion et propositions

- Repenser et réorganiser l'assistance médicale à la procréation en France

Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans son avis n°126 du 15 juin 2017, s'est montré favorable à ce que les couples de femmes et les femmes seules puissent accéder légalement à l'AMP en France. L'équipe de recherche pense qu'il faut mettre cette question à l'ordre du jour, initier un débat éclairé, loin de toute invective, et ouvrir cette solution. Certains juges, tels celle rencontrée au TGI n°10, auraient souhaité que la loi permette aux couples de femmes de devenir mères sans passer par l'adoption mais par déclaration, d'une manière qui se rapprocherait de ce qui est prévu pour le père qui a recours à une PMA :

« On pourrait faire une déclaration à l'état civil en tant que couple sans passer par la fiction de l'adoption : on a un projet de couple ensemble et on se déclare ensemble père et mère, mère et mère pardon ! Parce que finalement, ça c'est vrai pour la PMA avec donneur pour le père et la loi a été claire par rapport à ça. [...] Cette fiction existe pour le père dans le cadre d'une PMA ; les

⁴¹⁸ Assemblée nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2012-2013, compte rendu intégral, séance du 18 avril 2013 (http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130222.asp#P4703_0264).

⁴¹⁹ Un tel argument avait déjà été mis en avant dans plusieurs jugements : TGI Pontoise, 24 juin 2014, n° 14/02335 ; TGI Evreux, 6 juin 2014, n° 14/01072 ; TGI Evry 11 juillet 2014, n° 13/07765.

gens signent un papier disant qu'il ne contestera pas devant le juge (bon, je ne sais plus si c'est encore devant le juge). On pourrait envisager cette fiction aussi avec deux mères qui viennent déclarer la naissance de l'enfant que l'une porte grâce à une conception avec don de sperme. » (Juge du siège, TGI n°10)

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes leur permettrait de ne plus avoir nécessairement à passer les frontières pour recourir à des cliniques privées d'aide à la procréation dans un pays étranger. Cette option ne devrait bien sûr pas empêcher les femmes qui le souhaitent de recourir à un donneur de sperme connu hors du circuit médical, la loi devant en ce cas pouvoir leur proposer une véritable alternative sûre au plan sanitaire et juridique sur le territoire national.

Il va sans dire que cette proposition ne peut s'articuler en faisant l'économie d'un questionnement sur le financement qui y serait associé. A l'écoute des matériaux recueillis dans notre enquête de terrain, une des questions éthiques que posent les recours par les couples de françaises à une PMA avec IAD dans un pays frontalier tient au fait que seuls les couples qui sont en situation de pouvoir mobiliser des moyens financiers suffisants (de quelques milliers d'euros à 10 à 15 000 euros selon le nombre de tentatives) peuvent y avoir accès. Envisager par conséquent l'ouverture de la PMA aux couples de femmes (mais aussi aux femmes seules du reste) impose donc également de s'interroger sur l'accessibilité financière de cette pratique. Le CCNE, dans son avis n°126 du 15 juin 2017, envisage ainsi les choses :

« la charge pécuniaire de l'utilisation des techniques d'AMP hors des indications médicales ne saurait porter sur les moyens financiers de l'assurance-maladie. La question se pose dès lors : les femmes en couples ou les femmes seules devraient-elles supporter seules les frais inhérents à leurs demandes d'aide à la procréation s'ils ne relèvent pas d'indications médicales, ou une certaine forme de solidarité pourrait-elle être envisagée ? Celle-ci pourrait prendre la forme d'une contribution partielle au coût du service public selon des modèles déjà en vigueur. Les prestations des centres agréés pour l'AMP pourraient être facturées au réel prix coûtant par les établissements participant au service public hospitalier et être encaissées comme des « ressources propres ».

Il n'échappera pas que faire reposer sur les couples de femmes (ou même les femmes seules) le coût de l'assistance médicale à la procréation dont elles bénéficieraient constituerait une rupture avec le modèle universaliste d'accès à la médecine en France : même si on est bien conscient que la solidarité nationale a des limites, la solution envisagée par le CCNE instaure une hiérarchie dans l'accès aux services, la gratuité serait réservée aux seuls couples hétérosexuels et, parmi les femmes célibataires ou en couple lesbien, seules les plus aisées pourraient accéder au don de gamètes.

Pour ce qui concerne l'établissement de la filiation dans ce contexte, nous pensons qu'il serait souhaitable de faire en sorte que les personnes engagées dans un processus d'AMP avec don de gamètes soient reconnues comme les parents dès la naissance de l'enfant, sans recourir à l'adoption de l'enfant du conjoint, dispositif en réalité prévu dans le droit pour d'autres configurations. Comme le suggèrent certains magistrats rencontrés dans le cadre de ce programme de recherche, l'établissement de la filiation pourrait avoir lieu, comme cela a été proposé dans le rapport d'Irène Théry et Anne-Marie Leroyer (2014), par déclaration anticipée de filiation. Les enfants nés du recours à un don de gamètes auraient ainsi deux parents de même sexe dès leur naissance.

- Mieux distinguer origines et filiation

Compte tenu des confusions à ce sujet de la part des magistrats avec lesquels nous nous sommes entretenus, mais aussi chez un certain nombre de familles, il nous paraît nécessaire

de mener un véritable débat sur la manière de distinguer la conception biologique (avec toute la polysémie du mot) et la filiation, lien institué par le droit. Pour le dire autrement, il n'est pas toujours très clair dans l'esprit de tous qu'il ne suffit pas d'avoir cédé une partie de sa capacité génésique dans le but de concevoir un enfant pour en être un parent, ni qu'un donneur de sperme dont on connaîtrait l'identité n'est pas nécessairement un père potentiel.

En France, contrairement au Québec qui prévoit d'établir la double filiation maternelle y compris lorsque le don de sperme a eu lieu par relation sexuelle (le donneur a toutefois un an pour faire reconnaître sa paternité), les couples de femmes qui ont recours à un donneur connu, notamment parce qu'elles souhaitent que l'enfant puisse connaître ses origines, courent le risque que ce dernier établisse un lien de filiation paternelle. Pour elles, origines et paternité sont bien distinctes mais certaines de celles qui choisissent le don anonyme médicalisé et qui excluent même le don semi-anonyme, le font parce qu'elles craignent que le géniteur puisse devenir un père. Les avis des couples de femmes concernant l'accès aux origines ne sont pas plus unanimes que dans le reste de la société. La réflexion sur l'accès aux origines ne pourra s'apaiser qu'en cessant de confondre la filiation, instituée par le droit, et les origines.

Qu'il s'agisse de dons de gamètes ou de GPA, nos représentations rendent difficile d'envisager l'existence simultanée de parents qui n'ont pas procréé et de tiers, qu'on peut appeler tiers de procréation ou donneurs d'engendrement, qui contribuent à la naissance d'un enfant sans être parents eux-mêmes. Distinguer un géniteur d'un père conduit à une réflexion sur l'anonymat des dons de gamètes, car pour faire cette distinction il n'est pas nécessaire de passer par l'effacement pur et simple des géniteurs. Distinguer une femme porteuse d'une mère, outre un débat sur la possibilité d'encadrer légalement la GPA de manière à ce qu'elle soit la plus éthique possible, débouche sur le questionnement du rôle de l'accouchement pour établir la maternité et, par conséquent, de l'adage *mater certa semper est* (« la mère est toujours certaine »).

La question de l'origine de l'enfant ne se pose bien évidemment pas seulement dans les familles homoparentales mais se pose aussi dans les situations où des couples hétérosexuels recourent à une procréation assistée avec don de gamètes. Mais aux yeux de certains magistrats rencontrés, elle a ceci de spécifique que la deuxième mère ne peut pas tout à fait se substituer au donneur de sperme. L'anonymat du donneur de sperme dans une famille hétéroparentale ne poserait pas le même problème puisque tout est organisé pour que le père passe pour être le géniteur. La différence de sexe retrouve ici son caractère irréductible. Ce faisant, certains de ces magistrats font état de représentations très communes, et non spécifiquement juridiques, qui tiennent à l'idéologie de la parenté dans les sociétés occidentales.

Il apparaît donc nécessaire de mener une réflexion approfondie sur la manière dont on peut rendre davantage évident le fait que participer à la conception d'un enfant ne fait pas de soi nécessairement ni automatiquement un parent. Mais aussi sur l'idée que peuvent coexister de manière concomitante et non exclusive aux côtés de l'enfant les parents qui le chérissent, le nourrissent, l'élèvent et en prennent soin (et qui sont reconnus comme les parents par l'état civil), dont l'un l'a aussi éventuellement procréé, et une personne qui aura permis sa venue au monde en participant à sa conception mais sans prendre part activement à son éducation.

- **Ouvrir l'adoption aux non-mariés**

Plusieurs femmes rencontrées ne se seraient pas mariées si le mariage ne leur ouvrait pas la possibilité de l'adoption de l'enfant de la conjointe. De leur côté, plusieurs juges ont critiqué l'obligation faite aux couples de devoir se marier pour pouvoir procéder à l'adoption. Ceux-ci suggèrent non seulement de détacher le mariage de l'adoption mais aussi d'ouvrir l'adoption

aux couples non mariés. Ce prérequis du mariage pour pouvoir adopter est un reliquat d'une époque où seul le mariage procurait aux enfants une filiation légitime. Or la notion de filiation légitime a disparu du code civil depuis juillet 2005 et il n'y a plus aucune différence juridique entre les enfants nés hors mariage ou dans le mariage. De plus les statistiques nationales montrent qu'en France le mariage n'est plus la condition nécessaire pour devenir parent, puisque près de 60% des naissances en 2016 avaient eu lieu hors mariage. De la même façon que le Québec l'a fait, supprimer la condition du mariage, serait cohérente avec le droit de la famille et toutes les dispositions antérieures qui ont délié le mariage de la filiation.

- Réduire les délais d'obtention de la nationalité française pour les enfants nés d'une GPA et ayant un parent français

Le droit positif garantit la transmission de la nationalité française aux enfants nés de GPA et ayant au moins un parent français. La garde des sceaux de l'époque avait émis en janvier 2013 une circulaire visant à faciliter cette transmission dans l'ensemble de ces cas. L'expérience des familles rencontrées démontre que les délais sont anormalement longs (parfois elles n'ont obtenu aucune réponse un an après leur demande d'un certificat de nationalité française) et qu'elles sont parfois conduites à faire des recours. Il faut améliorer l'effectivité de cette règle.

- Transcrire la filiation des parents d'un enfant né de GPA

La situation actuelle qui ne garantit pas l'établissement, à l'état civil français, de la filiation d'un enfant né de GPA à l'étranger et qui dispose d'un acte de naissance établi selon les règles en vigueur dans ce pays n'est pas satisfaisante. D'abord, elle n'est pas cohérente avec la manière dont la famille vit au quotidien. Bien sûr, les membres du foyer se perçoivent les uns relativement aux autres comme des parents et des enfants et se comportent comme tels. C'est ce qu'on appelle la dimension quotidienne de la parenté (Weber, 2013) ou encore ce qu'on appelle dans le travail social la parentalité. Mais surtout il existe deux autres raisons qui font que l'absence d'établissement de la filiation est très discutable. La première touche à la manière dont les institutions traitent ces familles : l'administration fiscale, la caisse d'allocations familiales, la sécurité sociale, les services médicaux et hospitaliers, la crèche, l'école considèrent les membres du foyer comme des enfants et des parents. La seconde concerne la façon dont l'ensemble de la famille élargie et surtout les propres parents des parents « intentionnels » perçoivent les acteurs du foyer. Dans la plupart des cas ils considèrent les membres du couple comme les parents et les enfants comme leurs petits-enfants. Mais aujourd'hui, outre que les enfants ne sont pas, dans de très nombreux cas, considérés comme les héritiers directs de leurs deux parents, ils ne sont pas non plus les héritiers de leurs grands-parents.

Au terme de la recherche que nous avons menée, il nous apparaît nécessaire de garantir la filiation avec les deux parents « intentionnels » d'un enfant né d'une GPA à l'étranger dès lors que l'acte de naissance produit a été légalement établi dans le pays de naissance de l'enfant. L'enfant entrerait alors véritablement du point de vue de l'état civil français dans chacune des lignées de ses propres parents et y acquerrait les droits et les devoirs afférents.

La précarité qui pesait sur le statut familial des enfants nés par GPA à l'étranger semble en passe d'être levée. La parenté fondée sur un lien biologique est désormais reconnue sans encombre. Quant à la parenté d'intention, elle restait jusqu'à très récemment incertaine : aucune procédure ne permettait d'en obtenir une reconnaissance directe, par le biais d'une transcription, et la reconstruction, par le canal de l'adoption, rencontrait des obstacles. Toutefois le droit positif vient d'être modifié à la suite de plusieurs pourvois introduits devant

la Cour de cassation, les uns portant sur le refus par certains juges de la Cour d'appel de Rennes de transcrire la mention du parent d'intention, un autre ayant été introduit dans l'affaire de la Cour d'appel de Dijon qui avait refusé la voie de l'adoption. La Cour s'est prononcée dans plusieurs arrêts en date du 5 juillet 2017 : elle laisse fermée la voie de la reconnaissance directe du parent d'intention, époux ou épouse du père légal (et biologique), mais elle affirme que l'adoption intra-conjugale permettra ultérieurement de reconstruire un lien entre celui-ci, et son enfant.

- Mener un débat éclairé en France sur l'encadrement de la GPA

La vigueur du débat public qui, au moment de l'élaboration en France de la loi du 17 mai 2013, s'est élargi à la GPA, a marqué profondément les familles mais aussi un certain nombre de juges que nous avons rencontrés et a conduit à beaucoup de confusion.

En France, le cadre réglementaire n'a pas été modifié depuis 1994 alors même que les pratiques de GPA transfrontières n'ont cessé de convoquer les juges français et de mettre à dure épreuve la résistance de l'interdiction française. Le cadre juridique actuel mène à des confusions, les juges l'ont souvent répété dans les entretiens et l'analyse du droit présentée dans ce rapport en montre des illustrations. Tant sur le plan du droit privé que sur le plan du droit pénal, l'efficacité des règles peut être questionnée.

Certains juges vont alors encore plus loin et considèrent que le législateur national n'a plus d'autre issue que de changer les textes qui mettent aujourd'hui les juges en difficulté.

« Moi je pense que ça va conduire le législateur à reprendre les articles 16...ceux qui disent que c'est contraire à l'ordre public [...] ça reste quand même issu d'un mode de procréation qui est dit contraire à notre ordre public...donc est-ce qu'on doit faire complètement fi du code civil ? Si notre code civil est contraire à la convention européenne des droits de l'homme, [c'est] à notre législateur d'en tirer les conséquences et de réécrire, peut-être en n'autorisant pas de manière totalement libre, mais en rendant notre droit interne conforme à la convention européenne. » (Juge du siège, TGI n°1)

Nous pensons qu'il doit être organisé en France un débat sur les contours de l'assistance médicale à la procréation. L'Organisation mondiale de la santé (Zegers-Hochschild *et alii*, 2009) et comme c'est le cas dans certains États, tels Israël (Teman, 2010) ou le Brésil⁴²⁰, considère la GPA comme une technique d'assistance à la procréation. La GPA n'est-elle pas une autre façon de faire un enfant, sur la base d'un don, un don d'une nature particulière et qui exige, au minimum, de faire l'objet d'un encadrement spécifique à ce titre ? C'est un débat en cours aujourd'hui au Québec. Même si cette évolution ne fait pas unanimité, l'interdiction de la GPA au nom de l'ordre public est de plus en plus remise en question. Ce repli de l'ordre public en ce qui concerne la GPA est palpable en France, quoique beaucoup plus lent.

- Participer à une convention internationale qui régulerait la GPA

Une autre réflexion s'impose : n'est-il pas nécessaire que la France participe activement à une concertation internationale relative à la GPA ? Certains juges l'ont présenté comme la seule solution. La conférence de La Haye a initié une réflexion internationale sur l'encadrement de

⁴²⁰ Résolution CFM n° 1.358/1992. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm (site consulté le 30 juin 2017). Nous remercions Flávio Tarnovski qui nous a signalé ce document.

la GPA qui avance lentement⁴²¹ ; la nature de la contribution de la France reste relativement méconnue. Nous croyons qu'il est nécessaire que la contribution française s'appuie sur un débat éclairé au sein de la société française, qu'elle soit plus volontaire et transparente.

Il sera indispensable, dans le cadre de cette discussion, de définir, malgré la difficulté que cela représente, les conditions nécessaires pour garantir qu'une GPA soit éthique. L'éthique est en effet un souci permanent chez les couples de parents que nous avons rencontrés et qui tous ont dit avoir fondé préalablement leur projet sur une réflexion éthique approfondie. Il était important pour eux de mener une GPA dans un pays où non seulement ils seraient sûrs du consentement libre et éclairé de la femme qui porterait l'enfant mais où aussi ils auraient la possibilité d'établir une relation avec elle. Ces deux questions animent également les juges interviewés (tant français que québécois d'ailleurs), lesquels ont aussi manifesté leur profonde préoccupation à propos du risque de commercialisation et de monétarisation des ventres des femmes. Cette question est double. D'une part, il s'agit de déterminer si le fait de porter un enfant pour autrui nécessite ou non une compensation, y compris financière. Le Conseil fédéral de médecine brésilien impose que la femme porteuse soit dans la parenté et qu'elle ne reçoive aucune rétribution. Dans les provinces canadiennes autorisant la GPA, la femme porteuse ne peut qu'être indemnisée pour les frais occasionnés par la grossesse. D'autre part, certains pays ont autorisé la GPA commerciale avec des intermédiaires rémunérés, souvent très substantiellement ; il s'agit donc de déterminer si la GPA peut être organisée par des intermédiaires commerciaux. Il est nécessaire de discuter ce qui est ou non acceptable pour chacune des parties.

- - Pour conclure

Voilà bien humblement le fruit de nos réflexions. Jacques Commaille a dit : « que l'enfant soit né d'une procréation naturelle, d'une procréation médicalement assistée ou qu'il soit adopté, sa filiation reste essentiellement sociale. L'enseignement majeur est donc la nécessité de fixer des règles, mais des règles assurant des liens sociaux pacifiés »⁴²². S'inspirant de cette vision du droit dans le contexte des transformations contemporaines de la famille, nous espérons vivement que le travail réalisé dans ce rapport pourra alimenter la réflexion des juges, des avocats et des familles et qu'il saura aussi éclairer le débat sur la PMA et la GPA, peut-être à la faveur d'une prochaine loi famille ou à l'occasion de la future révision des lois de bioéthique, d'une façon constructive.

⁴²¹ A ce jour on rappellera que la question n'est pas tranchée de savoir si la future convention devra couvrir l'ensemble des problèmes liés à la reconnaissance de la parenté légale en droit international privé ou bien seulement ceux concernant la filiation à la suite d'une gestation pour autrui transfrontalière.

⁴²² Cette affirmation est tirée d'une préface du livre suivant : B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, 2014, Bruxelles, Bruylant, à la p. 20. Voir également J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?* (coll. Folio essais), 2015, Paris, Gallimard.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- Agacinski, Sylviane. 2009. *Corps en miettes*, Paris, Flammarion.
- Almeling, Rene. 2011. *Sex cells: the medical market for eggs and sperm*, Berkeley and Los Angeles, California, University of California Press.
- Badinter, Elisabeth. 1980. *L'amour en plus : Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe)*, Paris, Flammarion.
- Baudouin, Jean-Louis et Labrusse-Riou, Catherine. 1987. *Produire l'homme de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, Presses Universitaires de France, 288 p.
- Brunet, Laurence. 2013. (dir.). *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Legal and Parliamentary Affairs, May 2013, 378 p.
- Busnel, Marie-Claire, Frydman, René, Szejer, Myriam et Winter, Jean-Pierre. 2010. *Abandon sur ordonnance. Manifeste contre la légalisation des mères porteuses*, Montrouge, Bayard.
- Cadiet, L. et Jeuland, E. 2016. *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 950 p.
- Cadoret, Anne. 2002. *Des parents comme les autres. homosexualité et parenté*, Paris, Odile Jacob.
- Chetcuti, Natacha. 2010. *Se dire lesbienne*, Paris, Payot.
- Combes, Danièle et Devreux, Anne-Marie. 1991. *Construire sa parenté. Reconnaissance, légitimation, dénomination des enfants*, Paris, CSU-IRESCO.
- Commaille, Jacques, 2015, *À quoi nous sert le droit ?* (coll. Folio essais), Paris, Gallimard.
- Commaille, Jacques. 2014. « Préface » dans B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Brauner (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant.
- Coulmont, Baptiste. 2014. *Sociologie des prénoms*, Paris, La Découverte, coll. « Repères ».
- Courduriès, Jérôme et Fine, Agnès (dir.). 2014. *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin.
- Delaisi de Parseval, Geneviève. 2008. *Famille à tout prix*, Seuil, Paris.
- Descoutures, Virginie. 2010. *Les mères lesbiennes*. Paris, PUF/Le Monde.
- Fabre-Magnan, Muriel. 2013. *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard.
- Fine, Agnès et Ouellette, Françoise-Romaine (dir.). 2005. *Le Nom dans les sociétés occidentales contemporaines*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail.
- Franklin, Sarah. 1997. *Embodied Progress: A Cultural Account of Reproduction*, London, Routledge
- Goody, Esther. 1982. *Parenthood and Social Reproduction. Fostering and Occupational Roles in West Africa*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gratton, Emmanuel. 2008. *L'homoparentalité au masculin. Le désir d'enfant contre l'ordre social*, Paris, PUF.

- Gross, Martine. 2012. *Choisir la paternité gay*. Ramonville Saint Agne, Eres
- Hervey T. et McHale, J. 2004 *Health law and the European Union*, Cambridge University Press.
- Iacob, Marcela. 2004. *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard.
- Kermalvezen, Arthur. en collaboration avec de Dinechin. 2008. *Né de spermatozoïde inconnu...*, Paris, Presses de la Renaissance.
- Kermalvezen Arthur. 2014. *Mes origines : une affaire d'Etat*, Paris, Max Milo.
- Landheer-Cieslak, Christelle et Langevin, Louise (dir.). 2015. *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité*. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury, Montréal, Éditions Yvon Blais.
- Lévy-Dutel, L. (ed). 2015. *Le grand livre de la Fertilité*, Eyrolles.
- Markens, Susan. 2007. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, Berkeley and Los Angeles, California, University of California Press.
- Mathieu, G. *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.
- Mehl, Dominique. 2008. *Enfants du don, Procréation médicalement assistée : parents et enfants témoignent*, Paris, Laffont.
- Mehl, Dominique. 1999. *Naître ? La controverse bioéthique*, Paris, Bayard éditions.
- Moore, Benoît (dir.). 2016. *Code civil du Québec. Annotations – Commentaires 2016-2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais.
- Pande, Amrita. 2014. *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. New York, Columbia University Press.
- Perouas, Louis, Barriere, Bernadette, Boutier, Jean, Peyronnet, Jean-Claude, Tricard, Jean et le groupe Rencontre des historiens du Limousin. 1984. *Léonard, Marie, Jean et les autres : les prénoms en Limousin depuis un millénaire*, Paris, Éditions du CNRS.
- Pineau, J. et Pratte, Marie. 2006. *La famille*, Montréal, Éditions Thémis.
- Porqueres i Gené, Enric. 2015. *Individu, personne et parenté en Europe*, Paris, Editions de la FMSH.
- Porqueres i Gené, Enric (dir.). 2009. *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales.
- Roy, Alain. 2006. *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, coll : « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur.
- Schamps, Géraldine et Sosson, J.ehanne. 2013. *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruxelles, Bruylant.
- Schneider, David. 1968. *American Kinship: A Cultural Account*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- Strathern, Marilyn. 1992. *After Nature: English Kinship in the Late Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Strathern, Marilyn. 1988. *The gender of the gift. Problems with women and problems with society*, Berkeley, University of California Press.
- Tabet, Paola. 1998. *La construction sociale de l'inégalité des sexes : des outils et des corps*, Paris, L'Harmattan « Bibliothèque du féminisme ».

- Tarnovski, Flávio. 2010. *Être père et homosexuel dans la France contemporaine*. (Doctorat en Anthropologie Sociale Thèse de doctorat en Anthropologie sociale), Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Toulouse.
- Teman, Elly. 2010. *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press.
- Terré, François et Fenouillet, Dominique. 2012. *Droit civil, Les personnes*, Paris, Dalloz.
- Tétrault, Michel. 2005. *Droit de la famille*, 3^e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais,.
- Théry, Irène et Leroyer, A.-M. 2014. *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob.
- Théry, Irène. 2010. *Des humains comme les autres*, Paris, Editions de l'EHESS, 2010.
- Trimming, K. et P. Beaumont. 2013. *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing.
- Weber, Florence. 2013. *Penser la parenté aujourd'hui. La force du quotidien*, Paris, Éditions Rue d'Ulm.

Articles

- Albert, Jean-Pierre. 2005. « La transmission des prénoms. Quelques enjeux d'une dérégulation », in Fine Agnès, Ouellette Françoise-Romaine (dir.), *Le Nom dans les sociétés occidentales contemporaines*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail : 122-137.
- André, C. *Droit pénal spécial*, L3 M1, 2015, Dalloz, n° 241.
- Autin, C. 2013. « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. Schamps et J. Sosson (dir.), Bruxelles, Bruylant : 9-21.
- Becker, G., A. Butler et R. D. Nachtigall. 2005. « Resemblance Talk: A Challenge for Parents Whose Children Were Conceived with Donor Gametes in the US », *Social Science & Medicine*, 61 (6) : 1300–1309.
- Beernaert, J.-E. et Massager, N. 2015. « La loi du 15 mai instaurant le régime de la comaternité : « Trois femmes, un homme et un couffin », *Actualités du Droit de la famille*, 2015/4, p. 76, n° 5.
- Bellivier, F. et Noiville, C. 2008. « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue de droit de contrats* 2008-2, p. 545.
- Berdeaux-Gacogne, Florent. 2014. « Adoption d'un enfant né par PMA : irrecevabilité de la saisine pour avis de la Cour de cassation ? », *AJ Famille* 2014. 431.
- Bidaud-Garon, Christine. et Fulchiron, Hugues. 2015. A propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 4.
- Bollée S, S., Leroyer, A.-M., Pataut, E. 2014. « L'État dans les chambres à coucher », *Le HuffPost*, 7 mars 2014.
- Bozon, Michel. 1987. « Histoire et sociologie d'un bien symbolique, le prénom », *Population*, 42 (1) : 83-98.
- Brunet, Laurence. 2000. « De la distinction entre « personne » et « chose » en droit civil : à propos du transfert *post mortem* d'embryon », in *La recherche sur l'embryon :*

- qualifications et enjeux*, Revue générale de droit médical, numéro spécial, 57.
- Brunet, Laurence. 2008. « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *Revue générale de droit médical*, n° 27, 155.
- Brunet, Laurence. 2011. « Procréations médicalement assistées et catégories « ethno-raciales : l'enjeu de la ressemblance », in G. Cancelier et S. Desmoulins (eds), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Paris, Société de législation comparée : 135-154.
- Brunet, Laurence. 2013. « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 908-914.
- Brunet, Laurence. 2015. « Les attermolements du droit français dans la reconnaissance des familles formées par des couples de femmes », *Enfances, Familles, Générations*, 23 :71-89.
- Brunet, Laurence. 2016. « Le principe de l'anonymat du don de gamètes en France : un pilier au socle d'argile ? », *Procréation, Médecine et don*, dir. P. Jouannet, Paris, Lavoisier édition : 99-117.
- Brunet, Laurence. 2017. « Une solution audacieuse mais pas si téméraire », note ss *CA Rennes*, 6^och, sect. A, 12 décembre 2016, *Dt fam.* 2017, étude 3.
- Bureau, Marie-France. 2015. « Filiation et origines : questionnement et hypothèses sur le rôle du droit », dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité*. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 75.
- Bureau, Marie-France et Guilhermont, Édith 2011. « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », *Revue Droit & Santé McGill*, vol. 4, n°2 : 45-76.
- Busby, K. 2013. « Of Surrogate Mother Born : Parentage Determinations in Canada and Elsewhere », 25 *Can. J. Women & L.* 284.
- Cadoret, Anne. 2007. « L'apport des familles homoparentales dans le débat actuel sur la construction de la parenté », *L'Homme*, (183) : 55-76.
- Camby, C. 2009. « Anonymat et fondement des lois de bioéthique » in Paley-Vincent et Jouannet (dir.) *L'embryon, le fœtus, l'enfant*, Editions Eska, p. 274-275.
- Catto, Marie-Xavière. 2013. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts », *La revue des droits de l'homme*, 3, En ligne : <https://revdh.revues.org/201#tocto3n1>.
- Charton, Laurence et Lemieux, Denise. 2015. « Quand les parents choisissent noms et prénoms : pratiques et rites de nomination au Québec du XXI^e siècle. », *Recherches familiales*, 12 (1) :113-124.
- Chapleau, B. 2015. « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui. Difficultés d'application dans l'espace », *Dalloz*,1775.
- Chenedé, François. 2014. Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, *Dalloz*, 1797.
- Chénéde, François, Fulchiron Hugues et Bidaud-Garon, Christine. 2013. « A propos de la situation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz*. 2349
- Connolly, Barbara. 2013. « Fertility Tourism – Complete Solution or an International Crisis? », 6th World Congress on Family Law and children's Rights, Sidney.

- Côté, Isabel. 2014. « Du père au géniteur en passant par le tiers intéressé : Représentations du rôle joué par le donneur de sperme connu dans les familles lesboparentales », *Enfances, Familles, Générations*, (21) : 70-95.
- Côté, Isabel, de Montigny, Francine, Lavoie, Kevin. 2015. « 'J'ai aidé deux femmes à fonder leur famille' : le don de gamètes entre particuliers en contexte québécois », *Enfances, familles, générations*, (23) : 127-147.
- Courduriès, Jérôme. 2016. « Ce que fabrique la gestation pour autrui. Les relations entre la femme porteuse, l'enfant et ses parents », *Journal des Anthropologues*, (144-145) : 53-76.
- Courduriès, Jérôme. 2017. « Nommer son enfant dans les couples de même sexe. », *Clio, Femmes, Genre, Histoire*, (44), Dossier « Le nom des femmes » : 151-169.
- Courduriès, Jérôme. 2017. « La lignée et la nation. Etat civil, nationalité et gestation pour autrui », *Genèses*, (108), Dossier « La reproduction nationale » (à paraître en septembre 2017).
- D.-Castelli, Mireille. 2015. « L'évolution des fondements du droit de la filiation : dichotomie entre valorisation croissante du lien biologique et prééminence de la volonté » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité*. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury, Montréal, Éditions Yvon Blais : 107.
- Déchaux, Jean-Hugues. 2014. « Une autre manière de fabriquer de la parenté? », *Enfances Familles Générations*, (21) : 150-175.
- Demaret, M. et Langenaken, E. 2015. « La loi portant établissement de la filiation de la coparente : bien dire et laisser faire », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2015/3.
- Depadt-Sebag, Valérie. 2004. De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui, *Revue générale de droit médical* : 135-155.
- Dereze, M.-N. et Willems, G. 2008. « La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008/2.
- Dereze, L. 2013. « L'accès à la gestation pour autrui », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant :293-323.
- Descoutures, Virginie. 2015. « Le nom des femmes et sa transmission », *Mouvements*, 2 (82) : 43-48.
- Desplanques, Guy. 1986. « Les enfants de Michel et Martine Dupont s'appellent Nicolas et Céline », *Economie et statistique*, (184) : 63-83.
- Driguez, L. et Michel, V. 2011. « La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : progrès pour la santé ou pour le marché ? », *Europe*, n° 10, octobre, étude 9.
- Edwards, Jeanette. 2004. « Incorporating Incest: Gamete, Body and Relation in Assisted Conception », *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 10 (4) : 755-774.
- Edwards, Jeanette. 2009. « La vie sociale du sang et des gènes », in Enric Porqueres i Gené (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales : 303-326.
- Fabre-Magnan, Muriel. 2013. « Le refus de la transcription », *Dalloz*, 2384-2386.
- Fabre-Magnan, M. 2015. « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Dalloz*,

- Frison-Roche, M. 2016. « Sophistique juridique et GPA », *Dalloz*, 85
- Fine, Agnès. 2001. « Pluriparentalités et système de filiation dans les sociétés occidentales » in Didier Le Gall et Yamina Bettahar (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, Presses universitaires de France : 69-93.
- Fine, Agnès. 1991. « Des parents « en plus » », in G.R.I.E.F. (Groupe de Recherches Interdisciplinaire d'Etude des Femmes), *Se reproduire, est-ce bien naturel ?*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail : 29-46
- Fine, Agnès. 1987, « L'héritage du nom de baptême », *Annales ESC*, (4), p. 853-877.
- Fine, Agnès et Martial, Agnès. 2010. « Vers une naturalisation de la filiation? », *Genèses*, (78) : 121-134.
- Fortier, Corine. 2009. « Quand la ressemblance fait la parenté », in Enric Porqueres i Gené (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales : 251-274.
- Fouque, Antoinette. 2009. « Les enjeux de la gestation pour autrui », *Le Débat*, 157 (nov-déc 2009) : 145-157.
- Frison-Roche, Marie-Anne. 2014. L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution, *Dalloz*, 2184-2187.
- Frison-Roche, M. 2016. « Sophistique juridique et GPA », *Dalloz*, 85.
- Fulchiron, Hugues. 2014. La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, *Journal du droit international*, avril-mai-juin 2014 (2), 563-588.
- Fulchiron, Hugues. 2014. « *Fraus omnia corrumpit ?* A propos de la filiation des enfants nés par insémination avec don de sperme dans un couple de femmes », *Dalloz*, 1162
- Fulchiron, Hugues. 2016. « Une nouvelle lecture a minima des arrêts Labassée et Mennesson », *Dr famille*, étude 9.
- Fulchiron, Hugues et Bidaud-Garon, Christine. 2013. « A propos de la situation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz*, 2349.
- Fulchiron, Hugues et Bidaud-Garon, Christine. 2014. « L'enfant de la fraude », *Dalloz*, 905.
- Fulrichon, Hugues et C. Bidaud-Garon, Christine. 2015. « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité française validée », *Dalloz* 2015. 357.
- Genicot, G. 2013 « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle. Plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in G. Schamps et J. Sosson (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* Bruxelles, Bruylant : 155.
- Giroux, Michelle. 2010. « Filiation de l'enfant né d'une procréation assistée », dans *JurisClasseur Québec –Coll. « Droit civil », Personnes et famille (N° 1)*, fascicule 30, Montréal, LexisNexis Canada (mis à jour annuellement).
- Giroux, Michelle. 2011. Le recours à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant, *Revue du Barreau*, 70, 509-544.
- Giroux, Michelle et De Lorenzi, Mariana. 2011. "Putting the child first: A necessary step in the recognition of the right to identity in Canadian Law", 27 (1) *Canadian Journal Family Law* 53-94.

- Giroux, M. et Milne, C. 2017. "The right to know one's origins, the *SCC Reference* and *Pratten v AGBC*: a call for provincial legislative action", dans Trudo Lemmens, Andrew F. Martin, Ian B. Lee, and Cheryl Milne, eds., *Regulating Creation. The Law, Ethics and Policy of Assisted Human Reproduction*. Toronto, University of Toronto Press.
- Gobert, Michelle. 1992. Réflexions sur les sources du droit et les "principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution), *Revue trimestrielle de droit civil*, 91(3), 489-528.
- Golombok, S., F. Maccallum, C. Murray, E. Lycett et V. Jadvá. 2006. Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2 (English), *Journal of child psychology and psychiatry and allied disciplines (Print)*, 47(2) : 213-222.
- Goubau, Dominique. 2014. « Biomédecine et droit de la filiation au Canada : entre audace et retenue », dans B. Feuillet-Liger et M.-C. Crespo-Brauner (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant.
- Gross, Martine. 2008. « Deux mamans ou deux parents. Évolution de la désignation des liens dans les familles lesboparentales », in Didier Le Gall (dir.), *Identités et genres de vie. Chroniques d'une autre France*, Paris, L'Harmattan : 199-216.
- Gross, Martine. 2006. « Désir d'enfant chez les gays et les lesbiennes », *Terrain*, (46) : 151-164.
- Gross, Martine. 2013. « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in Irène Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Edition de l'EHESS : 103-114.
- Gross, Martine. 2014. « Les tiers de procréation dans les familles homoparentales », *Recherches familiales*, (11) : 19-30.
- Gross, Martine. 2014. « Dénouer la filiation de la procréation » in Neirinck C. et M. Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, Paris, La documentation française, 115-190.
- Gross, Martine, et Mehl, Dominique. 2011. « Homopaternalité et GPA. » *Enfances, Familles, Générations*, (14) : 95-112.
- Gross, Martine, Courduriès, Jérôme, et de Federico, Ainhoa. 2014. « Morphologie des familles homoparentales en France en 2012 », in Agnès Fine & Jérôme Courduriès (dir.), *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin : 205-212.
- Gross, Martine, Courduriès, Jérôme, et de Federico, Ainhoa. 2014. « Le recours à l'AMP dans les familles homoparentales : état des lieux. Résultats d'une enquête menée en 2012 », *Socio-logos*, (9). En ligne : <http://socio-logos.revues.org/2870>
- Guérin, M.-C. 2016. « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes ? » *Dt fam*, étude n° 18.
- Hammons, S. A. 2008. Assisted Reproductive Technologies: Changing Conceptions of Motherhood? *Affilia, Journal of Women and Social Work*, 23(3), 270-280.
- Harnland, Alexandre. 2013. « Recognising Children born as a result of international surrogacy arrangements », 6th World Congress on Family Law and children's Rights, Sidney.
- Hauser, Jean. 2014. L'externalisation de la fabrique des enfants, *Libres propos, JCP*, 1004.
- Hauser, Jean, Bellivier Florence et Noiville, Christine. 2008. « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue de droit de contrats* 2008-2, 545
- Henaghan, Mark. 2013. « International surrogacy trends : how family law is coping », 6th World Congress on Family Law and children's Rights, Sidney, 2013.

- Hayden, C. P. 1995. « Gender Genetics and Generation: Reformulating Biology in Lesbian Kinship », *Cultural Anthropology*, 10 (1) : 41-63
- Hennette-Vauchez, Stéphanie. 2009. L'émergence d'un droit communautaire de la bioéthique, *RTD europ.* 21.
- Henrion, Roger et Bergoignan-Esper, Claudine. 2009. La gestation pour autrui: Rapport 09-05, *Bulletin de L'Académie nationale de médecine*, 193(3), 583-618. (2), 451-486.
- Herbrand, Cathy. 2012. « La filiation à l'épreuve de la présomption de « paternité » pour les couples de même sexe : questionnements et perspectives à partir du cas belge », *Droit et société*, 3 (82) : 689-712.
- Héritier, Françoise. 2002. « La transmission du nom revisitée », *Travail, genre et sociétés*, 1 (7) : 175-179.
- Iacob, Marcela. 1997. « La construction juridique de la nature dans la reproduction hors-nature : les fécondations artificielles dans les lois bioéthiques », in F. Ronsin, H. Le Bras, E. Zucker-Rouvillos (dir.), *Démographie et politique*, Éditions universitaires, Dijon : 161-173.
- Jeauffrau, Marie-Françoise. 2005, « Le nom marital dans la société française contemporaine », in Agnès Fine & Françoise-Romaine Ouellette (dir.), *Le Nom dans les sociétés occidentales contemporaines*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail : 213-234.
- Klapisch-Zuber, Christiane. 1980. « « Le nom refait ». La transmission des prénoms à Florence (XIV^e-XVI^e siècle) », *L'Homme*, 20 (4), 77-104.
- Lance, Delphine. 2017. « Mettre à distance la maternité. La gestation pour autrui en Ukraine et aux Etats-Unis », *Ethnologie Française*, (3) : 409-420.
- Langevin, Louise. 2015. « La Cour d'appel du Québec et la maternité de substitution dans la décision Adoption – 1445 ; quelques lumières sur les zones d'ombres et les conséquences d'une solution la moins insatisfaisante », 49 *R.J.T.* 451.
- Lavallée, Carmen. 2012. « Homoparenté, parentalité et filiation en droit québécois : une égalité à géométrie variable », *R.I.D.C* 13-34.
- Lavallée, Carmen et Giroux, Michelle. 2013. « Le droit de l'enfant québécois à la connaissance de ses origines évalué à l'aune de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », 72 *R. du B.* 147.
- Lavallée, Carmen. 2010. Respect des droits de l'enfant, dans *JurisClasseur Québec – Coll. « Droit civil », Personnes et famille (N° 1), fascicule 3*, Montréal, LexisNexis Canada (mis à jour annuellement).
- Le Bars, Thierry. 2017. « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr famille*, dossier n°12.
- Leroyer, Anne-Marie. 2013. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, présent, futur, *Daloz*.1687.
- Leroyer, Anne-Marie. 2014. « L'enfant d'un couple de femmes », *Daloz*. 2031.
- Malaket, A. 2015. « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître? », 117 *R. du N.* 36, EYB2015RDN36.
- Marais, Astrid. 2015. Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? in Marais Astrid, *La procréation pour tous*, *Daloz*, 121-142.
- Mattei, Jean-François. 2011. « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », dans George

- David, Roger Henrion, Pierre Jouannet et Claudine Bergoignan-Esper (dir.), *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Paris, Lavoisier, 71-90
- Mehl, D., Bioéthique-Revue de presse, in *Les procréations médicalement assistées : vingt ans après*, colloque Gypsy III, éd. O. Jacob, 1998, 151.
- Merchant, Jennifer. 2013. « AMP et gestation pour autrui aux Etats-Unis, éléments d'analyse » dans Irène Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Editions de l'EHESS : 129-142.
- Mignot, Jean-François. 2015. « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Population et sociétés*, n°519.
- Mirkovic, Aude. 2014. « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », *Revue Lamy droit civil*, juillet-août, n° 117, p. 40-44.
- Mirkovic, Aude. 2013. Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 39, p. 985.
- Moore, Benoit. 2013. « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, *Dalloz*, 859-874.
- Morgan de Rivery-Guillaud, A.-M. 1992. La saisine pour avis de la Cour de cassation, *JCP* 1992. I. 1376.
- Mouly, Jean. 2014. « "La délocalisation procréative" : fraude à la loi ou habileté permise », *Dalloz*. 2419-2422.
- Murphy, Dean A. 2013. "The Desire for Parenthood: Gay Men Choosing to Become Parents Through Surrogacy", *Journal of Family Issues*, 34(8) : 1104-1124
- Nebeling Petersen, M. 2016. "Becoming Gay Fathers Through Transnational Commercial Surrogacy", *Journal of Family Issues*. First published 12 nov 2016
- Neirinck, Claire. 2015. « La filiation, une question juridique » dans Neirinck, C. et M. Gross, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?* Paris, La documentation française, 15-112.
- Nisand, Israel. 2010. Grossesse pour autrui : pour le cas par cas, *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, 38 (3), 226-229.
- Olivier de Sardan, Jean-Pierre. 1995. « La politique du terrain », *Enquête*, (1), mis en ligne le 10 juillet 2013, consulté le 23 juin 2017. URL : <http://enquete.revues.org/263>
- Pluym, L. 2014. « Juridisch statuut voor meemoeders – Commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *Tijdschrift voor Familierecht*, 2015/1.
- Ramirez-Galvez, Marta. 2014. « L'adoption d'enfants et le recours à la reproduction assistée : interconnexions et déplacements », *Enfances Familles Générations*, (21) : 96-117.
- Rault, Wilfried. 2017. « Garder l'usage de son nom et le transmettre. Pratiques de la loi française de 2002 sur le double nom », *Clio, Femmes, Genre, Histoire*, (44), Dossier « Le nom des femmes » : 129-149.
- Reigné, Philippe. « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *Dalloz* 2014. 1669-1670.
- Rodríguez Prieto, F. 2014. "El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional", *El Notario del s. XXI*, nov./dec., 26-29.
- Rozée, Virginie & Unisa, Sayeed. 2016. « Surrogacy as a growing practice and a controversial reality in India: exploring new issues for further researches », *Journal of*

- Womens Health Issues & Care*, 4 (6) : 1-7. En ligne : https://www.researchgate.net/profile/Virginie_Rozee/publication/292139259_Surrogacy_as_a_Growing_Practice_and_a_Controversial_Reality_in_India_Exploring_New_Issues_for_Further_Researches/links/56eae14208aec6b500165f8d.pdf
- Rudrappa, Sharmila & Collins, Caitlyn. 2015. « Altruistic Agencies and Compassionate Consumers : Moral Framing of Transnational Surrogacy », *Gender & Society*, 9 (6) : 937-959.
- Roux, Sébastien. 2015. « La circulation internationale des enfants », in Philippe Steiner et Marie Trepeusch (dir.), *Les marchés contestés. Quand le marché rencontre la morale*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi : 29-61.
- Savard, Anne-Marie. 2015. « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié ? », dans C. Landheer-Cieslak et L. Langevin (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 589-620.
- Sangoï, Jean-Claude. 1985. « Transmission d'un bien symbolique : le prénom », *Terrain*, (4) : 70-76.
- Schamps, G. et Derese, M.-N. 2008. « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in *Procréation assistée et anonymat – Panorama international*, B. Feuillet (dir.), Bruxelles, Bruylant : 125-152.
- Schneider, David. 1968. *American Kinship: A Cultural Account*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- Scott, Elizabeth. 2008. "Surrogacy and the Politics of Commodification", *Journal of Law and Contemporary Problems*, 186 (8), <https://ssrn.com/abstract=1282330>
- Seghers, G. et Swennen, F. 2014. « Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vastelling van de afstamming van de meemoeder », *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht/Revue générale de droit civil*, 2014.
- olombok, Susan. 2014. « Family Relationships in Gay Father Families with Young Children in Belgium, Spain and the UK », in T. Freeman, S. Graham, F. Ebtihah et M. Richards (dir.), *Relatedness in Assisted Reproduction: Families, Origins, Identities*, Cambridge, Cambridge University Press : 192-211.
- Sosson, Jehanne. 2014. « Filiation, origines, parentalités », in *Filiation et parentalité*, Bruxelles, Bruylant, n° 18, 28.
- Sosson, Jehanne. 2014. « Femme porteuses mariées : danger ? » Civ. Dinant (1^{re} ch.), 6 février 2014, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2014/3.
- Sosson, Jehanne et Mathieu, Géraldine. 2013. « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? Quels liens avec la femme porteuse ? », in G. Schamps et J. Sosson (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant : 375-409.
- Sosson, Jehanne et Mary, J. 2010 « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? ». ; Civil Bruxelles (référés), 6 avril 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010/4.
- Tarnovski, Flávio. 2012. « Les coparentalités entre gays et lesbiennes en France : le point de vue des pères », *Vibrant*, 8 (2) : 140-163.
- En ligne : http://www.vibrant.org.br/downloads/v8n2_tarnovski.pdf.
- Théry, Irène. 2013. « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme

- de civilisation ? », *Droit de la famille*, Dossier, Étude 17.
- Théry, Irène. 2008. « Pour une anthropologie comparative de la distinction de sexe », in Irène Théry & Pascale Bonnemère (dir.), *Ce que le genre fait aux personnes*, *Enquête*, n°7, Paris, Editions de l'EHESS : 15-43.
- Thouvenin, Dominique. 1995. Les lois du 1er juillet 1994 et du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique, *Actualité législative Dalloz* 1995, p. 149.
- Valetas, Marie-France, 2001. « Le nom des femmes mariées dans l'Union européenne », *Population et Sociétés*, 367.
- Vasseur-Bovar, Caroline. 2017. « Quand le nom marital ne va plus de soi : naissance d'une réflexivité », *Clio, Femmes, Genre, Histoire*, (44), Dossier « Le nom des femmes » : 185-198.
- Verschelden, G. et Pluym, L. 2013. « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in G. Schamps et J. Sosson (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant : 201.
- Vernier, Bernard. 1980. « La Circulation des biens, de la main-d'oeuvre et des prénoms à Karpathos : du bon usage des parents et de la parenté », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, (31) : 63-87.
- Zegers-Hoschild, F., Adamson, G. D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., Sullivan, E., Vandepoel, S. (on behalf of ICMART and WHO). 2009. « The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology », *Human Reproduction*, 24 (11) : 2683-2687.
- Zonabend, Françoise. 1979. « Jeux de noms. Les noms de personnes à Minot (en Châtillonais) », *Études rurales*, (74) : 51-85. En ligne : https://www.researchgate.net/profile/Virginie_Rozee/publication/292139259_Surrogacy_as_a_Growing_Practice_and_a_Controversial_Reality_in_India_Exploring_New_Issues_for_Further_Researches/links/56eae14208aec6b500165f8d.pdf.

Autres

- Académie nationale de médecine. 2014. *La Gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe*, En ligne : <http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2014/05/27.5.14-HENRION-info-site.pdf>.
- Assemblée nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2012-2013, compte rendu intégral, séance du 18 avril 2013 (http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130222.asp#P4703_0264).
- Badinter, Elisabeth, Irène Théry, Geneviève Delaisi, Maurice Godelier, Martine Gross, Syvie et Dominique Menneson, Israel Nisand, Serge Portelli, Hervé Lancelin et Alexandre Urwicz. 2012, *Mariage pour tous : la gestation pour autrui ne doit pas être le bouc émissaire*, *Le Monde*, 19 décembre 2012. En ligne : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/12/19/mariage-pour-tous-la-gestation-pour-autrui-ne-doit-pas-etre-le-bouc-emissaire_1808271_3232.html.
- Barreau du Québec. 1988. « Rapport du Comité sur les nouvelles technologies de la reproduction », 48 (suppl.) R. du B.
- Borrillo, Daniel. 2016. *La GPA, une liberté fondamentale*, *Libération*, 22 décembre 2016, http://www.liberation.fr/debats/2016/12/22/la-gpa-une-liberte-fondamentale_1536967

- Bühler, Nolwenn. 2016. Faire la parenté. Naturalisation stratégique et division de la maternité dans le recours transfrontalier au don d'ovocytes, Présentation au colloque international « Gestation pour autrui: dialogue entre le droit et les sciences sociales », Lausanne, Suisse.
- Claeys, A. (prés.) et Leonetti, J. (rapp). 2010. Rapport d'information fait au nom de la mission *d'information sur la révision des lois de bioéthique*, Ass. nat, doc. n° 2235.
- Collège des médecins du Québec. 2015. *Les activités de procréation médicalement assistée, démarche clinique et thérapeutique* (Guide d'exercice). En ligne : <http://www.cmq.org/publications-pdf/p-1-2015-11-18-fr-activites-de-procreation-medicalement-assistee.pdf>.
- Comité consultatif sur le droit de la famille. 2015. *Rapport, Pour un droit de la famille adaptée aux nouvelles réalités conjugales et familiales*. En ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/droit_fam7juin2015.pdf.
- Commissaire à la sante et au bien-être. 2014. *Avis détaillé sur les activités de procréation assistée*. En ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/CSBE_PA_detaille_2014.pdf.
- Commissaire à la sante et au bien-être. 2014. *Synthèse sur les activités de procréation assistée au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2014, 73 pages.
- Commission de l'éthique en science et en technologie. 2009. *Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryon, la gestation pour autrui et diagnostic préimplantatoire*, Gouvernement du Québec, Québec.
- Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. 1993. *Un virage à prendre en douceur. Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, Ottawa, Ministère des Services gouvernementaux Canada.
- Conférence de La Haye de droit international privé.
- (2014). Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, Doc. pré. No 3 C.
 - (2014). Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution, Doc. pré. No 3 B.
 - (2016). Note d'information pour la réunion du groupe d'experts relatif au projet Filiation/Maternité de substitution.
 - (2016) Rapport de la réunion de février 2016 du du groupe d'experts relatif au projet Filiation/Maternité de substitution, Doc. pré. No 3.
 - (2017) Rapport du groupe d'experts sur le projet filiation/maternité de substitution.
- Conseil d'Etat. 2009. *La révision des lois de bioéthique*, Paris, La documentation française. En ligne : http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique_ok.pdf.
- Conseil du statut de la femme, 2016. *Avis, Mères porteuse : réflexions sur des enjeux actuels*, Québec.
- Conseil Fédéral de Médecine. 1992. Résolution n° 1.358/1992, Brésil. http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm (site consulté le 30 juin 2017).
- Détraigne, Y. et Tasca, C. (rapp.) Commission des lois du Sénat, sur l'assistance médicale à la

- procréation et la gestation pour autrui, n° 409, 17 février 2016.
- Empirical research on Surrogacy : A comparison respecting how judges, lawyers, and families consider the question in France and in Quebec, *Surrogacy in Canada- Critical Perspectives in Law and Policy*, 17-18 mai 2017, Ottawa, Canada.
- Etat généraux de la recherche sur le Droit et la Justice, *Vers un droit à l'enfant?*, 30 janvier-2 février 2017, Paris.
- Groupe de recherche en droit et politiques de la santé. 2013. Bourassa-Forcier, Mélanie et Savard, Anne-Marie, *Programme québécois de procréation assistée perspective de droit comparé et de droits de la personne* (projet de rapport présenté au Commissaire à la santé et au bien-être). En ligne : http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/2014/Procreation_assistee/Rapport_Bourassa_Savard.pdf.
- Groupe de travail Filiation, origines, parentalité (I. THERY, prés., rapp), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé. Ministère délégué chargé de la famille, 2014, 347 pages.
- Gross, Martine, Giroux, Michelle et Brunet, Laurence « Analyse comparée franco-québécoise du droit applicable aux couples de parents de même sexe à la lumière de données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec », Colloque de l'Association internationale des démographes de langue française 21-24 juin 2016, Strasbourg (À paraître dans M. C. Sousa Gomes et Sanderson, J.-P. (dir.) *Droit et politiques des familles* (titre provisoire).
- Gross, Martine, Courduries, Jérôme et Brunet, Laurence. 2016. Congrès de l'Association internationale des sociologues de langue française « Les magistrats français face aux demandes d'adoption intraconjugale des couples de femmes », 4-8 juillet 2016, Montréal.
- Langevin, Louise. 2015. *Maternité de substitution : exploitation ou négociation ?*, Présentation au 7e Congrès international des recherches féministes dans la francophonie, Université du Québec à Montréal, Québec.
- Ministère des finances du Québec. 2015. *Modification à la liste des frais admissibles à une aide fiscale pour le traitement de l'infertilité et à la suite de la sanction du projet de loi n° 20* (Bulletin d'information n°2015-6), Gouvernement du Québec. En ligne : http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/bulletins/fr/BULFR_2015-6-f-b.pdf.
- OPECST. 2008. La loi bioéthique de demain. Rapport de MM. Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte. En ligne : <http://www.senat.fr/rap/r08-107-1/r08-107-1-syn.pdf>.
- Sénat. 2008. Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Rapport d'information n°421 (2007-2008). En ligne : <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>.
- Sénat. Demande d'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, document 6-98/1, session 2014-2015, 3 décembre 2014. En ligne : <http://www.senate.be>
- Sénat. 2011. Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution déposée par M. Temmerman et G. Swennen, *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire 2010-2011, n° 5-929.
- Sénat. 2010. Proposition de loi relatives aux mères porteuses déposée par Ch. Defraigne, *Documents parlementaires*, Sénat, session extraordinaire 2010, n° 5-160.
- Sénat. 2014. Proposition de loi portant établissement de la filiation du co-parent, Rapport fait

au nom de la Commission de la Justice par M. Anciaux, *Documents parlementaires*, Sénat, session ordinaire, document 5-2445/3, session 2013-2014. En ligne : sur <http://www.senate.be>.

Sénat. 2015. Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité, document 6-98/2, session 2014-2015, 3 décembre 2014. En ligne : <http://www.senate.be>.

Sénat. 2016. Rapport d'information, Commission des lois, Assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui, Y. Détraigne et C. Tasca (rapp.), n° 409, 17 février 2016.

Sicard, Didier. 2003. *Introduction*, et Lazar, Philippe. *Jusqu'où l'éthique peut-elle être institutionnalisée ?* Travaux du Comité Consultatif National d'Éthique, 20e anniversaire, 2003, PUF, Quadrige, p. 2 et 957.

ANNEXE 1 : GUIDES D'ENTRETIEN

1. Guides d'entretien avec les familles en France

17 familles rencontrées de deux mères ayant eu recours à une PMA à l'étranger (pour 15 d'entre elles) ou à un donneur connu (2 familles) et qui ont déposé une requête en adoption plénière de l'enfant de la conjointe.

Avertissement : le guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le seront pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont ici présentés. Nous utilisons une méthode semi-directive qui essaie de privilégier une parole la plus spontanée possible de l'enquêté. Il s'agit de considérer les familles comme des acteurs parmi les autres des dossiers, de susciter de leur part des récits à dimension biographique. Nous entendons bien sûr recueillir des informations sur leur expérience de la procédure juridique ou administrative. Mais il s'agira de resituer cette expérience dans celle plus large de leur parcours de procréation. C'est dans cet esprit que doit être construit le guide d'entretien.

1.1 Guide d'entretien avec les familles composées par deux mères ayant sollicité une adoption de l'enfant de la conjointe

Familles rencontrées : 17 familles composées par deux mères ayant sollicité une adoption de l'enfant de la conjointe.

Racontez-nous l'histoire de votre famille :

- *Emergence du désir d'enfant (quand ? quelle occasion ? Vœu du couple, d'une seule ?) Choix de la modalité (pourquoi ? discussions au sein du couple ? etc.)*
- *Récit du parcours de l'AMP (choix du pays ? positions quant aux dispositions législatives en France et dans le pays – anonymat, etc. ? conditions matérielles ? récit de l'expérience en détail)*
- *Récit du recours à un donneur connu (pourquoi ? qui ? discussions préalables ? comment sur le plan technique ? discussions au sein du couple sur le recours au donneur ? place du donneur dans la vie du couple et de l'enfant ?)*
- *Comment s'est fait le choix de celle qui a porté l'enfant ?*
- *Éventuellement, si achat de sperme : où, banque privée ? directement via internet ? quel profil choisi ? Quels choix offerts et à quel prix ? cout total ?*
- *Point de vue de l'entourage familial et amical ? (Connaissance et accueil du projet ? accueil de l'enfant ? qui compose l'entourage de l'enfant ?)*
- *Voulez-vous d'autres enfants ?*

Rôle, fonction de la femme qui n'a pas porté l'enfant ?

- *Se considèrent-elles comme deux mères, deux mamans, autrement ?*
- *Comment l'enfant s'adresse-t-il à elles ? En avaient-elles décidé ainsi ? Cela a-t-il changé ?*
- *Comment autour d'elles, les qualifie-t-on ? Comment elles-mêmes se qualifient-elles ?*
- *Ont-elles des rôles distincts auprès de l'enfant ? Qui fait quoi ?*
- *Qui a déclaré la naissance ? figure-t-elle sur l'acte en tant que personne déclarante ?*
- *Avaient-elles prévu de demander un partage de l'autorité parentale ou de recourir à*

l'adoption dite de l'enfant du conjoint après s'être mariées ? Si non, à quel moment l'idée leur est-elle venue ?

- *Y a-t-il eu établissement d'un acte notarié établissant un lien entre l'enfant et la mère qui n'a pas porté - exemple : testament (quand ? facilité de trouver un notaire qui établisse l'acte ? type d'acte ? modalités, contenu ?)*

Récit de son histoire à l'enfant

- *Que lui racontent-elles (que prévoient-elles de raconter) au sujet de sa conception ? Parlent-elles de l'homme qui a permis sa conception ? Dans quels termes ? Fait-il partie du paysage (rencontres, photos, documents divers –en particulier dans les cas de recours à un donneur connu)*
- *Qu'aimeraient-elles dire du donneur dans les cas d'AMP à l'étranger ? Que peuvent-elles en dire ?*

Parcours de l'adoption

- *Partageaient-elles déjà l'autorité parentale ? Dans quelles conditions cela s'était-il passé ? (l'idée, là, est que l'expérience éventuelle de cette première procédure peut avoir un impact sur leur manière d'appréhender la procédure d'adoption) Avaient-elles eu des questions sur le mode de conception de l'enfant ? L'avaient-elles mentionné spontanément ?*
- *Se sont-elles mariées exprès pour l'adoption ? Y avait-il d'autres raisons ?*
- *Comment la procédure s'est-elle déroulée ? (y a-t-il eu des enquêtes ? comment se sont-elles passées ? qu'avez-vous ressenti ?)*
- *Quels arguments elles-mêmes ou leur avocat ont-elles mobilisé ?*
- *Ont-elles parlé d'elles-mêmes du mode de conception ? Si oui et si non Pourquoi ?*
- *Combien d'attestations fournies ? de la part de qui ? grands-parents, oncles, tantes, amis, voisins, employeurs, collègues de travail, instituteurs ...cela leur a-t-il paru contraignant ? Ont-elles le sentiment que le dossier doit être plus motivé que pour une adoption "classique" (de l'enfant du conjoint) ?*
- *Combien de temps cela a-t-il duré ?*
- *Y a-t-il eu une audience ?*
- *Quelle a été la décision ? A-t-elle été rendue rapidement ? en première instance (laquelle –pour interviewer si besoin le magistrat-) ? en cour d'appel ? en cour de cassation ?*
- *Ont-elles été surprises ?*
- *Se sont-elles adressées à un avocat pour les représenter ? Si oui, qui ? (on voudrait l'interviewer) ? coûts ?*
- *Frais ? (obligation du consentement à l'adoption et certificat de non-rétractation devant notaire => c'est payant)*
- *Adoption plénière ? adoption simple ?*
- *Comment la décision a-t-elle été accueillie par les proches ? Ont-elles fait une fête pour célébrer l'adoption ?*

Données socio-démographiques

- *Âge des deux femmes*
- *Professions et activité (tps plein, partiel, congé parental etc.)*
- *Niveau d'études et/ou du diplôme le plus élevé*

- Niveau de revenus de chacune (précisément)
- D'autres enfants ?
- Propriétaires de leur logement (une seule ou à deux)
- Ont-elles déjà été adhérentes à une association homo ? Le sont-elles aujourd'hui ?
- Comment ont-elles eu vent de notre enquête ?

1.2 Guide d'entretien avec les familles fondées grâce à une GPA

Familles rencontrées :

- 6 familles composées par un ou deux parent.s (deux pères ou un père et une mère) ayant eu recours à une GPA à l'étranger et sollicitant une transcription de l'acte de naissance à l'état civil français ou demandant un certificat de nationalité française pour leur enfant.
- 12 familles ayant eu recours à une GPA à l'étranger mais ayant décidé pour l'heure de ne pas solliciter une transcription, ni un certificat de nationalité.

Rappel de la procédure en France

- Demande de transcription au consulat français, qui la transmet au service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères de Nantes ou demande directe au service central de Nantes.
- Le parquet de Nantes, qui est l'autorité de contrôle en la matière, peut s'opposer à une telle transcription. Il peut aussi demander l'annulation des éventuelles reconnaissances souscrites (en France ou au consulat français)
- Ce refus de transcription peut être contesté devant les juges (du 1er et du 2nd degré), et jusque devant la Cour de cassation.

Parallèlement, ou même exclusivement, on peut introduire une demande de certificat de nationalité française (CNF) sur le fondement de la circulaire Taubira validée par le Conseil d'état (CE) le 12.12. 2014.

Attention : en principe l'obtention d'un CNF ne vaut reconnaissance de la filiation établie par les actes de naissance étrangers (le CE l'a souligné). Mais plusieurs cas ont été rapportés où le CNF a finalement conduit à la transcription des actes de naissance (Voir notamment journal Libération du 28.11.2014). C'est au cas par cas. C'est une zone grise sur laquelle il peut justement être intéressant de poser des questions

Racontez-nous l'histoire de votre famille :

- *Emergence du désir d'enfant (quand ? quelle occasion ? Vœu du couple, d'un seul ?) Choix de la modalité (pourquoi ? Discussions au sein du couple ? etc.)*
- *Comment s'est fait le choix de celui qui allait donner son sperme ?*
- *Récit du parcours de GPA (choix du pays ? positions quant aux dispositions législatives en France et dans le pays – filiation, état civil à l'étranger etc. ? conditions matérielles ? récit de l'expérience en détail)*
- *Recours à donneuse d'ovocytes et gestatrice (pourquoi ? qui ? discussions préalables ? conditions du choix de ces femmes ? discussions au sein du couple sur*

tout cela ? place de la donneuse d'ovocyte et de la gestatrice dans la vie du couple et de l'enfant ?)

- *Côuts ?*
- *Point de vue de l'entourage familial et amical ? (connaissance et accueil du projet ? accueil de l'enfant ? qui compose l'entourage de l'enfant ?)*
- *Dans les situations des couples hétéros, cela a-t-il été difficile pour la mère de ne pas pouvoir porter son enfant, et éventuellement de ne pas pouvoir le procréer ?*
- *Dans les cas où la GPA s'est déroulée dans un pays qui ne délivre pas la nationalité à l'enfant né sur son sol, y a-t-il eu des obstacles au retour en France des parents avec leur enfant ? Comment y avez-vous remédié ? Comment avez-vous obtenu des documents de voyage pour revenir en France ? Avez-vous dû saisir la justice ?*
- *Voulez-vous d'autres enfants ?*
- *(Pour les GPA qui se sont déroulées dans des Etats où un seul l'un des deux hommes est reconnu père) : aviez-vous anticipé les différences de démarches entre celui qui est déclaré sur les documents d'Etat civil et celui qui ne l'est pas ?*

Récit de son histoire à l'enfant

- *Que lui racontent-ils (que prévoient-ils de raconter) au sujet de sa conception ? Parlent-ils des femmes qui ont permis sa conception ? Dans quels termes ? Fait-elle ou font-elles partie du paysage (rencontres, photos, documents divers)*
- *Qu'aimeraient-ils dire, que disent-ils de la donneuse d'ovocyte éventuellement sollicitée ? Que peuvent-ils en dire ?*
- *Sont-ils toujours en contact avec la gestatrice ? Veulent-ils maintenir ces contacts ? Pourquoi ?*

Rôle, fonction de l'homme qui n'est pas le géniteur de l'enfant ?

- *Se considèrent-ils comme deux pères, deux papas, autrement ?*
- *Comment l'enfant s'adresse-t-il à eux ? En avaient-ils décidé ainsi ? Cela a-t-il changé ?*
- *Comment autour d'eux, les qualifie-t-on ? Comment eux-mêmes se qualifient-ils ?*
- *Ont-ils des rôles distincts auprès de l'enfant ? Qui fait quoi ?*

Demande de transcription / d'un certificat de nationalité

- *Avaient-ils imaginé que tout cela serait difficile une fois l'enfant né ?*
- *Quelles démarches avez-vous accompli ? Pourquoi avoir fait ces démarches ? Qu'aviez-vous en tête ? En aviez-vous besoin ?*
- *L'obtention du certificat de nationalité a-t-elle été difficile ? Quels documents ont-ils été requis ? la procédure avait-elle été introduite (après la publication de la circulaire Taubira et) avant la décision du CE du 12.12.14 ? Etait-elle bloquée ?*
- *Pour les familles demandant un certificat de nationalité, ont-elles essayé de demander la transcription de l'acte de naissance ? Pourquoi ?*
- *Comment la procédure s'est-elle déroulée ? (y a-t-il eu des enquêtes ? comment se sont-elles passées ? qu'avez-vous ressenti ?)*
- *En cas de refus de transcription de la part du procureur et de recours en justice quels arguments les familles ou leur avocat ont-ils mobilisés ?*
- *Combien de temps cela a-t-il duré ?*
- *Quelle a été la décision ? A-t-elle été rendue rapidement ? en première instance (laquelle –pour interviewer si besoin le magistrat) ? en d'appel ? en cassation ?*
- *A quel moment y a t il eu chez les autorités suspicion de GPA ?*
- *A quel avocat se sont-ils adressés pour les représenter ? Si oui, qui ? (on voudrait l'interviewer)*

- *Comment la décision a-t-elle été accueillie par les proches ?*
- *(Avant d'avoir la transcription, ou pour ceux qui ne l'ont pas eue) Rencontrez-vous parfois des difficultés (à l'école, sur le plan administratif, sécurité sociale, allocations etc.)*

En leur état actuel les dispositions légales en matière de GPA ou de PMA vous paraissent-elles satisfaisantes, ou non ?

Si non, que manque-t-il ?

Des choses vous paraissent-elles devoir changer *(si nécessaire, évoquer la question de l'anonymat du don, de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ou aux femmes célibataires, l'engagement du père à ne pas contester sa paternité, l'encadrement de la GPA...)*

Données sociodémographiques

- Âge des deux parents
- Professions et activité (tps plein, partiel, congé parental etc.)
- Niveau d'études et/ou du diplôme le plus élevé
- Niveau de revenus de chacun (précisément)
- D'autres enfants ?
- Propriétaires de leur logement (un seul ou à deux)
- Ont-ils déjà été adhérents d'une association de parents ayant eu recours à l'AMP ou à la GPA ? Le sont-ils aujourd'hui ?
- Comment ont-ils eu vent de notre enquête ?

1.3 Guide d'entretien avec les familles françaises ou binationales au Québec

Familles rencontrées : 8 familles composées de deux mères ayant eu recours à une PMA qui ont choisi de vivre au Québec entre autres à cause de la législation plus favorable à l'homoparentalité.

Racontez-nous l'histoire de votre famille :

- *Emergence du désir d'enfant (quand ? quelle occasion ? Vœu du couple, d'une seule ?) Choix de la modalité (pourquoi ? Discussions au sein du couple ? etc.)*
- *Le recours à l'AMP a-t-elle eu lieu au Québec ? ou lorsqu'elles vivaient encore en France ?*
- *Si elles vivaient encore en France : Récit du parcours de l'AMP (choix du pays ? positions quant aux dispositions législatives en France et dans le pays – anonymat, etc. ? conditions matérielles ? récit de l'expérience en détail)*
- *Récit du recours à un donneur connu (pourquoi ? qui ? discussions préalables ? comment sur le plan technique ? discussions au sein du couple sur le recours au donneur ? place du donneur dans la vie du couple et de l'enfant ?)*
- *Éventuellement, si achat de sperme : où, banque privée ? directement via internet ? quel profil choisi ? Quels choix offerts et à quel prix ? cout total ?*
- *Comment ont-elles décidé qui des deux porterait l'enfant ?*
- *Point de vue de l'entourage familial et amical ? (connaissance et accueil du projet ? accueil de l'enfant ? qui compose l'entourage de l'enfant ?)*
- *Voulez-vous d'autres enfants ?*
- *A quel moment est intervenue la décision de quitter la France pour s'installer au Québec ?*

- *Pour quelles raisons avez-vous choisi de vous installer au Québec ?*
- *Avez-vous l'intention de revenir en France ?*
- *Comment la décision d'émigrer a-t-elle été accueillie par vos proches ?*

Rôle, fonction de la femme qui n'a pas porté l'enfant ?

Note= Au Québec, si la procréation est médicalement assistée, les noms des deux mères figurent sur l'acte de naissance :

- *Se considèrent-elles comme deux mères, deux mamans, autrement ?*
- *Comment l'enfant s'adresse-t-il à elles ? En avaient-elles décidé ainsi ? Cela a-t-il changé ?*
- *Comment autour d'elles, les qualifie-t-on ? Comment elles-mêmes se qualifient-elles ?*
- *Ont-elles des rôles distincts auprès de l'enfant ? Qui fait quoi ?*
- *Si enfant né en France : Qui a déclaré la naissance ? figure-t-elle sur l'acte en tant que personne déclarante ?*
- *Si enfant né en France : Avaient-elles prévu de demander un partage de l'autorité parentale ?*
- *Si enfant né au Québec : êtes-vous toutes les deux mentionnées sur l'acte de naissance de l'enfant ? sinon, pourquoi ?*
- *Si vous n'êtes pas mentionnées toutes les deux sur l'acte de naissance de l'enfant, avez-vous l'intention de recourir à l'adoption de l'enfant de la conjointe ?*
- *Le fait d'avoir un acte de naissance mentionnant vos deux noms sur l'acte de naissance de l'enfant est-il important pour vous ? Pourquoi ?*
- *Comment le fait que votre enfant porte vos deux noms a-t-il été accueilli par vos proches s'ils le savent ?*
- *Si vous avez l'intention de revenir en France, avez-vous l'intention de tenter d'obtenir la reconnaissance de l'acte de naissance avec vos deux noms ?*

Récit de son histoire à l'enfant

- *Que lui racontent-elles (que prévoient-elles de raconter) au sujet de sa conception ? Parlent-elles de l'homme qui a permis sa conception ? Dans quels termes ? Fait-il partie du paysage (rencontres, photos, documents divers –en particulier dans les cas de recours à un donneur connu ?)*
- *Qu'aimeraient-elles dire du donneur dans les cas d'AMP? Que peuvent-elles en dire ?*

Données socio-démographiques

- *Âge des deux femmes*
- *Professions et activité (tps plein, partiel, congé parental etc.)*
- *Niveau d'études et/ou du diplôme le plus élevé*
- *Niveau de revenus de chacune (précisément)*
- *D'autres enfants ?*
- *Propriétaires de leur logement (une seule ou à deux)*
- *Ont-elles déjà été adhérentes à une asso homo ? Le sont-elles aujourd'hui ?*
- *Comment ont-elles eu vent de notre enquête ?*

2. Guide d'entretien avec les magistrats en France

Avertissement : le guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le seront pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont ici présentés. Nous utilisons une méthode semi-directive qui essaie de privilégier une parole la plus spontanée possible de l'enquêté. Il s'agit de considérer les magistrats comme des enquêtés parmi les autres, un des acteurs de ces affaires avec des compétences particulières. C'est dans cet esprit que doit être construite le guide d'entretien.

2.1 Guide d'entretien avec les juges du siège (TGI ou cour d'appel)

Juges rencontrés dans 9 juridictions différentes et 1 juge de cour d'appel.

Depuis combien de temps ils sont dans cette fonction ? Quel est en quelques mots leur parcours professionnel ?

Combien d'affaires traitées du type qui nous intéresse ?

Quel type d'affaires ?

- adoption de l'enfant de la conjointe
- état civil des enfants nés de GPA (dans ce cas, quand ont ils traité la première ?) (TGI Nantes, Cour d'Appel Rennes)

Y a-t-il des affaires dont vous vous souvenez particulièrement ? Si oui, pouvez nous en présenter une ?

Vous souvenez-vous des arguments des requérants, et de ceux du ministère public ?

Y a-t-il des arguments auxquels vous avez été particulièrement sensible ? Lesquels ?

Des arguments vous ont-ils paru fallacieux, sans fondement, sans intérêt ? Lesquels ?

Qu'est-ce qui a emporté votre décision ?

Avez-vous douté ? Votre conviction s'est-elle forgée rapidement ?

Vous êtes-vous interrogé par la suite sur la décision prise ?

Pensez-vous qu'aujourd'hui vous statueriez de la même manière (*pour mémoire en particulier depuis l'arrêt de la CEDH sur la GPA – pour cour d'appel Rennes et TGI Nantes - et les avis de la Cour de Cassation sur la PMA*)

Demandez-vous dans ce genre d'affaires une enquête complémentaire pour vous aider à prendre une décision ? Est-ce systématique ? Cela vous a-t-il aidé ? En quoi cela vous paraît-il utile ou nécessaire ? Lorsque vous sollicitez une telle enquête, que cherchez-vous à savoir ?

Un certain nombre de juristes considèrent que, en l'état du droit, le recours à l'adoption dans le cadre par exemple de couples de femmes ayant eu recours à une AMP à l'étranger constitue, *stricto sensu*, un détournement de l'institution ou même une fraude à la loi française (violation des conditions d'accès à l'AMP). Quel est votre point de vue ?

La sécurité juridique de l'enfant vis à vis de la personne qui, dans ces situations, l'élève mais n'est pas son parent légal vous paraît-elle assurée par l'adoption de l'enfant du conjoint ?

Quels arguments juridiques peuvent être soulevés et aboutir de votre part, à un refus de l'adoption de l'enfant du conjoint ?

Dans quelle mesure le critère de l'intérêt de l'enfant peut-il fonder votre décision et selon vous, quel est l'intérêt de l'enfant dans ce type d'affaires ?

S'il s'agit d'un couple de femmes, un certain nombre d'observateurs, ont le souci de préserver la possibilité pour un père éventuel de se manifester. Qu'en pensez-vous ?

En leur état actuel les dispositions légales en matière de GPA (si TGI de Nantes ou Cours d'Appel de Rennes) ou de PMA vous paraissent-elles satisfaisantes, ou non ?

Si non, que manque-t-il ?

Si vous êtes parfois en difficulté pour statuer, est-ce dû à des manques dans la loi ? Si oui lesquels selon vous ?

En tant que magistrat, la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe vous paraît-elle régler convenablement les situations qui ont pu se présenter à vous ?

Des choses vous paraissent-elles devoir changer (*si nécessaire, évoquer la question de l'anonymat du don, de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ou aux femmes célibataires, l'engagement du père à ne pas contester sa paternité, l'encadrement de la GPA...*)

Ces questions agitent l'opinion publique et les médias depuis plusieurs années. Avez-vous un point de vue général sur la situation des couples qui ont eu recours à des techniques de reproduction assistée à l'étranger et qui attendent ensuite que l'état civil ou le juge reconnaissent leur situation familiale ? (*Dans la discussion avec le juge, distinguer GPA et PMA*)

Selon certains commentateurs la filiation serait passée d'un modèle biologique à un modèle de filiation davantage fondé sur la volonté avec l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe. Est-ce le cas selon vous ?

Ici, pour terminer l'entretien, l'idée serait d'essayer de recueillir le point de vue du magistrat sur ce qui fait la famille, la filiation. Il s'agit de son point de vue personnel, fondé sur son expérience professionnelle. Ce sera bien précisé au cours de l'entretien.

Dans le code civil, il existe plusieurs manières d'établir la filiation. Comment définissez-vous, de votre point de vue, la filiation ?

Eventuellement :

Que pensez-vous des autres formes familiales, pas forcément inédites mais plus importantes depuis les années 1980, telles que les familles recomposées par exemple ? Pensez-vous que les dispositions actuelles sont suffisantes pour ces familles ? Qu'il faudrait reconnaître d'une manière ou d'une autre le beau-parent ?

Fort de votre expérience, avez-vous un point de vue personnel sur ce qui fait famille, ce qui fonde la relation entre parent et enfant ?

Accepteriez-vous que nous soyons présents lors d'une prochaine audience si vous avez à nouveau à traiter une affaire de ce type ?

2.2 Guide d'entretien avec les procureurs ou les rapporteurs publics en France

5 procureurs rencontrés. Aucun rapporteur

Depuis combien de temps sont-ils dans cette fonction ? Quel est en quelques mots leur

parcours professionnel ?

Combien d'affaires traitées du type qui nous intéresse ?

Quel type d'affaires ?

- adoption de l'enfant de la conjointe
- état civil des enfants nés de GPA (dans ce cas, quand ont ils traité la première ?)

Y a-t-il des affaires dont vous vous souvenez particulièrement ? Si oui, pouvez nous en présenter une ?

Vous souvenez-vous des arguments des requérants, et des vôtres ?

Comment avez-vous construit votre réquisitoire ? Avez-vous des arguments que vous estimez incontestables ?

Parmi les arguments des requérants, certains vous ont-ils paru fallacieux, sans fondement, sans intérêt ? Lesquels ? Y en a-t-il auxquels vous avez été particulièrement sensible ?

Vous souvenez-vous de la décision rendue par le juge ?

Qu'est-ce qui selon vous a emporté sa décision ?

Vous est-il arrivé de ne pas être satisfait finalement de vos réquisitions ? Pourquoi ?

Pensez-vous qu'aujourd'hui vous argumenteriez de la même manière (*pour mémoire en particulier depuis l'arrêt de la CEDH sur la GPA et l'arrêt de la Cour de Cassation sur la PMA*) ?

En leur état actuel les dispositions légales en matière de GPA ou de PMA vous paraissent-elles satisfaisantes, ou non ?

Si non, que manque-t-il ?

Les manques éventuels dans la loi vous mettent-ils en difficulté pour statuer ou pour argumenter ?

Des choses vous paraissent-elles devoir changer (*si nécessaire, évoquer la question de l'anonymat du don, de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ou aux femmes célibataires, l'engagement du père à ne pas contester sa paternité, l'encadrement de la GPA...*)

Ces questions agitent l'opinion publique et les médias depuis deux ans. Avez-vous un point de vue général sur la situation des couples qui ont eu recours à des techniques de reproduction assistée à l'étranger et qui attendent ensuite que l'état civil ou le juge reconnaissent leur situation familiale ? (*Dans la discussion avec le procureur ou le rapporteur public, distinguer GPA et PMA*)

Fort de votre expérience, avez-vous un point de vue personnel sur ce qui fait famille, ce qui fonde la relation entre parent et enfant ?

Dans le code civil, il existe plusieurs manières d'établir la filiation. Comment définissez-vous, de votre point de vue, la filiation ?

Eventuellement :

Que pensez-vous des autres formes familiales, pas forcément inédites mais plus importantes depuis les années 1980, telles que les familles recomposées par exemple ?

Pensez-vous que les dispositions actuelles sont suffisantes pour ces familles ? Qu'il faudrait reconnaître d'une manière ou d'une autre le beau-parent ?

En tant que (procureur ou rapporteur public), que pensez-vous de la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe ?

Connaissez-vous les solutions juridiques pour lesquelles ont opté d'autres pays. (*Par exemple, citer l'exemple québécois qui reconnaît directement la filiation homoparentale*)

Certains juristes déplorent que l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe marque le passage de la filiation d'un modèle biologique à un modèle de filiation davantage fondé sur la volonté. Quel est votre point de vue sur cette question en tant que professionnel ?

Accepteriez-vous que nous soyons présents lors d'une prochaine audience si vous avez à nouveau à traiter une affaire de ce type ?

(*Pour les rapporteurs publics au tribunal administratif*) :

Sur quoi fondez-vous votre opinion lorsque vous êtes face à une affaire concernant l'état civil d'un enfant né d'une GPA à l'étranger ?

2.3 Guide d'entretien avec une conseillère de la Cour de cassation en France

Depuis combien de temps est-elle dans cette fonction ? Quel est en quelques mots son parcours professionnel ?

Combien d'affaires traitées du type qui nous intéresse, soit dans un TGI ou en cours d'appel, soit à la Cour de cassation ?

Quel type d'affaires ?

- adoption de l'enfant de la conjointe
- état civil des enfants nés de GPA (dans ce cas, quand ont-ils traité la première ?)

Y a-t-il des affaires dont vous vous souvenez particulièrement ? Si oui, pouvez nous en présenter une ?

Si TGI

Vous souvenez-vous des arguments des requérants, et de ceux du ministère public ?

Y a-t-il des arguments auxquels vous avez été particulièrement sensible ? Lesquels ?

Des arguments vous ont-ils paru fallacieux, sans fondement, sans intérêt ? Lesquels ?

Qu'est-ce qui a emporté votre décision ?

Avez-vous douté ? Votre conviction s'est-elle forgée rapidement ?

Vous êtes-vous interrogé par la suite sur la décision prise ?

Pensez-vous qu'aujourd'hui vous statueriez de la même manière (*pour mémoire en particulier depuis l'arrêt de la CEDH sur la GPA – pour cour d'appel Rennes et TGI Nantes - et les avis de la Cour de Cassation sur la PMA*)

Si Cour de cassation (avis septembre 2014 PMA)

- arguments mobilisés
- avez-vous été sensible aux débats politiques et parlementaires ? L'intensité et l'omniprésence des discussions et polémiques dans les media à propos de l'ouverture

de la PMA aux couples de femmes, ou à propos de le GPA sont-ils un problème lorsqu'on exerce vos fonctions ? Avez-vous éprouvé le besoin de vous isoler du bruit médiatique ?

- Avez-vous été sensible aux discussions parlementaires qui ont présidé à la rédaction définitive de la loi ouvrant le mariage ?
- Dans les débats comme dans le détail des affaires, les personnes invoquent une notion qu'il est difficile de définir, « l'intérêt de l'enfant » ; qu'en pensez-vous ? Comment définir selon vous l'intérêt de l'enfant ? etc.
- Enquêter sur le mode de conception de l'enfant constitue-t-il une atteinte à la vie privée ?
- Avez-vous raisonné par comparaison avec la GPA ? se rappeler que le communiqué de presse précisait que « le fait que les femmes qui ont eu recours à un donneur anonyme à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français » ?
- Pourquoi avoir précisé dans l'avis « donneur anonyme à l'étranger » ? Si ça avait été un donneur identifiable, est-ce que ça aurait changé quelque chose ?
- Est-ce que priver délibérément un enfant de père constitue une contrariété à l'ordre public ?
- Si vous n'aviez pas écarté la fraude, quelle conséquence cela aurait-il pu avoir non seulement sur l'adoption de 'enfant de la conjointe mais également sur l'établissement de la filiation maternelle ?
- Est-ce que le fait que la plupart des TGI ont prononcé l'adoption de l'enfant de la conjointe a-t-il compté ?
- Sans trahir le secret lié au détail des débats est-ce qu'il y a eu une discussion ? Quelle était la teneur des différents arguments ?
- Est-ce qu'il y a un suivi de l'avis rendu en septembre 2014 ?

Si vous étiez juge du fond, s'il y a eu recours à un homme connu mais qui dit ne pas vouloir reconnaître l'enfant, pourriez-vous prononcer l'adoption ?

S'il s'agit d'un couple de femmes, un certain nombre d'observateurs, ont le souci de préserver la possibilité pour un père éventuel de se manifester. Qu'en pensez-vous ?

Si on a le temps, on aborde la GPA :

A t-elle participé à l'élaboration des arrêts de juillet 2015 ?

Influence de la CEDH ?

Peut-elle nous recommander auprès du rapporteur Soulard ?

En leur état actuel les dispositions légales en matière de GPA (TGI Nantes et CA Rennes 28 septembre 2015 s'opposent : CA Rennes exige lien paternel bio prouvé et refus la transcription de la mère d'intention) ou de PMA vous paraissent-elles satisfaisantes, ou non ?

Si non, que manque-t-il ?

En tant que magistrat, la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe vous paraît-elle régler convenablement les situations qui ont pu se présenter à vous ?

Est-ce que l'adoption de l'enfant de la conjointe est la meilleure façon d'établir la filiation ?

Des choses vous paraissent-elles devoir changer (*si nécessaire, évoquer la question de l'anonymat du don, de l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes ou aux femmes célibataires, l'engagement du père à ne pas contester sa paternité, l'encadrement de la GPA...*)

Ici, pour terminer l'entretien, l'idée serait d'essayer de recueillir le point de vue du magistrat sur ce qui fait la famille, la filiation. Il s'agit de son point de vue personnel, fondé sur son

expérience professionnelle. Ce sera bien précisé au cours de l'entretien.

Dans le code civil, il existe plusieurs manières d'établir la filiation. Comment définissez-vous, de votre point de vue, la filiation ?

Eventuellement :

Que pensez-vous des autres formes familiales, pas forcément inédites mais plus importantes depuis les années 1980, telles que les familles recomposées par exemple ? Pensez-vous que les dispositions actuelles sont suffisantes pour ces familles ? Qu'il faudrait reconnaître d'une manière ou d'une autre le beau-parent ?

Selon certains commentateurs la filiation serait passée d'un modèle biologique à un modèle de filiation davantage fondé sur la volonté avec l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe. Est-ce le cas selon vous ?

Fort de votre expérience, avez-vous un point de vue personnel sur ce qui fait famille, ce qui fonde la relation entre parent et enfant ?

3. Guide d'entretien avec les avocats en France

6 avocats rencontrés qui ont eu à conseiller ou à plaider dans une affaire d'adoption de l'enfant de la conjointe lorsque l'enfant est né d'une PMA à l'étranger ou lorsqu'il est né de la contribution d'un donneur connu ou lorsque la conception de l'enfant n'est pas renseignée ou qui ont eu à conseiller ou à plaider dans une affaire concernant l'état civil d'enfants nés de GPA à l'étranger.

Avertissement : le guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le seront pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont ici présentés. Nous utilisons une méthode semi-directive qui essaie de privilégier une parole la plus spontanée possible de l'enquêté. Il s'agit de considérer les avocats comme des enquêtés parmi les autres, un des acteurs de ces affaires avec des compétences particulières. C'est dans cet esprit qu'est construit le guide d'entretien.

Combien d'affaires traitées du type qui nous intéresse ?

Quel type d'affaires ?

- adoption de l'enfant de la conjointe
- état civil des enfants nés de GPA (dans ce cas, quand ont ils traité la première ?)

Comment les client-es vous ont-ils choisi-e pour être leur avocat ? Le savez-vous ?

Pouvez-vous nous présenter une de ces affaires ?

Quels étaient vos arguments ?

Quels étaient ceux qui vous semblaient particulièrement pertinents ?

Quels étaient ceux du ministère public ?

Des arguments vous ont-il paru fallacieux, sans fondement, sans intérêt ? Lesquels ?

Quelle a été la décision rendue ?

Qu'est ce qui selon vous a emporté la décision du magistrat ?

Si cette décision était un refus, comment l'interprétez-vous ?

Avez-vous suggéré à vos client-es de faire appel ?

Ces questions agitent l'opinion publique et les médias depuis deux ans. Avez-vous un point de vue général, en tant que professionnel, sur la situation des couples qui ont eu recours à des techniques de reproduction assistée à l'étranger et qui attendent ensuite que l'état civil ou le juge reconnaissent leur situation familiale ? (*Dans la discussion avec l'avocat, distinguer GPA et PMA*)

En tant qu'avocat, la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe vous paraît-elle régler convenablement les situations qui ont pu se présenter à vous ?

Certains juristes déplorent que l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe marque le passage de la filiation d'un modèle biologique à un modèle de filiation davantage fondé sur la volonté. Est-ce le cas selon vous ?

Accepteriez-vous que nous soyons présents lors d'une prochaine audience (et si le tribunal était d'accord) si vous avez à nouveau à traiter une affaire de ce type ?

Ici, pour terminer l'entretien, l'idée serait d'essayer de recueillir le point de vue de l'avocat sur ce qui fait la famille, la filiation. Il s'agit de son point de vue personnel, fondé sur son expérience professionnelle. Ce sera bien précisé au cours de l'entretien.

Fort de votre expérience, avez-vous un point de vue personnel sur ce qui fait famille, ce qui fonde la relation entre parent et enfant ?

Dans le code civil, il existe plusieurs manières d'établir la filiation. Comment définissez-vous, de votre point de vue, la filiation ?

Eventuellement :

Que pensez-vous des autres formes familiales, pas forcément inédites mais plus importantes depuis les années 1980, telles que les familles recomposées par exemple ? Pensez-vous que les dispositions actuelles sont suffisantes pour ces familles ? Qu'il faudrait reconnaître d'une manière ou d'une autre le beau-parent ?

4. Guide d'entretien avec le Consulat de France au Québec

Avertissement : Ce guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le seront pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont ici présentés. Nous utilisons une méthode semi-directive qui essaie de privilégier une parole la plus spontanée possible de l'enquêtée. Afin de profiter au mieux de son expérience professionnelle au poste de consule générale et à celui de directrice adjointe des Français de l'étranger aux Ministère français des Affaires Étrangères, qu'elle occupait jusqu'en août 2016.

Vous avez pris les fonctions de consule générale de France à Québec récemment. A quelle date êtes-vous entrée en fonction ? Pouvez-vous indiquer en quelques mots le parcours professionnel qui vous y a amenée ?

Au besoin : Avez-vous une expérience en lien avec les questions qui nous intéressent dans notre projet de recherche ?

Nous avons rencontré des familles de Français installés au Québec, qui ont eu recours à des techniques de reproduction assistées sur le sol canadien et qui ont des enfants nés sur le sol québécois. Deux configurations : des couples gays ayant un enfant né d'une GPA mais surtout des couples de femmes ayant eu recours à une IAD.

Est-ce que vous connaissez de telles situations ?

Que devraient faire ces parents français selon vous au regard de l'état civil français pour leur enfant ?

Si besoin :

- *Comment la mère qui n'a pas porté l'enfant dans un couple lesbien peut-elle être reconnue comme mère elle aussi à l'état civil français ?*

De la même manière ;

- *Quelles démarches accomplir pour que leur enfant obtienne la nationalité française ?*

Certains des couples de femmes rencontrés ont alors renoncé, à demander la nationalité française de leur enfant, ou la transcription de l'acte de naissance québécois, plutôt que d'accepter de faire disparaître des documents d'état civil la mention de la mère qui n'a pas porté l'enfant.

Y a-t-il des instructions de la part du Ministère des affaires étrangères ou de la Direction des Affaires civiles et du Sceau ?

Est-ce que la personne du consul elle-même a une influence sur ces sujets ? Finalement, comment voyez-vous les choses ?

Est-ce qu'à votre connaissance les règles concernant l'établissement de l'état civil ou de la filiation au consulat ont évolué ? Si oui, pour quelles raisons selon vous ?

Selon la réponse de la consule :

Selon les informations que les familles ont recueillies auprès du Consulat de France, les démarches sont les suivantes :

Pour obtenir la nationalité française, il faudra fournir la transcription sur les registres français de l'état civil de l'acte de naissance de l'enfant. La mère qui n'a pas porté l'enfant doit renoncer à figurer en tant que mère sur l'acte de naissance de l'enfant qui sera transcrit sur les registres français de l'état civil. Seule sera mentionnée sur les documents officiels français l'identité de la mère qui a porté l'enfant.

- *Une fois mariée à la mère légale selon le droit français, la mère qui n'a pas porté l'enfant devra l'adopter pour être considérée comme le parent.*
- *Des familles se sont vu des refus de transcription d'actes de naissance d'enfants de couples de femmes françaises. Savez-vous sur quelles bases ces refus ont été formulés ?*

A la fin, selon le déroulement de l'entretien :

Par ailleurs, dans une des familles concernées, à qui la transcription complète de l'acte de naissance (avec mention des deux mères) avait été refusée, la conjointe de la mère de naissance a introduit une requête en adoption de l'enfant de son épouse. Or, un suivi de cette famille nous a appris que le TGI de Paris avait refusé de prononcer l'adoption de l'enfant de la conjointe car la filiation de l'enfant à l'égard de la requérante était déjà établie dans l'acte de naissance initial étranger.

Concernant l'établissement de la nationalité de ces enfants, comment les parents doivent-ils faire ?

Si besoin :

Est-il nécessaire (et pourquoi) de passer par la transcription de l'acte de naissance québécois ? Existe-t-il une réglementation sur cette question que le consulat aurait appliquée jusque-là ? Certes la circulaire dite "Taubira" du 25 janvier 2013, qui assure la délivrance d'un certificat de nationalité sur la seule présentation d'un acte de naissance étranger probant, est réservée aux cas de gestation pour autrui, mais existe-t-il une instruction pour les autres situations, subordonnant l'obtention d'un certificat de nationalité à la transcription de l'acte de naissance ?

Qu'en pensez-vous ?

5. Guide d'entretien avec les juges de la Cour au Québec

PRÉSENTATION DE LA RECHERCHE

Équipe de recherche	Professeures Michelle Giroux, Université d'Ottawa (droit civil) Jérôme Courduries (Université de Toulouse) Carmen Lavallée, Université de Sherbrooke (droit) Anne-Marie Piché, UQAM (travail social) Et al.
Lieu de la recherche	Montréal (en priorité); autres villes au besoin Des entretiens ont été conduits en France auprès des familles, des juges et des magistrats et à Montréal et à Québec auprès de familles
Objectifs	Comprendre et décrire l'adoption de l'enfant dans le cadre d'une convention de procréation ou de gestation pour autrui pour en saisir les spécificités
Méthodologie	Feuillet de présentation Formulaire de consentement

PRÉSENTATION DE L'INTERVIEWEUR(SE) Mandat, tâches

EXPLICATION DU DÉROULEMENT ET DE LA STRUCTURE DE L'ENTREVUE

1. Informations sur leur pratique professionnelle	Questionnaire
2. Expériences	Entrevue semi-dirigée

DIMENSIONS À EXPLORER

1. Circonstances et motifs de l'adoption par le parent d'intention lorsque l'enfant a été conçu par entente avec une mère porteuse
2. Identité et place de l'enfant dans sa famille (noms, parent d'origine, fratrie, famille élargie, etc.)
3. Prise en compte de l'intérêt de l'enfant
4. Confidentialité (adoption, dossiers)
5. Consentement des personnes impliquées
6. Processus juridique
7. Évolution des pratiques, des dossiers, du processus et de l'encadrement juridique, etc.)
8. Idées et autres mécanismes ou solutions possibles

QUESTIONS DE DÉMARRAGE / RELANCE

Pratique professionnelle reliée à l'adoption

Pouvez-vous me parler de votre expérience professionnelle avec les dossiers d'adoption intrafamiliale et d'adoption de l'enfant du conjoint ?

Racontez-moi votre perspective sur de tels dossiers, au cours de votre carrière.

Avez-vous en mémoire des cas particuliers ?

Évolution et rétrospective

Avez-vous noté des différences ou des changements, au cours de votre carrière, dans ce type de dossiers ?

Avez-vous des idées à partager sur d'autres mécanismes ou solutions possibles dans ce contexte ?

Circonstances et motifs

Que savez-vous des circonstances et des motifs habituels de telles adoptions ?

Comment définiriez-vous l'intérêt de l'enfant dans ce type de situation ?

Comment définiriez-vous la question des origines dans un tel contexte ?

Comment définiriez-vous les droits et obligations des parents dans ce type de situation ? Leur autorité parentale ?

Quelles sont d'après vous les principales difficultés d'interprétation quant aux différentes dispositions législatives ?

6. Guide d'entretien avec les avocats au Québec

Avertissement : le guide d'entretien est un document de travail qui liste pour mémoire une série de questions, de thèmes à aborder dans les entretiens mais qui ne le seront pas nécessairement ni dans l'ordre ni dans la forme où ils sont ici présentés. Nous utilisons une méthode semi-directive qui essaie de privilégier une parole la plus spontanée possible de l'enquêté. Il s'agit de considérer les avocats comme des enquêtés parmi les autres, un des acteurs de ces affaires avec des compétences particulières. C'est dans cet esprit qu'est construit le guide d'entretien.

Combien d'affaires traitées du type qui nous intéresse ?

Quel type d'affaires ?

- adoption de l'enfant du conjoint lorsque l'enfant est né de GPA
- contentieux comaternité et géniteur
- contentieux de la filiation par procréation assistée plus généralement

Comment les client-es vous ont-ils choisi-e pour être leur avocat ? Le savez-vous ?

Pouvez-vous nous présenter une de ces affaires ?

Quels étaient vos arguments ?

Quels étaient ceux qui vous semblaient particulièrement pertinents ?

Quels étaient ceux éventuellement de la partie adverse ?

Des arguments vous ont-il paru fallacieux, sans fondement, sans intérêt ? Lesquels ?

Quelle a été la décision rendue ?

Qu'est ce qui selon vous a emporté la décision du magistrat ?

Si cette décision était un refus, comment l'interprétez-vous ?

Avez-vous suggéré à vos client-es de faire appel ?

Ces questions agitent l'opinion publique et les médias depuis quelques années. Avez-vous un point de vue général, en tant que professionnel, sur la situation des couples qui ont eu recours à des techniques de GPA et qui attendent ensuite que le juge reconnaissent leur situation familiale ?

La jurisprudence au Québec semble se diviser en deux courants : l'un, au nom de l'ordre public refuse le recours à l'adoption et l'autre au contraire, l'accepte au nom de l'intérêt de l'enfant ?

Quel est votre point de vue ?

Certains auteurs mettent en avant l'intérêt de l'enfant pour refuser le recours à l'adoption et d'autres pour au contraire l'accepter. Dans un cas, il s'agit de l'intérêt de l'enfant a priori, dans l'autre il s'agit de l'intérêt à posteriori d'un enfant. Qu'en pensez-vous ?

Certains auteurs motivent leur refus à cause de l'indisponibilité de la filiation qui serait remise en cause si grâce à l'adoption était fait droit à la volonté des parents d'intention, qu'en pensez-vous ?

En leur état actuel les dispositions légales en matière de GPA ou de PMA (procréation assistée ou médicalement assistée) vous paraissent-elles satisfaisantes, ou non ?

Si non, que manque-t-il ?

La cour d'appel a tranché en juin 2014 en faveur de l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant.

En tant qu'avocat, la réforme de 2002 instituant l'union civile et l'homoparenté permet une présomption de parenté en cas de procréation assistée ; vous paraît-elle régler convenablement les situations qui ont pu ou pourraient se présenter à vous ? L'absence de formalisme juridique pour valider l'existence d'un projet parental vous semble-t-elle positive ou au contraire source de difficulté ?

Ici, pour terminer l'entretien, l'idée serait d'essayer de recueillir le point de vue de l'avocat.e sur ce qui fait la famille, la filiation. Il s'agit de son point de vue personnel, fondé sur son expérience professionnelle. Ce sera bien précisé au cours de l'entretien.

Fort de votre expérience, selon vous, qu'est-ce qui fait famille, qu'est ce qui fonde la relation entre parent et enfant ?

Dans le code civil, il existe plusieurs manières d'établir la filiation. Qu'en pensez-vous ? Comment définissez-vous, de votre point de vue, la filiation ?

Eventuellement :

Que pensez-vous des autres formes familiales, pas forcément inédites mais plus importantes depuis les années 1980, telles que les familles recomposées par exemple ? Pensez-vous que les dispositions actuelles sont adéquates pour ces familles ? Qu'il faudrait reconnaître d'une manière ou d'une autre le beau-parent ?

Accepteriez-vous que nous soyons présents lors d'une prochaine audience (et si le tribunal était d'accord) si vous avez à nouveau à traiter une affaire de ce type ?

ANNEXE 2 : CARACTERISTIQUES SOCIODEMOGRAPHIQUES DES COUPLES DE FEMMES RENCONTRES EN FRANCE

	Nom	Âge	Locataire / propriétaire	Revenus	Études	Profession	Catégorie socio-prof	Ensemble depuis	Nombre d'enfants	Age ainé enfants	PMA / donneur connu	Adoption
1	Evelyne	38	Locataires	6000	Bac + 7	Magistrate	Cadres et professions intellectuelles supérieures	17 ans	4	9	PMA	adoption croisée
	Joëlle	38		4000	Bac+10	Médecin	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
2	Alice	45	Propriétaires	3500	Bac + 5	Enseignante	Professions intermédiaires	30 ans	2	12	PMA	adoption
	Catherine	44		2500		Enseignante	Professions intermédiaires					
3	Viviane	33	Locataires	1900	Bac + 5	Coordinatrice ONG	Professions intermédiaires	10 ans	1	2 1/2	dc	adoption
	Jeanne	34		1800		Coordinatrice association défense artiste	Professions intermédiaires					
4	Aline	34	Propriétaires	2000	Bac + 5	Intermittente spectacle	Professions intermédiaires	11 ans	1	20 mois	PMA	adoption
	Emma	35		2000	Bac + 3							
5	Lola	45	Propriétaires	2000	Bac + 5	Institutrice	Professions intermédiaires	22 ans	2	11	PMA	adoption croisée
	Nadine	46		3400	Bac + 8	Chercheuse biologie	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
6	Sophie	36	Locataires	2000		Comédienne	Professions intermédiaires	10 ans	1	8 mois	PMA semi-anonyme	adoption
	Valentine	37		2000								

7	Anne	30	Propriétaires	1600	Bac + 3	Chargée de com	Professions intermédiaires	13 ans	2	1	PMA semi-anonyme	adoption
	Maude	42		1200	Bac + 2	Enseignante	Professions intermédiaires					
8	Caroline	40	Propriétaires	1100	Bac + 2	Assistante maternelle	employé	11 ans	1	18 mois	PMA	adoption
	Nicole	49		2300	Bac + 5	Cartographe	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
9	Eliane	43	Propriétaires		Bac + 5	Géologue	Cadres et professions intellectuelles supérieures	6 ans	2	3	PMA	adoption en appel, adoption croisée en cours
	Chloé	43			Bac + 5	Maitre de conférence	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
10	Clothilde	51	Propriétaires	3000	Bac + 5	Ingénieure aéronautique	Cadres et professions intellectuelles supérieures	10 ans	2	5	PMA	adoption
	Hinda	42		300	Bac + 6	Arbitre bridge	Professions intermédiaires					
11	Corinne	40	Propriétaires	3000	Bac + 5	Orthophoniste	Cadres et professions intellectuelles supérieures	20 ans	1	4	PMA	adoption
	Béatrice	41		2600	Bac + 8	Enseignante chercheur	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
12	Louise	36	Propriétaires	2200	Bac + 3	Professeure des écoles	Professions intermédiaires	9 ans	1	2	PMA	adoption
	Juliette	33		2200	Bac + 3	Professeure	Professions					

						des écoles	intermédiaires					
13	Annick	42	Propriétaires	2360	Bac + 5	Consultante informatique	Cadres et professions intellectuelles supérieures	15 ans	2	7	PMA	adoption croisée
	Mira	39		3560	Bac + 5	Chef de mission milieu associatif	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
14	Michèle	38	Propriétaires	6000	Bac+5	Contrôleuse aérienne	Cadres et professions intellectuelles supérieures	22 ans	2	10	dc	adoption croisée, simple pour l'ainé (dc)
	Sonia	39		5000	Bac + 5	Ingénieure travaux public	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
15	Sylvie	38	Locataires	3000	Bac + 5	Ingénieure en informatique	Cadres et professions intellectuelles supérieures	12 ans	1	5	PMA	adoption
	Noame	34		4500	Bac + 5	Ingénieure marketing	Cadres et professions intellectuelles supérieures					
16	Ariane	39	Locataires	800	Bac + 2	Libraires	Artisans, commerçants et chef d'entreprise	10 ans	1	11 mois	PMA semi-anonyme	adoption
	Eve	37		1100	Bac + 4		Artisans, commerçants et chef d'entreprise					
17	Karine	36	Propriétaires	3500	Bac + 6	Vétérinaire	Cadres et professions intellectuelles supérieures	7 ans	1	3 ans	PMA	adoption en appel en cours
	Clothilde	36		1100	Bac + 2	Bâtiment	Employé					

ANNEXE 3 : CARACTERISTIQUES SOCIO-DEMOGRAPHIQUES DES COUPLES AYANT EU RECOURS A LA GPA

	Prénoms	Âge	Age enfants	niveau éducation	Locataire /prop	catégories	conjugalité	pays	GPA/MPA	enquête	démarches
1	Valentin	46	?	Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	4 ans 1/2	États-Unis	GPA, donneuse semi-anonyme ⁴²³	Droit et justice	CNF ⁴²⁴ obtenu, pas de transcription
	Petros	42		?		Professions intermédiaires					
2	Arthur	48	6 ans	Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	14 ans	États-Unis	GPA, donneuse semi-anonyme	Droit et justice	adoption enfant conjoint USA, CNF un seul nom, passeport américain deux noms
	Benjamin	45		Bac + 8		Cadres et professions intellectuelles supérieures					
3	Gérard	38	jumeaux 7 mois	Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	15	Canada	GPA, donneuse semi-anonyme	Droit et justice	Deux pères sur acte de naissance, pas de CNF
	Damien	38		Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures					

⁴²³ Semi-anonymat : la donneuse accepte que l'enfant majeur, s'il le souhaite, puisse accéder à son identité.

⁴²⁴ CNF : Certificat de Nationalité Française

4	Mathieu	39	jumeaux 8 mois?	Bac + 4	Locataires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	10	Canada	GPA, donneuse connue	Droit et justice	Deux pères sur acte de naissance. Transcription refusée, pas de CNF (malgré demande depuis plusieurs mois). CNI délivrées
	Samuel	35		?		Professions intermédiaires					
5	Jean-Louis	58	13 ans	Bac+7	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	20 ans	États-Unis	PPA ⁴²⁵	Droit et justice	adoption enfant conjoint Canada. Transcription obtenue. CNF non demandé.
	Didier	50		Bac + 4		Cadres et professions intellectuelles supérieures					
6	Axel	35	8 mois	Bac + 5	Locataire	Cadres et professions intellectuelles supérieures	10 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Droit et justice	acte de naissance avec mère porteuse, puis abandon et adoption enfant conjoint USA.
	Yann	38		Bac + 3		étudiant					
7	Dylan		2 ans 1/2	Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	16 ans	États-Unis	GPA, donneuse semi-anonyme	Droit et justice	CNF avec mère porteuse, pas de transcription

⁴²⁵ PPA= Procréation pour autrui ou aussi Maternité pour autrui. La gestatrice et la donneuse d'ovocyte sont une seule et même personne

	François			Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures					
8	Daniel	43	1 mois		Propriétaires	employés		Etats-Unis	GPA	Droit et justice	pas de transcription
	Virginie	41				sans activité					
9	Michel	44	Jumeaux 8 ans		Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	20 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Paternité 2011	gay N'ont demandé ni CNF ni transcription. Nationalité pas importante
	Max	43				Cadres et professions intellectuelles supérieures					
10	Corentin	35	20 mois	Bac + 3		Cadres et professions intellectuelles supérieures	11 ans	Russie	GPA	Paternité 2011	gay Refus de transcription (fraude à la loi), acte de naissance avec mère porteuse
	Bertrand	38				Cadres et professions intellectuelles supérieures					
11	Pablo	55	Jumeaux 7 ans	Bac + 7		Cadres et professions intellectuelles supérieures	20 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Paternité 2011	gay N'ont demandé ni CNF ni transcription en France. Mais ont obtenu la transcription espagnole
	Jacques-Antoine	58		Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures					

12	Patrick	39	Jumelles 6 ans	Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures	14 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Paternité 2011	gay	Acte de naissance avec mère porteuse, puis abandon et adoption enfant conjoint. Reconnu aux Pays-Bas. N'ont demandé ni CNF ni transcription en France
	Jonas	39		Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures						
13	John		Jumeaux 9 ans	Bac + 3 à Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	En couple, interviewé seul	Russie	PPA	Paternité 2011	gay	acte de naissance avec mère porteuse, puis consentement à demande adoption simple par conjoint. Transcription et CNF obtenues
14	Marc	36	9 ans	Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures	En couple, Marc interviewé seul	États-Unis	PPA	Paternité 2011	gay	mère porteuse sur l'acte de naissance. CNF et transcription obtenus
	Fabrice	42		Bac + 5								
15	Philippe	40	3 enfants, ainée a 6 ans	Bac + 3 à Bac + 5	Locataire	Cadres et professions intellectuelles supérieures	13 ans	États-Unis	GPA	Enquête FHP		demande de passeport bloquée. N'ont demandé ni CNF ni transcription
	Michel	40		Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures						

16	Steve	42	jumeaux 5 1/2	Bac + 3 à Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	5 à 10 ans	États-Unis	GPA, donneuse semi- anonyme	Enquête FHP	CNF et transmission non demandées
	Mathis	42		Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures					
17	Sylvain	35	jumeaux 4 1/2	Bac + 3 à Bac + 5	Propriétaires	Cadres et professions intellectuelles supérieures	5 à 10 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Enquête FHP	Adoption enfant conjoint USA. N'ont pas demandé de transcription. Ne sont pas intéressés par la nationalité
	Bernard	40		Bac + 3 à Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures					
18	Damien	43	2 enfants 7 ans et	Bac + 5		Cadres et professions intellectuelles supérieures	14 ans	États-Unis	GPA, donneuse connue	Paternité 2011	gay Mère porteuse sur l'acte de naissance. N'ont demandé ni CNF ni transcription
	Christophe	45	4 ans 1/2	Bac + 3 à Bac + 5		Professions intermédiaires					

ANNEXE 4 : Caractéristiques sociodémographiques des couples de femmes au Québec

	Nom	âge	Catégorie socio-professionnelle	ensemble depuis	nb d'enfants	âge enfants	niveau étude	revenus	prop/locataire	Démarches
1	Amélie et Françoise	45 et 39	professions intermédiaires	7 ans	2		bac + 8 et bac + 4	80000\$ annuel	propriétaires	2 mères sur l'état civil québécois. Une mère sur l'état civil français. Adoption enfant conjointe en cours
2	Madeleine et Véronique	33 et 40	professions intermédiaires	15 ans	1	3 ans	bac + 3 et Bac	3400 \$ et congé parental	locataires	2 mères sur l'état civil québécois.
3	Camille et Michèle	55 et 45	artisans, commerçants et chef d'entreprise	20 ans	2	10 ans	bac et bac + 5	8000 \$	propriétaires	2 mères sur l'état civil québécois. Transcription demandée et refusée. Adoption enfant conjointe refusée.
4	Celia et Renée	41 et 41	cadre et professions intellectuelles supérieures	8 ans	1		bac + 5 et Bac + 5	100000 \$ annuel	locataires	2 mères sur l'état civil québécois. Une mère sur l'état civil français
5	Clémence et Anais	42 et 37	cadre et professions intellectuelles supérieures	10 ans	2	3 ans	bac + 5 et Bac + 2	10 000 \$	propriétaires	2 mères sur l'état civil québécois.
6	Fanny et Evelyne	34 et 35	professions intermédiaires	8 ans	3	3 ans	bac + 3 et Bac +4	97000 \$ annuel	locataires	2 mères sur l'état civil québécois

7	Jade et Fanny	35 et 37	professions intermédiaires, artisans, commerçants et chef d'entreprises	9 ans	1	3 ans	bac + 3 et Bac	95000 \$ annuel		2 mères sur l'état civil québécois. Souhaite procéder à l'adoption de l'enfant de la conjointe
8	Romy et Alicia	32 et 31	professions intermédiaires	10 ans	1		bac+3 et bac + 3	60 000 \$ annuel	propriétaires	2 mères sur l'état civil québécois. Une mère sur l'état civil français.

**ANNEXE 5 : ACTUALITES CONCERNANT LA GESTATION POUR
AUTRUI,
LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE ET L'ADOPTION
EN ESPAGNE
APPROCHE SOCIOLOGIQUE ET JURIDIQUE**

Susana NAVAS NAVARRO (UAB)

Marta ROCA I ESCODA (UNIL)

Table des matières

I. Gestation pour autrui en Espagne. Présentation

1. État de la question en Espagne
2. Le contrat de GPA en Droit espagnol et les règles concernant la filiation
3. La jurisprudence
4. Analyse socio-juridique des arguments : quelles hiérarchies pour quelles valeurs juridiques ?
5. Les derniers arrêts de la CEDH et leur incidence en Espagne. La décision (Auto) de la Cour de Cassation espagnole du 2 février 2015
6. La réforme de la Loi du registre civil et de la Loi de procréation humaine assistée. Une opportunité perdue
7. Diverses formes de mobilisation du droit dans les actions de reconnaissance de la double filiation à travers les GPA

II. Filiation des couples de fait ou des époux homosexuels dans le cas de la procréation médicalement assistée. Dernières modifications légales

1. Se saisir du droit pour faire reconnaître une double maternité : les actions de l'association catalane Familles Lesbiennes et Gays
2. La filiation « biologique » en cas de deux mères mariées. Une différence non justifiable entre les couples mariés
3. La filiation « biologique » en cas de deux mères conjointes de fait. La décision de la Cour de Cassation espagnole

III. L'adoption par un couple de même sexe

Conclusions

1. Gestation pour autrui en Espagne. Présentation

La gestation pour autrui (GPA)⁴²⁶ permet de distinguer entre la *maternité génétique* et la *maternité gestationnelle*. Dans les systèmes juridiques, comme celui de l'Espagne, qui suivent la règle romaine « *mater semper certa est* » ou bien « *la mère est toujours celle qu'accouche* », cette distinction pose quelques questions juridiques intéressantes⁴²⁷. Du point de vue du

droit national, la question se pose comme suit : le contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes afin d'organiser la gestation d'un enfant pour autrui est-il licite ? S'agit-il d'un contrat interdit par le législateur espagnol ? (1.) Quelles sont les conséquences juridiques d'un tel contrat ? (2.). Du point de vue du droit international privé, les doutes concernent deux aspects : d'une part, l'application de la clause d'ordre public, dans le cas où l'enfant est conçu et né ailleurs et que ses « parents », c'est-à-dire, une partie au contrat, veulent inscrire leur filiation en Espagne au registre civil ; et d'autre part, la reconnaissance d'un document d'une autorité publique étrangère par le système juridique espagnol.

Toutes ces questions ont été traitées, soit d'une façon directe ou indirecte, dans le cas tranché par la Cour de Cassation espagnole (Tribunal Supremo) le 6 février 2014⁴²⁸. Dans ce rapport, nous allons présenter l'histoire des faits et des jugements, les arguments de la Cour et la décision finale (3.). Et nous apporterons une analyse sociologique de ces arguments (4.). Puis, nous allons indiquer la réaction des autorités espagnoles suite aux Arrêts de la CEDH concernant la France et la décision (auto) de la Cour de Cassation espagnole du 2 février 2015 (5.) et la réforme de la Loi du registre civil et de la Loi de procréation humaine assistée (6.). Afin de compléter l'approche juridique, nous allons analyser les revendications des pères gays et l'action collective qui s'est constituée ces dernières années pour légaliser la GPA en Espagne (7.).

Dans une deuxième partie (II.), nous traiterons de la problématique de la procréation médicalement assistée, notamment après l'ouverture du mariage en Espagne et les discriminations qui persistent (1.), en nous centrant sur les revendications des familles homoparentales (3.). Et finalement, nous ferons référence à la dernière modification de la Loi du registre civil et de la Loi de procréation humaine assistée (2.).

La troisième partie portera sur l'adoption par un couple du même sexe (III.). Enfin, quelques conclusions seront exposées (IV.).

1.1 État de la question en Espagne

En Espagne comme ailleurs, le droit de la filiation s'est bâti sur deux axes différents et parfois contradictoires, la vérité biologique et la vérité socioaffective. La filiation n'est pourtant pas synonyme de procréation, elle est un mode de structuration de la parenté, derrière laquelle est inscrite une conception que la société se fait de la parenté.

Cette conception est en pleine mutation en raison de la dissociation entre filiation et mariage, filiation et sexualité, filiation et procréation. Si le mouvement féministe a permis la

⁴²⁶ L'Association "Son Nuestros Hijos" (« Ils sont nos fils ») défenseure de la GPA affirme que chaque année sont conclus 800 contrats de GPA entre espagnols et une mère porteuse américaine (<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>).

⁴²⁷ E. Farnós Amorós, *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 102.

⁴²⁸ Id. Cendoj: 28079119912014100001.

dissociation entre sexualité et filiation, le mouvement homosexuel radicalise la rupture entre la reproduction et la filiation.

La filiation par GPA casse la prémisse du rapport charnel de la procréation en renfonçant l'établissement des liens de filiation par l'élément volitif. Et questionne la figure de la mère par l'accouchement, principe inscrit dans le droit de la filiation. Pour les couples Gays, ceci est encore plus radical, car la mère disparaît.

Face à ce phénomène, les positions du législateur Espagnol sont tâtonnantes, souvent confuses, voire contradictoires : il peine à trouver une façon de hiérarchiser ou de composer les éléments qui détermineraient la filiation : biologique, génétique, volitif.

En Espagne, comme ailleurs, la prohibition légale des contrats de GPA a amené une grosse polémique de caractère social et juridique : quoi faire avec les enfants que les espagnols ont eu dans les pays où la GPA est légale ? Est-il possible que ces enfants accèdent comme fils d'espagnols au registre de l'état civil ?

On pourrait donc penser que l'Espagne, en reconnaissant la filiation cas par cas des pères gays, se trouve dotée d'une nouvelle vision de la filiation, étant pionnière en la matière, car l'on reconnaît des filiations automatiques (et donc inscrites comme naturelles) pour deux pères.

Toutefois, cette reconnaissance n'est pas inscrite dans la loi, en tout cas pas pour ce qui est de la filiation concernant les couples gays. Elle a été attribuée de gré à gré à des cas concrets par la voie administrative, à travers la direction de l'état civil, qui ne relève pas de la compétence du pouvoir judiciaire. C'est précisément le monde judiciaire qui portera une forte opposition à cette reconnaissance.

Comme nous verrons dans ce rapport, dans les procès judiciaires, les oppositions à la reconnaissance de la double filiation monosexuée masculine au moyen de la GPA sont de différents ordres, et établissent une hiérarchie de valeurs juridiques. D'une part, on trouve des jugements qui contribuent à une re-biologisation de la filiation. D'autre part, avec diverses interprétations de l'ordre public et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Tout d'abord, il faut souligner quels couples font appel à la GPA. Il s'agit, fondamentalement, de :

- couples hétérosexuels, lesquels ne peuvent pas concevoir un enfant, car la femme ne peut mener une gestation normale ;
- couples homosexuels formés par deux hommes. Ceci était le cas tranché par la Cour de Cassation espagnole le 2014 ;
- il y a également des cas de femmes seules, lesquelles, à cause de leur âge et de leur biologie, ne peuvent pas concevoir un enfant, du moins sans danger pour leur santé, et se tournent vers la maternité de substitution. Le cas plus célèbre en Espagne concerne la Baronnesse Thyssen, aussi nommé Tita Cervera, qui voulait inscrire comme ses enfants biologiques en Espagne, deux enfants nés en Californie et conçus apparemment avec des gamètes de son fils biologique Borja.

Selon les données facilitées par les 4 principales agences américaines qui s'occupent de la gestion de la GPA, le 85% des couples qui les sollicitent sont hétérosexuels, et le 15% ce sont des couples homosexuels ou des personnes seules. Etant donnée cette réalité, ce qui est surprenant est que ce qui a sorti à la surface publique (perception médiatique et populaire, mais aussi juridique) est que la GPA soit une pratique des couples gays. Il y a donc une confusion dans le débat, et des réticences à permettre la reproduction aux couples homosexuels masculins. En Espagne peu de couples hétérosexuels à ce jour font le coming out. Le premier cas fut le couple phare de l'association créée en 2013 pour légaliser la GPA en Espagne.

La GPA est pratiquée en Espagne depuis longtemps, souvent dans l'illégalité. Dans de nombreux cas de stérilité, des couples hétérosexuels ont procédé à des arrangements clandestins. Lorsque l'enfant naît, les couples qui y ont eu recours deviennent les parents « naturels » de l'enfant, car leur situation correspond à la fiction juridique de la filiation, ancrée sur l'idée d'une reproduction intervenant au sein d'un couple hétérosexuel. En ce sens, l'on pourrait interpréter ces pratiques comme faisant preuve d'hypocrisie juridico-administrative en Espagne ; car ce n'est qu'avec la question de la reconnaissance de la double filiation homoparentale masculine (dès 2006), à travers la GPA, que des cas de jurisprudence sont apparus. Avant cela il n'y a aucun⁴²⁹.

La gestation pour autrui est devenue en Espagne un thème d'actualité juridico-politique depuis la Loi 13/2005 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels en leur accordant les mêmes effets juridiques que ceux qui accompagnent l'institution matrimoniale, notamment l'accès à la filiation et la reconnaissance de la filiation.

Plus concrètement, un débat s'est ouvert au sein de la société espagnole, débat créé par les revendications de couples gays qui sont allés à l'étranger pour bénéficier d'un processus de GPA, dans les pays où le cadre légal le permet.

Cependant, les bureaux d'état civil espagnols et consulaires n'ont pas voulu reconnaître la filiation qui en résulte, de sorte que plusieurs couples ont entamé des actions en justice, exigeant une reconnaissance juridique du lien qui les unit aux nouveau-nés.

Dans l'état actuel, après diverses résolutions et instructions par les autorités compétentes, quelques couples gays ont pu faire inscrire leurs enfants à l'état civil, non sans difficulté. La décision reste fort aléatoire, la procédure est extrêmement compliquée d'un point de vue bureaucratique, et elle a encore été récemment remise en cause par la cour de cassation.

Les raisons pour lesquelles l'on décide de recourir à la GPA, au lieu de l'adoption, sont complexes : pour les couples fertiles, on désire, si possible, un enfant (un fils), génétiquement conçu avec des gamètes d'au moins un des membres des couples, de sorte que, l'enfant conçu grâce à des techniques de procréation humaine assistée, à la base de la GPA, puisse être considéré, d'un point de vue légal, comme l'enfant « biologique », et non comme adopté⁴³⁰. Pour les couples infertiles, notamment les couples homosexuels masculins, l'adoption a d'abord été visée. La décision de faire recours à la GPA est la plupart de cas prise lorsque la voie de l'adoption a échoué. Cette décision est longue et très méditée, comme nous verrons par la suite.

⁴²⁹ M. Roca i Escoda, « Incidences de la composante biogénétique dans la reconnaissance de la filiation monosexuée en Espagne », *Enfances, Familles, Générations*. Dossier « Homoparentalités, transparentalités et manifestations de la diversité familiale : les nouveaux défis contemporains de la parenté », Martine Gross et de Marie-France Bureau (Dir.), 2015, n° 23, pp. 09-107.

⁴³⁰ Le cas du transsexuel nord-américain, Thomas Beatti (femme devenu homme), marié avec une femme, laquelle ne pouvait pas concevoir des enfants, qui porte leurs propres enfants, bien qu'il devait se soumettre d'abord à une opération de reconstitution des organes sexuels, était très controversé car c'était considéré comme le « premier homme » qui porte et accouche leurs enfants dans le monde.

1.2 Le contrat de GPA en Droit espagnol et les règles concernant la filiation

L'art. 10 al. 1 de la *Loi 14/2006, du 26 mai sur les techniques de procréation médicalement assistées*⁴³¹ prévoit la nullité du contrat de GPA conclu, avec ou sans rémunération (« Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero »). Conformément à la législation civile et, en particulier, au droit des contrats, la nullité invoquée par l'art. 10 al. 1 Loi 14/2006 a pour fondement l'illicéité du contrat de GPA (art. 1275 CC).

Cette sanction civile a conduit la doctrine espagnole et la Cour de Cassation à considérer que notre système juridique interdit la GPA⁴³². Mais, en fait, l'art. 10 n'interdit pas la GPA, ni la conclusion du contrat. En Espagne la GPA n'est pas interdite⁴³³, bien que l'enfant né ainsi soit considéré comme étant le fils de la femme gestatrice, par application de la règle romaine qui définit la femme qui accouche comme mère légale (art. 10 al. 2 : « La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto »). Si la mère porteuse est mariée, alors le père de l'enfant né est le mari de la mère en raison de l'application de la présomption de paternité matrimoniale (art. 116 CC⁴³⁴). Si la mère porteuse n'est pas mariée, alors il faut appliquer l'art. 120 CC⁴³⁵ en vertu duquel la filiation biologique du père peut être, selon le choix de l'homme qui serait le père, légalement déterminée par différents moyens juridiques : a) dans l'instant de l'inscription de la naissance par la déclaration conforme réalisée pour le père⁴³⁶ dans le formulaire officiel respectif prévue dans la Loi du Registre civil; b) la reconnaissance devant l'autorité chargée du registre de l'état civil, le testament ou bien un autre document public; c) la décision de l'autorité publique chargé du registre civil selon les règles prévues dans la législation sur le régime juridique du secteur public (art. 88 Loi du RC), ce que n'interdit pas la possibilité de contester cette décision devant les tribunaux administratifs ; d) un arrêt ferme du juge selon la procédure civile prévue dans le Code de la procédure civile (art. 764 LEC⁴³⁷).

La filiation de la mère se détermine par l'inscription de sa maternité dans l'inscription de la naissance de l'enfant au registre de l'état civil.

Notons bien que l'homme qui fournit les gamètes peut toujours faire appel en justice afin de réclamer sa filiation biologique (arts. 131 à 134 CC, Art. 10 al. 3 Loi 14/2006). S'il ne fournit

⁴³¹ J.O. num. 126, du 27 mai. Abrégée comme « Loi 14/2006 ».

⁴³² L'arrêt de la Cour de Cassation du 6 février 2014, que l'on va exposer plus tard, estime, d'une façon discutable, que la nullité du contrat de GPA suppose l'interdiction générale, en Espagne, de la GPA.

⁴³³ M. Atienza, «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del siglo XXI*, sept./oct., 2009, num. 27, pp. 36 et suiv.; S. Álvarez González, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, T. X, 2010, pp. 339-377 ; du même auteur, voir: «Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales», *Tratado de la persona física*, T. I, dirigé par M^a. Del Carmen Gete-Alonso y Calera, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 436-437 ; E. Farnós Amorós, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *Indret*, 1/2010 (www.indret.com).

⁴³⁴ CC=Code civil.

⁴³⁵ Cet article a été modifié par la Loi 19/2015, du 13 juillet, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del registro civil (J.O. num. 167, du 14 juillet). Cette norme a ajouté un nouveau moyen juridique afin de déterminer la filiation biologique, lequel est prévue dans la lettre a) de l'article concerné.

⁴³⁶ Cette déclaration pourrait se considérer, dans certains cas, un « reconocimiento de complacencia », lequel dans l'arrêt de la Cour de Cassation espagnole du 15 juillet 2016 (RAJ 1290/2015) est considéré valide même s'il ne s'ajuste pas à la vérité biologique : « *El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica* ».

⁴³⁷ Loi 1/2000, du 7 janvier, sur la procédure civile (J.O. num. 7, du 8 janvier).

pas les gamètes, il pourrait faire une reconnaissance « de complaisance », afin d'accéder à la filiation « biologique » de l'enfant né (art. 120 lit. b CC). La possibilité d'adopter l'enfant né de GPA reste toujours ouverte pour ceux qui ont conclu le contrat. Néanmoins, la mère porteuse doit attendre 30 jours après la naissance de l'enfant pour donner son enfant en adoption (art. 177 al. 1 CC).

L'adoption en Espagne doit suivre une procédure judiciaire longue et onéreuse. La mère porteuse ne peut pas choisir elle-même les personnes qui pourront adopter l'enfant qu'elle va accoucher, c'est l'autorité publique (l'administration, au préalable; et le juge, par la suite), qui décide des personnes les plus aptes à adopter l'enfant. De ce fait, les personnes qui ont fait appel à la GPA ne sont jamais certaines de devenir les parents de l'enfant né avec cette technique (art. 176 CC). En tout cas, s'il s'agit du conjoint de fait ou de droit du père/mère biologique, la procédure pour adopter l'enfant est assez rapide. Parfois, l'on parle d'adoption express⁴³⁸.

1.3. La jurisprudence

Le *leading case* en Espagne serait l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 février 2014 (1.3.1.), lequel a été assez critiqué (1.3.2.).

1.3.1 L'arrêt de la Cour de Cassation espagnole du 6 février 2014

Étant donné que la norme romaine définissant la filiation légale à partir de l'accouchement n'est pas la solution juridique voulue par les couples qui désirent avoir un enfant, ils font appel à la GPA dans d'autres pays dont le système juridique permet d'établir la filiation légale de l'enfant conçu avec les parties ou la partie contractante, et pas avec la mère porteuse et/ou son conjoint, comme c'est le cas par exemple en Californie. En effet, mentionnons le cas de deux hommes espagnols qui voulaient avoir un enfant biologique et qui ont fait appel à la GPA à l'étranger⁴³⁹. L'affaire a abouti à l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 février 2014.

1.3.1.1 Les faits du cas 0

Au milieu des années 2000, un couple gay de Valence découvre qu'une cousine de l'un des partenaires avait fait recours à la GPA en Californie. Ils prennent contact avec elle, et décident d'entamer les mêmes démarches pour devenir parents, notamment les démarches administratives, soit l'inscription de leurs jumeaux au bureau de l'état civil consulaire californien. Pour ce faire, ils entrent en contact avec deux professeurs en droit international privé de l'Université de Murcia et de l'Université Carlos III de Madrid. Ceux-ci, intéressés par leur cas, leur guident dans les démarches juridiques et aideront dans la rédaction du premier recours. Ces professeurs trouvent ce cas de droit très intéressant et commencent à étudier la question, car jusqu'à lors il n'y avait pas de jurisprudence⁴⁴⁰.

Sous les conseils de ces professeurs en droit, le couple de Valence se présente de ces pas au Consulat de Los Angeles et demande d'inscrire leurs fils (jumeaux) à l'état civil, comme avaient fait jusqu'à lors tous les couples hétérosexuels. L'Etat civil du consulat leur demande une série de documents et le couple les soumet. Par la suite, le consulat refuse l'inscription. Le couple décide dénoncer leur cas aux médias. Ils ont aussi des contacts dans le parti

⁴³⁸ Sur l'adoption, voir l'épigraphe III de ce travail.

⁴³⁹ Cette situation est décrite, d'une manière un peu péjorative, comme « tourisme reproductif » (P. Orejudo de los Mozos, "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución" à S. Navas Navarro (dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 465 et suiv.).

⁴⁴⁰ Notons bien que ces deux professeurs sont ceux qui ont rédigé l'avis de droit de référence en Espagne.

socialiste qu'ils mettent en marche, parti qui a approuvé la loi sur le mariage gay. Pendant ces démarches, les 5 couples qui constituent l'action *sonnuestroshijos*, sont en contact quotidien. Les actions sont individuelles, dans le sens que chaque couple lutte pour l'inscription de leurs enfants. Toutefois, ces actions ont une visée collective dans le sens qu'il faut agir en concert : chaque couple devrait faire de même, mais individuellement, pour se constituer comme cas en justice.

Le couple de Valencia présente un recours. Ce recours sera rédigé par les professeurs en droit. Ce recours sera la base d'autres recours que les autres couples devront soumettre lorsqu'ils se verront refuser l'inscription de leurs enfants aux registres civils consulaires. Notons bien que les deux professeurs publieront les avis de droit les plus importants en la matière⁴⁴¹. Il faut aussi souligner, que dans ces actions en justice de ces quelques couples il n'y a pas forcément la présence d'avocats. Ce sont ces couples qui portent leur propre cas. Notamment le cas 0 prendra un avocat qu'en 2010, les premiers recours les rédigeront donc le couple à l'aide des deux professeurs.

La stratégie d'action est bien définie et circonscrite : tous les couples doivent agir de la même façon. Et aucun couple ne doit présenter le jugement de parentalité des Etats-Unis. Car ils s'appuient sur la loi du registre civil (art. 8), dans lequel il est stipulé que l'Espagne doit reconnaître automatiquement un acte de naissance d'un autre pays. Ils exigent donc qu'on leur applique le droit international privé. Tous les couples ont donc l'acte de naissance de l'Etat américain. A leurs yeux, pourquoi devraient-ils présenter le jugement ? En contraste, le Consul exigera le jugement, car sur celui-ci il y a l'inscription de la femme qui a accouchée.

La bataille des couples en question est courageuse, car ils estiment que ce sont eux les pères et ceci est inscrit dans leur acte de naissance. Ils avouent qu'il y a eu bien une gestatrice mais le jugement américain inscrit seulement l'existence de deux pères, et c'est cette inscription qui fait foi. Ils suivent donc la stratégie suivante : une reconnaissance directe de la filiation, comme c'est le cas pour les couples hétérosexuels qui font reconnaître leur filiation des enfants nés à l'étranger.

En 2009, la présence médiatique du couple de Valencia donnera ses fruits. Tout est en suspens. Et entretemps, comme nous avons vu dans les parties précédentes, il y aura jugement. Comme nous l'avons déjà dit, le responsable du Registre de l'état civil refuse cette inscription, non pas parce qu'il y a manquement à la procédure concernant la loi sur les Registres civils (LRC), mais parce que ces enfants sont nés à travers la GPA, laquelle est prohibée par l'article 10 LTRHA.

Notons bien que la procédure suivie par le cas 0 ne consiste pas à solliciter devant les Tribunaux espagnols l'exécution de la décision californienne qui établit la filiation. Le couple demande à pouvoir inscrire leurs enfants à l'état civil (Etat civil consulaire). Dans ce cas précis, le Ministère Public (Ministerio Fiscal) a été notifié du recours, mais il ne prend aucune position. Cela est peut-être dû au fait que ce dernier considère que la question n'a pas d'incidence sur l'ordre public espagnol, car la transcription dans le registre de l'Etat civil espagnol est nécessaire pour que le Ministère Public puisse annuler cette décision a posteriori (donc après inscription).

En 2010, la Direction Générale des Registres et du Notariat (DGRN)⁴⁴² se prononcera à faveur du couple et ordonnera l'inscription de la naissance des mineurs avec filiation, de

⁴⁴¹ Voir par exemple, quelques publications: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=148721>.

⁴⁴² Il s'agit de l'autorité publique en tête de l'état civil. Elle dépend du Ministère de justice espagnol. Abrégée comme « DGRN » (<http://www.mjusticia.gob.es>).

manière identique à celle qui apparaissait dans les registres civils californiens : les enfants nés en Californie sont les enfants naturels du couple gay espagnol.

L'Instruction de la DGRN du 5 octobre 2010 peut être interprétée comme étant une déclaration d'intention ou une prémisse pour une régulation de la GPA en Espagne. En effet, l'exposé des motifs de l'Instruction ainsi que les directives pourraient configurer la structure de base d'une convention de GPA dans le système juridique espagnol⁴⁴³.

L'objectif de cette instruction est de protéger l'intérêt supérieur du mineur ainsi que la protection de la gestatrice. L'on exige l'existence d'un jugement dans le pays d'origine afin de contrôler l'accomplissement des réquisits concernant la légalité, mais aussi le certificat médical de la naissance avec l'identité de la mère gestatrice. Ce qui va à l'encontre de la démarche du cas 0 qui refuse de montrer ce certificat. La DGRN argumente dans cette exigence le droit du mineur de connaître ses origines biologiques. Entre 2009 et 2011, la DGRN a résolu certain nombre de cas concernant les mêmes faits en admettant l'inscription au registre civil des naissances à l'étranger⁴⁴⁴.

Le 17 septembre 2010, le Tribunal de première instance no 15 de Valence a annulé cette décision sur la requête du Ministère public (Ministerio Fiscal) et a déclaré que ces écritures étaient nulles. Le couple décide alors d'interjeter appel de la décision devant la Cour supérieure provinciale.

A ce moment, un autre couple du noyau de la mobilisation craque, sous pression du consulat, qui leur demande avec insistance de présenter le certificat médical. Ils finissent par le présenter (où il y a bel et bien l'identité de la gestatrice). Par la suite, le consulat leur refuse cette inscription et il est en possession de ce jugement.

En même temps, le Ministre de la justice change ainsi que le Ministère Public. Les nouveaux membres du Ministère font pression pour que le Ministère de Valence présente un recours à la reconnaissance de la filiation du cas 0. En attendant, toutes les demandes sont en *stand by*. On assiste encore à des changements politiques dans les hautes instances juridiques et administratives et tout s'arrête à nouveau. La DGRN fait une nouvelle directive. Cette nouvelle directive vise à reconnaître la filiation mais en même temps stipule qu'il faut présenter l'identité de la gestatrice, ce qui va à l'encontre de la philosophie et la stratégie du groupe « *sonnuestroshijos* ».

Les autres couples de pères gays suivent donc la nouvelle directive de la DGRN et font reconnaître leur filiation en Espagne, mais le cas 0 persiste dans sa démarche, et ne veut donc pas dévoiler l'identité de la gestatrice et fait recours jusqu'à la Cour de Cassation. Il perd recours également devant le Tribunal Constitutionnel et fait les démarches pour faire valoir son cas jusqu'à Strasbourg. En 2016, le couple contacte l'avocate française Caroline Mécary connue pour avoir gagné des jugements de reconnaissance de la filiation homosexuelle à la

⁴⁴³ Les conditions qu'exige cette Instruction afin d'inscrire la naissance d'un enfant né grâce à une GPA réalisée à l'étranger sont les suivantes : 1) document du registre civil du pays dans lequel la naissance a eu lieu; 2) un arrêt de l'autorité judiciaire du pays en vertu duquel on peut s'assurer que la mère porteuse avait exprimé son consentement à la GPA de façon libre et spontané et qu'elle avait été informée de tous les aspects concernant la GPA, notamment des aspects légaux ; 3) cet arrêt doit recevoir l'exequatur pour pouvoir être exécutoire en Espagne. Néanmoins si la décision de l'autorité étrangère dérive d'une procédure analogue à la procédure de juridiction volontaire espagnole, il suffit pour inscrire la naissance en Espagne que le service de l'état civil contrôle le document avant de l'inscrire. En tout cas, l'art. 10 Loi 14/2006 est une norme de droit national et ne représente pas un obstacle pour l'inscription.

⁴⁴⁴ S. Álvarez González, « Surrogacy : balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa » à : *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado* dirigé par C. Pellisé, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74.

Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Notamment les jugements *Menesson et Labassé*, qui condamnent la France pour avoir pratiqué une politique de refus de transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une GPA. Avec Maître Mécarry comme avocate, le couple présente recours à la CEDH. Le dossier est à ce jour confidentiel, mais le couple nous a informé que le recours s'appuie sur trois prémisses : la vie de famille, le principe d'égalité et l'exigence d'un jugement juste. Le jugement devrait avoir lieu en 2018.

Comme jadis, le couple O décide de présenter un recours devant la Cour de cassation sur la base de l'art. 14 de la Constitution espagnole. Pour les appelants, tant le tribunal d'instance que celui de l'Audience Provincial, dans leurs arrêts respectifs, n'appliquent pas le droit fondamental à ne pas être discriminé, le droit à être traité de façon égalitaire, car les appelants étaient deux hommes⁴⁴⁵. D'autre part, la situation juridique des enfants, en Espagne, n'était pas claire ; les enfants restent dans les limbes juridiques en ce qui concerne leur filiation et les effets juridiques qui en découlent⁴⁴⁶. La Cour de Cassation tranche finalement la question dans le même sens que le tribunal d'instance et de l'Audience, bien que 4 des 9 magistrats qui composent la Cour soient dissidents. Ainsi, 5 magistrats sont contre l'inscription de la naissance des enfants nés par GPA et 4 magistrats sont pour. Les deux positions fournies dans ce jugement nous fournissent les différents avis face à la GPA dans le droit et la jurisprudence espagnols⁴⁴⁷.

1.3.1.2 Les arguments

Comme nous l'avons remarqué, ce cas donne lieu à l'arrêt de la Cour de Cassation espagnole avec un « vote particulier » de 4 magistrats qui n'étaient pas d'accord avec la décision enfin adoptée. Nous allons exposer, au préalable, les arguments de l'arrêt et, puis, les arguments présentés par la minorité dissidente.

a) Les arguments de l'arrêt

Même si la Cour considère que la filiation peut, de nos jours, être déterminée par des critères différents que la pure biologie, par ex., l'adoption, la fécondation avec don de gamètes provenant d'un donneur anonyme ou d'un membre du couple de même sexe ou de sexe différent, en droit espagnol, l'inscription de la naissance d'un enfant né par GPA ailleurs est contraire à l'ordre public international espagnol. Il est par ailleurs décrit comme étant un « ordre public atténué », donc certains effets juridiques périphériques seront admis⁴⁴⁸, quoique la Cour de Cassation ne les précise pas : 1) l'art. 10 Loi 14/2006 dispose que le contrat de GPA est nul ; 2) la GPA est contraire à la dignité de la mère porteuse, qui pourrait devenir victime de sa propre situation personnelle ou économique, en portant un enfant afin d'obtenir

⁴⁴⁵ Quiñones Escamez, A., « Maternité de substitution et droit international privé (commentaire à la Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui) », *Revue Critique droit international privé*, 2011-1, pp. 83-188.

⁴⁴⁶ Rapport juridique du professeur docteur Santiago A. Roura Gomez, diplômé en droit constitutionnel de l'université de la Coruña, à propos de la possible violation de droits fondamentaux par l'arrêt de la cour suprême du royaume d'Espagne (archives privées).

⁴⁴⁷ B. González Martín, « No inscripción en el Registro civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución », *El Notario del siglo XXI*, mars/avril, 2014, p. 38.

⁴⁴⁸ J. Carrascosa González, « Orden público internacional y externalidades negativas », *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, pp. 5 et suiv.

une certaine compensation financière ; 3) il y a atteinte au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, parce qu'on coupe à l'avance le lien entre l'enfant et sa gestatrice⁴⁴⁹.

b) Les arguments de la minorité dissidente

Les 4 magistrats dissidents soulignent le fait que la filiation de l'enfant né par GPA était déjà déterminée par l'autorité publique de la Californie et, par conséquent, il n'y avait pas lieu de remettre en question l'application de l'art. 10 Loi 14/2006. Il s'agit seulement de savoir si cette décision serait contraire à l'ordre public international espagnol ou pas. La question centrale devient la reconnaissance, par l'Espagne, d'une décision étrangère valide conformément à la législation du pays, où la GPA a eu lieu.

Les magistrats estiment que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant fait partie de l'ordre public espagnol et par conséquent, la reconnaissance du document du registre de l'état civil de la Californie ne serait pas contraire à l'ordre public international espagnol. Autrement, les enfants nés par GPA seraient mis dans une situation juridique ambiguë par rapport à leur filiation ; ils seraient dans des « limbes juridiques ».

Par ailleurs, ils considèrent que la GPA représente une manifestation du droit à la procréation spécialement importante pour ceux qui ne peuvent pas concevoir un enfant biologique. Or, le contrat de GPA est un accord de volontés libre et spontané et il ne faut pas sous-estimer le fait que la mère porteuse a donné son consentement à la GPA d'une façon libre également. En tout cas, c'est à l'autorité de la Californie de veiller à ce que la mère porteuse consente librement à la GPA et pas à l'Espagne.

Enfin, les magistrats remarquent que le législateur espagnol devrait modifier la norme de l'art. 10 Loi 14/2006 pour assurer les droits des parties concernées par rapport au recours de la GPA en Espagne.

1.3.2 Critique : la reconnaissance d'un document étranger et l'ordre public international

Tout d'abord, nous allons exposer les questions concernant la reconnaissance d'un document étranger (a.), et ensuite nous remettrons en question le concept d'ordre public international mobilisé par la Cour de Cassation (b.).

a) La reconnaissance du certificat de naissance du registre de l'état civil étranger

Tant la DGRN que la minorité dissidente des magistrats de la Cour de Cassation déclare que la question centrale concerne la reconnaissance d'un document étranger, en particulier, le certificat de naissance délivré par le service de l'état civil du pays où la naissance des enfants nés par GPA a eu lieu⁴⁵⁰. Mais, il faut se rendre compte que le certificat délivré par le service de l'état civil étranger peut uniquement accréditer le fait que l'autorité chargée du registre étranger aurait pris deux décisions : d'abord, accorder l'inscription de la naissance des enfants au registre et puis, émettre le document (certificat de naissance) prouvant l'inscription au

⁴⁴⁹ E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁴⁵⁰ P. Orejudo de los Mozos, « Reconocimiento », pp. 476 et suiv.; A. Quiñones Escámez, « Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada », *Indret* 3/2009 (www.indret.com) ; voir le commentaire de cet arrêt de S. Álvarez González, *REDI*, V. LXVI, 2014, 2.

registre civil. Ces décisions sont adoptées conformément aux règles régissant le registre étranger. Aucune de ces décisions ne peut faire l'objet d'une reconnaissance par l'autorité espagnole. Le document établissant la naissance des enfants en soi-même ne peut pas être l'objet de la reconnaissance, les effets du document s'épuisent en eux-mêmes. L'objet de la reconnaissance ne pourrait être que l'acte juridique ou le fait juridique qui a eu lieu dans un pays étranger et inscrit dans le registre civil de ce pays.

Le document étranger du registre du pays où la naissance des enfants a eu lieu devient le seul moyen de preuve de la réalité de l'acte et de sa légalité en droit étranger. Par conséquent, l'autorité publique espagnole doit rendre sa propre décision sur la transcription de la naissance des enfants au registre civil espagnol, en vertu des normes espagnoles. Cela signifie que le personnel chargé du registre de l'état civil doit contrôler la légalité du titre présenté, en analysant sa validité, et celle du fait qu'il certifie. L'art. 23 LRC⁴⁵¹, en cas de certificat d'une autorité étrangère, exige qu'il n'existe pas de doutes sur le fait inscrit et sur sa légalité conformément à la loi espagnole. De son côté, l'art. 81 RRC⁴⁵² fixe les règles concernant l'inscription du fait décrit dans le document du registre de l'état civil étranger et l'art. 83 RRC⁴⁵³ précise les règles concernant l'inscription de l'acte constitué par une décision judiciaire étrangère. Pour autant, il sera nécessaire de déterminer si la maternité par substitution serait établie ex lege ou bien en vertu d'une décision d'un tribunal. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de procéder à la reconnaissance, et l'inscription dans le registre civil espagnol peut alors se faire en appliquant l'art. 81 RRC. Néanmoins, si selon le système juridique étranger, il faut l'intervention de l'autorité judiciaire avant ou après la naissance de l'enfant afin de déterminer la filiation, l'inscription de cette filiation dans le registre espagnol peut avoir lieu seulement s'il existe une reconnaissance préalable de cette décision (art. 83 RRC).

Dans le cas qui a donné lieu à l'arrêt du 6 février 2014, les autorités californiennes, avaient vérifié, avant l'accouchement, les conditions légales afin d'attribuer la paternité aux deux hommes concernés. Comme cette décision vient d'un État avec lequel il n'existe pas de Convention ou d'instrument conventionnel qui permette la reconnaissance de la décision d'une façon automatique, il était nécessaire de commencer par une procédure d'exequatur pour établir cette reconnaissance (arts. 954 et suiv. LEC). Par conséquent, le responsable du registre de l'état civil n'était pas compétent pour établir cette reconnaissance. La DGRN aurait dû rejeter le recours présenté face au refus du service de l'état civil consulaire de ne pas inscrire la naissance des enfants et confirmer la décision prise par ce service. Par contre, ce que fait la DGRN est très différent. Elle n'applique pas l'art. 83 RRC, mais l'art. 81 RRC, en affirmant qu'il ne s'agit pas de la reconnaissance de la décision des tribunaux américains qui a déterminé la filiation des deux hommes ; ce qui est l'objet de la reconnaissance par le

⁴⁵¹ “Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española” (Loi du 8 juin 1957; cette norme est applicable jusqu'au 15 juillet 2015; abrégée comme « LRC »).

⁴⁵² “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales” (Règlement du Registre civil du 14 novembre 1958; abrégé comme “RRC”).

⁴⁵³ “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente”.

registre de l'état civil espagnol c'est en réalité le document du registre de l'état civil étranger⁴⁵⁴. Si l'on généralise cette décision de la DGRN, c'est-à-dire l'application dans un tel cas de l'art. 81 RRC, l'art. 83 RRC ne s'appliquerait jamais. Pourtant si cette norme existe, c'est parce qu'elle développe une fonction importante : éviter qu'un acte juridique étranger, lequel ne remplit pas les conditions nécessaires pour être reconnu, puisse être transcrit dans le registre civil espagnol⁴⁵⁵. Enfin, selon cette réflexion la décision de la Cour de Cassation espagnole serait correcte, mais les arguments qu'elle utilise sont tout à fait inadéquats.

b) L'ordre public international espagnol

L'ordre public représente les principes juridiques sur lesquels la société espagnole est fondée. Ils sont fondamentaux pour une vie en commun pacifique. Il s'agit de principes -pas de normes-, de directives générales dérivées du système juridique espagnol. Il s'agit d'un « concept juridique indéterminé », son contenu change en fonction de l'évolution des mœurs de la société espagnole. Ainsi, il existe un noyau dur formé par les principes fondamentaux constitutionnels, auquel il ne serait pas possible de déroger⁴⁵⁶. Le concept d'ordre public espagnol amène à estimer, à notre avis, que la norme de l'art. 10 Loi 14/2006, en vertu de laquelle le contrat de GPA est nul, ne fait pas partie de celui-ci⁴⁵⁷. Par contre, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, la protection de la famille ou l'institution du mariage sont des principes fondamentaux, dont la clause d'ordre public ne peut pas faire abstraction. De ce fait, la Cour de Cassation espagnole n'offre pas un raisonnement solide en faisant jouer l'ordre public international espagnol; autrement, elle démontre la faiblesse de celui⁴⁵⁸.

1.4 Analyse socio-juridique des arguments : quelles hiérarchies pour quelles valeurs juridiques ?

Comme nous l'avons dit dans la partie juridique, le jugement du TS de février 2014 confirme la position selon laquelle les enfants nés par GPA ne peuvent pas être inscrits comme fille ou fils d'un couple marié homosexuel. Deux raisons sont apportées à cette position. La première relèverait de l'application de la norme espagnole qui prohibe ledit contrat dans la Loi 14/2006 (art. 10.1).

La seconde argue que la convention de reconnaissance de filiation serait contraire à l'ordre public international espagnol, en portant atteinte à la dignité de la femme gestatrice et de l'enfant à naître. Les arguments mobilisés à ce propos ont trait à la marchandisation de la gestation et de la filiation ainsi qu'à l'exploitation des femmes pauvres⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ L'application de l'art. 81 RRC au lieu de l'art. 83 RRC est aussi acceptée par les 4 magistrats dissidents de la Cour de Cassation.

⁴⁵⁵ P. Orejudo de los Mozos, "Reconocimiento", pp. 476 et suiv. ; A. Quiñones Escámez, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Indret* 3/2009 (www.indret.com).

⁴⁵⁶ J. Carrascosa González, "Orden público internacional", pp. 13-14.

⁴⁵⁷ M. Atienza, "De nuevo sobre las madres de alquiler", *El Notario del siglo XXI*, sept./oct., 2009, num. 27, pp. 36 et suiv.; S. Álvarez González, "Efectos en España de la gestación", p. 353; E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁴⁵⁸ Sur cet aspect, S. Álvarez González, « Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución » à : Entre Bruselas y La Haya : estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, coord. J. J. Forner i Delaygua / C. González Beilfuss / R. Viñas Farré, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 77-90.

⁴⁵⁹ A. J. Vela Sánchez "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad

Le problème juridique est donc de déterminer ce que l'on doit comprendre par « ordre public international espagnol ». Une partie de la doctrine considère que depuis l'entrée en vigueur de la Loi 13/2005, qui permet l'adoption par les couples homosexuels, la GPA ne devrait plus être considérée comme contraire à l'ordre public, surtout dans les cas où ces contrats se font en toute légalité⁴⁶⁰.

Selon cette position, la prééminence de l'ordre public s'effacerait devant l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la protection se concrétise en facilitant l'inscription aux bureaux d'état civil d'une relation déclarée, avec toutes les garanties, par un tribunal étranger. Dans ce même sens, d'autres estiment qu'il faut suivre les positions récentes en droit international privé, qui envisagent la possibilité d'une vraie régulation de la GPA au niveau international⁴⁶¹.

Quant à l'argument de la discrimination en fonction de la filiation⁴⁶², même le caractère « illégal » de cette filiation ne justifie pas un traitement différencié de la part des autorités publiques ou institutions privées⁴⁶³.

Le jugement de la Cour de cassation refuse l'argumentation de la discrimination en raison du sexe. Selon celle-ci, il est vrai que la législation espagnole permet l'inscription de la maternité en faveur de deux femmes mariées selon l'article 7.3 de la Loi 14/2006, mais la différence qui empêche de reconnaître une discrimination réside en ceci que, dans le cas de deux femmes, on procède à une technique légale d'apport du matériel génétique masculin, de sorte que l'une des deux femmes est bien la mère biologique de l'enfant⁴⁶⁴.

Tandis que dans le cas jugé, il y a recours à une technique prohibée par le règlement espagnol. Pour autant, cela ne veut pas dire que le règlement espagnol ne permet pas l'inscription à l'état civil d'une filiation en faveur de deux hommes, comme la DGRN l'argumente de son côté. Il nous apparaît donc qu'il faut se demander ce qui se cache derrière la mobilisation du concept de l'ordre public. Est-ce vraiment parce qu'il y aurait fraude, au regard de la LTRHA, et qu'une atteinte serait portée à l'intégrité de la femme et de l'enfant ?

Ou n'est-ce pas plutôt parce que le législateur ferait face à ce qui lui semble proprement impensable ? Cet impensable consistant en l'idée d'une double filiation masculine, sans mention de la figure de la mère.

1.5. Les derniers arrêts de la CEDH et leur incidence en Espagne. La décision (Auto) de la Cour de Cassation espagnole du 2 février 2015

subrogada en España A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley. Sección Doctrina*, 2012, núm. 7815, Año XXXIII, pp. 1-12.

⁴⁶⁰ A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González, « Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 », *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº. 2, 2009, pp. 294-319. A. Márquez, “Los contratos de *gestación* de sustitución ... nº 7863”, *Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14.

⁴⁶¹ E., Lamm, *Gestación por sustitución Realidad y Derecho*, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, 2012.

⁴⁶² Argument avancé tant par quelques juristes (Calvo Caravaca, *op. cit.* 2009) que par les pères qui ont eu recours à la GPA (<http://sonnuestroshijos.blogspot.ch>).

⁴⁶³ Cf. les jugements suivants : STSJ, Sala de lo Social, Madrid, 23 avril 2013 ; comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne (SSTJUE, 2 oct. 2003, affaire García Avello, et 14 oct. 2008, affaire Grunkin-Paul).

⁴⁶⁴ Voir à ce sujet les propos de ; E. Farnós Amorós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *op. cit.*

Grâce aux arrêts de la CEDH du 26 juin 2014 (Mennesson et Labassee⁴⁶⁵), le panorama juridique espagnol pour les enfants nés par GPA à l'étranger a changé. En effet, la CEDH, dans deux cas très similaires au cas espagnol, quoiqu' il s'agisse de couples français de sexe différent, estime que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose sur n'importe quelle autre considération⁴⁶⁶.

Les conséquences juridiques des arrêts de la CEDH se sont rapidement propagées en Espagne. En effet, dès le 10 juillet 2014, un représentant du Ministère de Justice annonçait l'envoi d'une Instruction immédiate à tous les consulats espagnols afin qu'ils inscrivent dans les registres de l'état civil consulaires la naissance des enfants nés par GPA à l'étranger. Ces inscriptions étaient paralysées à cause de l'arrêt de la Cour de Cassation espagnole. Le Ministère de Justice espagnol considère que les effets juridiques dérivés des arrêts de la CEDH s'appliquent directement en Espagne et, par conséquent, que le blocage des inscriptions des naissances doit cesser automatiquement⁴⁶⁷.

En prenant spécialement en considération les deux arrêts contre la France, les pères de l'enfant né en Californie croyaient qu'il existait une base légale permettant de demander à la Cour de Cassation espagnole une décision dans laquelle elle déclare la nullité de l'arrêt du 6 février 2014 et, en conséquence, que l'enfant puisse être inscrit dans le registre civil. La Cour de Cassation dans sa décision (Auto) ?? du 2 février 2015 a tranché la question contre la nullité de sa propre décision du 2014⁴⁶⁸ en arguant que les cas tranchés par la CEDH ne sont pas vraiment similaires au cas espagnol (dans les cas françaises il s'agit d'un couple hétérosexuel et dans le cas espagnol d'un couple homosexuel) car, en France, le fait d'utiliser la GPA comme moyen de procréation empêche l'application d'un autre titre juridique de légitimation pour déterminer la filiation. Par contre, en Espagne, il est possible de déterminer la filiation « biologique » par d'autres moyens juridiques (art. 120 CC).

Même qu'il ne s'agit pas d'une décision arbitraire de la Cour de Cassation espagnole⁴⁶⁹, il faut constater que la Cour fédérale Allemagne dans l'arrêt du 10 décembre 2014⁴⁷⁰, dans un cas identique au cas espagnol décidait autrement. L'argument de la Cour fédérale disait qu'étant donné que l'enfant né en Californie était fils biologique d'un membre du couple homosexuel enregistrée, l'autre pourrait, dans un cas similaire selon la loi allemande, adopter l'enfant et inscrire l'enfant dans le registre civil. Alors, si cela est possible en Allemagne, il faut également reconnaître la décision de l'autorité judiciaire californienne en permettant l'inscription de l'enfant dans le registre civil espagnol⁴⁷¹.

Enfin, les enfants nés par GPA à l'étranger se trouvent en Espagne dans un « limbe juridique ». Ils habitent avec leurs « parents », ils vont à l'école, ils mènent une vie tout à fait

⁴⁶⁵ Affaire Labassee c. France (requête n° 65941/11) et Affaire Mennesson c. France (requête n° 65192/11). Dans la doctrine, voir : E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁴⁶⁶ L'affaire Paradiso e Campanelli c. Italie du 25 Janvier 2015 concerne un enfant né de GPA en Russie ; mais à différence des cas français, il s'agit de la décision des tribunaux nationaux d'éloigner l'enfant et de le placer sous tutelle. Par contre, les affaires contre la France portent sur la question de la filiation et le droit à l'identité de l'enfant.

⁴⁶⁷ F. Rodríguez Prieto, «El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional», *El Notario del s. XXI*, nov./dec., 2014, pp. 26-29.

⁴⁶⁸ RAJ 2015/141.

⁴⁶⁹ S. Álvarez González, *REDI*, 2015-2.

⁴⁷⁰ BGH 10 décembre 2014, XII ZB 463/13.

⁴⁷¹ D. Reis, « German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy », <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>. Date de consultation : 25 septembre 2016.

normale à l'égal qu'un autre enfant né en Espagne, mais leur naissance ne peut-elle pas s'inscrire dans le registre civil et leurs « parents » ne sont pas reconnus légalement⁴⁷². Une solution envisageable serait la filiation par « possession d'état civil de père » comme il a été considéré par la Cour de Cassation espagnole dans d'autres cas similaires⁴⁷³.

1.6. La réforme de la Loi du registre civil et de la Loi de procréation humaine assistée. Une opportunité perdue

Récemment la Loi espagnole du registre civil du 2011 vient d'être modifiée par la Loi 19/2015, de 13 juillet⁴⁷⁴, malgré que cette norme n'entre pas en vigueur jusqu'au 30 juin 2017. L'art. 44 al. 4 établie que la filiation se détermine, en ce qui concerne l'inscription de la naissance, de conformité avec les lois civiles et la Loi 14/2006, du 26 mai, sur la procréation humaine assistée.

Il faut noter que le projet de cette loi avait ajouté une épigraphe numéro 7 dans l'art. 44 de la Loi du registre civil en vertu duquel aurait été possible de reconnaître en Espagne une naissance par GPA ailleurs, si la personne concernée apportait une décision judiciaire où le juge ou tribunal étranger déclarait la filiation biologique de l'enfant né de GPA d'accord avec son système juridique. Or, il serait nécessaire de s'engager dans une procédure d'exequatur. Finalement, dans la procédure parlementaire de ce projet de loi, l'exequatur était seulement indispensable dans le cas que la décision judiciaire étrangère se découlait d'une procédure différente à la procédure espagnole typique de la juridiction volontaire⁴⁷⁵.

En fait, il s'agissait de légaliser la décision prise par la DGRN dans son Instruction du 5 octobre 2010. Notamment, l'art. 96 al. 2 du projet de loi prévoyait l'option de reconnaître les certificats des inscriptions de naissances dans un registre civil étranger (art. 98 al. 1 lettre d). Pendant la procédure parlementaire, la DGRN déclarait, dans son rapport du 11 juillet 2014, la validité de son Instruction du 5 octobre 2010 et, par conséquence, l'inscription de la naissance des enfants nés de GPA à l'étranger, lorsqu'ils sont remplis les conditions exigées dans cette Instruction⁴⁷⁶.

Mais, comme jadis, le législateur espagnol n'a finalement pas considéré nécessaire d'introduire une norme concernant la GPA, même que le débat existe dans le monde juridique et dans la société en général.

D'autre côté, la même Loi 19/2015, du 13 juillet a modifié la Loi de procréation humaine assistée. En concret, il s'agit des arts. 7 à 9 desquels nous parlerons plus tard. À noter que la modification ne fait pas références à la GPA, celle-ci réglée à l'art. 10 de la Loi modifiée.

Enfin, le législateur espagnol a laissé passer l'opportunité de résoudre le problème légal autour des enfants nés de GPA à l'étranger.

⁴⁷² À notre avis, le père/la mère que les lois devraient considérer comme père et mère serait la personne que soigne l'enfant, ce qui se n'occupe de l'enfant même s'il ne serait le père ou mère biologique. Il s'agit du père ou de la mère « social/e » [S. Navas Navarro, "Los derechos del menor en las familias reconstituidas" à : Nasarre Aznar, S. / Barrada Orellana, R. / Garrido Melero, R. (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º el Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 618-627].

⁴⁷³ Voir dans ce travail l'épigraphe II.3.

⁴⁷⁴ Voir note à pied de page num. 12.

⁴⁷⁵ Loi 15/2015, du 2 juillet, de la juridiction volontaire (J.O. num. 158, du 3 juillet).

⁴⁷⁶ Les aspects relatifs au projet de loi peuvent se consulter à E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

1.7. Diverses formes de mobilisation du droit dans les actions de reconnaissance de la double filiation à travers les GPA

1.7.1 Trois formes de mobilisations

Nous avons identifié trois formes de mobilisations du droit dans les actions de reconnaissance de la filiation, dans le cadre de la pratique de la GPA en Espagne depuis la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels en 2005. Auparavant, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence en la matière.

1^{ère} : Par des jugements interposés partant du *cas 0* : recours à la Cour de Cassation jusqu'à Strasbourg. Ces actions sont appuyées par l'association « *sonnuestroshijos* ». Nous développerons ce point dans la partie qui suit.

2^{ème} : Par proposer un projet de loi émanant de la société civile (ILP), sachant que cette voie est rarissime en Espagne et il est très peu probable qu'elle se réalise. Cette mobilisation du droit a été plutôt envisagée afin de créer un débat public sur la question⁴⁷⁷. Cette stratégie est portée par l'« *asociación por la gestación subrogada en España* ». Cette association est née d'une histoire dramatique qui eut lieu en 2012. Un couple hétérosexuel dont la femme subira des complications à la fin de la grossesse, et accouchera d'un bébé mort et par la suite subira une ablation de l'utérus, et donc ne pourra plus avoir des enfants. Ce couple voudrait faire recours à la GPA pour entrer en parenté⁴⁷⁸ mais réalise qu'en Espagne la pratique de la GPA est interdite. Le couple constituera donc une association en mettant en avant son cas pour légaliser la GPA en Espagne. Les actions de l'association se concentrent sur la soumission d'un projet de loi, projet qui a été rédigé par le juriste Joan Cerdà et que l'on peut lire sur la page web de l'association : <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/>. Cette page web, est une plateforme d'information et de soutien pour la légalisation de la GPA. L'on y trouve aussi les actions que l'association mène pour convaincre les partis politiques de présenter un projet de loi (voir ci-après).

3^{ème} : Par des contacts politiques, notamment dans les partis. Ces contacts sont faits par les deux associations différentes, « *sonnuestroshijos* » et « *gestacionsubrogadaenespaña* ». Une stratégie a consisté en déposer une proposition de loi au Parlement de Madrid pour qu'ensuite, une fois approuvée, celui-ci la dépose au Parlement Espagnol. Cette proposition de loi avait été déposée au Parlement de Madrid en 2016 par une députée du Parti Populaire. En mars 2016 la votation a été très serrée et n'a pas abouti. Ce vote serré a dévoilé des conflits internes dans le parti conservateur, dont la plupart des députés ont voté contre⁴⁷⁹. Cette opportunité politique n'a pas donné ses fruits mais la fenêtre reste ouverte, il y en aura peut-être d'autres. Nous verrons qu'un travail de contact avec les partis politiques est en cours et notamment menée par l'association « *sonnuestroshijos* ».

⁴⁷⁷ <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/>.

⁴⁷⁸ D. Mehl, *Les lois de l'enfantement. Procréation et politique en France (1982-2011)*. Paris, Presses sciences po. 2011.

⁴⁷⁹ Positions des partis : socialistes contre, Izquierda unida contre, Podemos pour, Ciudadanos pour et PP en théorie pour.

1.7.2 La naissance d'une action collective

C'est en 2008 dans le cadre d'une rencontre de l'association catalane Familles lesbiennes et gaies (FLG)⁴⁸⁰ que plusieurs pères gays se rencontrent. Dans ce contexte, une table ronde sur la GPA est organisée par un couple de Séville. Dans cette rencontre, trois couples gays qui avaient entamé le processus de GPA discutent entre eux, notamment un couple catalan et un couple de Valence (le cas 0). Ils entrent en contact et constituent un groupe de 5 couples gays. Le couple catalan est sollicité par la FLG pour informer les gens qui allaient demander information sur la GPA, ils rentrent de ce fait dans le comité de l'association. Ces 5 couples créent un Google groupe nommé *Intended Parents* dans lequel commencent à recompiler de l'information et archivent toutes leurs correspondances. Ils se donnent comme objectif de documenter leurs actions mais aussi de récolter toute sorte d'information pour s'entraider dans leurs démarches de paternité.

C'est sur cette base que la plateforme « Nuestros hijos son españoles » est constituée le 22 novembre 2008, et ceci comme forme de revendication d'acquisition de la citoyenneté espagnole de leurs enfants que les consulats espagnols refusaient systématiquement. Jusqu'en 2008 le mouvement est composé seulement de couples homosexuels masculins pour s'ouvrir, en 2013, aux couples hétérosexuels et se constituer formellement en association « sonuestroshijos ». A ce jour, cette association compte sur plus de 300 membres.

Notons bien que c'est à travers les actions en justice du cas 0 qu'un groupe va se créer. Ce groupe virtuel, fonctionnant à travers les réseaux sociaux, aura comme objectif premier la visibilité⁴⁸¹. Pour ce faire, ils créent un blog qui servira de plateforme revendicative et support identitaire⁴⁸². Les mobilisations de ce groupe seront très instrumentales et donc concrètes : fonctionner comme groupe de support et d'entraide et à la fois faire pression pour changer l'attitude des instances juridiques espagnoles. C'est précisément ainsi qu'il est annoncé dans le blog : « Si nous nous organisons bien, nous pouvons fonctionner comme groupe de support mutuel et de pression face aux injustices de la part de l'administration »⁴⁸³. Par la suite, une grande partie des actions auront comme support principal les médias : les peu de membres viseront une apparition médiatique⁴⁸⁴ sous forme d'entretiens dans des programmes télévisés, articles dans des journaux et participation dans des programmes de radio. Cette apparition médiatique se fera avec deux modalités distinctes : témoigner de leur parcours difficile et douloureux vers la paternité et revendiquer l'inscription de leurs enfants aux bureaux de l'état civil consulaires. De ce fait, la stratégie de communication consistera en élaborer un message clair et bien concis :

« Les associations de familles homoparentales font la revendication suivante : Qu'il soit permise l'inscription dans le Registre Civil espagnol des enfants d'homosexuels espagnols nées à l'étranger au moyen de la transcription simple de l'acte de naissance du pays de naissance ».

⁴⁸⁰ Voir notamment une étude ethnographique sur les actions de cette association M. Roca i Escoda, « De la mobilisation du droit à la réalisation du droit. Les actions de l'association catalane 'Familles Lesbiennes et Gays' », *Politix*, 2011 N°2, dossier « Discriminations et droit », 59-80.

⁴⁸¹ M. Roca i Escoda, « L'expérience juridique de l'action collective. Le cas de l'association catalane Familles Gaies et Lesbiennes », *Nouvelles pratiques sociales*, Dossier : « De l'intervention à l'action : Nouvelles avenues d'inclusion des communautés LGBTQI », Vol.18 (1), 2016.

⁴⁸² M. Roca i Escoda, « Visibiliser et normaliser la paternité Gay en Espagne. Les actions médiatiques de l'association Familles Lesbiennes et Gays ». Soumis Revue *Genre en Séries*, septembre 2016.

⁴⁸³ Blog sonuestroshijos (consulté le 24 novembre 2008).

⁴⁸⁴ E. Neveu, « Médias, mouvements sociaux et espace public », *Réseaux*, no 98, 1999, pp. 17-85, 1999.

Notons bien qu'à travers ce message, le groupe se présente sous l'identité des associations de familles homoparentales⁴⁸⁵. Ces associations étaient bel et bien visibles et légitimées en Espagne depuis l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, et donc serviront de support identitaire au petit groupe de pères gays.

Revenons au message que le groupe veut transmettre. Il est question de présenter un problème concret et d'éviter créer le débat autour de la légitimité de la GPA. Cette demande ne fait pas appel aux droits, mais souligne une question pratique : pouvoir inscrire les enfants de pères espagnols aux bureaux d'Etat civil.

Notons également, que le centre des revendications n'est pas le droit de la personne adulte mais les droits des enfants nés au sein de ces familles, à l'égal que les revendications des associations homoparentales⁴⁸⁶. Il s'agit d'une position pragmatique qui souligne un problème et demande des solutions.

« Selon le règlement de l'état civil une naissance peut être enregistrée au Consulat espagnol si l'on soumet la certification étrangère de l'autorité locale homologue à l'état civil des naissances. Elle ne concerne pas l'application d'un contrat de maternité de substitution, mais de transcrire un document étranger à l'Etat civil espagnol »⁴⁸⁷.

Il est intéressant de souligner que cette nouvelle revendication s'appuie sur la loi 13/2005, qui ouvre le mariage aux couples homosexuels, ainsi que la reconnaissance de la double maternité lesbienne au-delà d'un lien biologique de l'une des partenaires. La revendication s'appuie alors sur l'égalité de traitement, notamment entre couples gays et couples lesbiens.

« La Loi 13/2005, qui régit le mariage homosexuel proclame son égalité absolue devant la loi en droits et devoirs en ce qui concerne les mariages entre personnes de différent sexe. En outre, depuis 2007, la loi a permis l'enregistrement des enfants de mariages entre deux femmes dès la naissance et indépendamment de l'absence de liens biologiques avec l'un d'entre elles. Cette loi est rédigée de telle sorte qu'elle s'applique uniquement aux femmes. Cependant, la Constitution espagnole prévoit l'égalité absolue entre les personnes, sans distinction de sexe ou d'orientation sexuelle ».

L'égalité de droits est aussi revendiquée de la sorte :

« Nous appelons à l'égalité d'accès à l'Etat civil. Il s'agit de la procédure habituelle d'enregistrement qui implique la transcription littérale du document d'enregistrement du pays de naissance. Les consulats espagnols refusent systématiquement l'enregistrement à l'Etat civil des enfants d'Espagnols homosexuels nés à l'étranger par GPA. Depuis les associations de familles homoparentales l'on demande au ministère de la Justice de mettre fin à cette discrimination, qui refuse la nationalité espagnole et donc sans protection juridique à des dizaines d'enfants. Pour permettre ces inscriptions, il n'y a pas besoin de changer la loi, il faut seulement une volonté politique et le courage d'assumer les changements sociaux résultant de la loi 13/2005 qui permet le mariage entre personnes de même sexe ».

Pour ces pères, le refus d'inscription de leurs enfants à l'Etat civil est de l'ordre d'une discrimination qui est à son tour anticonstitutionnelle.

⁴⁸⁵ M. Roca i Escoda, « De la mobilisation du droit à la réalisation du droit. Les actions de l'association catalane 'Familles Lesbiennes et Gays' », *op. cit.*

⁴⁸⁶ Ibid.

⁴⁸⁷ « Según el Reglamento del Registro Civil la inscripción de un nacimiento puede hacerse aportando al consulado español la certificación extranjera de la autoridad local homologa al Registro Civil de nacimientos. No se trata de hacer valer un contrato de subrogación sino de transcribir al registro español un documento registral extranjero ».

« Discriminer en fonction du type de naissance, c'est interdit par la Constitution espagnole. En ce qui concerne le droit d'être protégé, la loi organique 3/2007 du 22 Mars pour l'égalité effective des femmes et des hommes, dans leur art. 3 stipule que « Le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes signifie l'absence de toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, et surtout la mère, dans le fait d'assumer des obligations familiales et l'état civil » ».

Ce travail de visibilisation va donc de pair avec la dénonciation d'une hypocrisie sociale et politique.

« La GPA est pratiquée depuis quelques années et ce sont des centaines d'espagnols nés à travers cette technique de reproduction. Il y a eu des problèmes depuis que cette pratique est utilisée par des couples homosexuels masculins ».

Comme le souligne cette citation, la GPA est devenue un problème visible lorsqu'elle a été pratiquée par des couples d'hommes. Le groupe de pères s'efforcera de montrer l'ampleur de cette pratique auprès des couples homosexuels et de dénoncer par la suite une hypocrisie politique.

C'est bien ce qui font quelques membres lors qu'ils sont appelés à témoigner ou exposer dans des rencontres associatives et politiques autour de la GPA. Ainsi, par exemple, l'un des membres nous a fourni une présentation power point qu'il a préparé où il est démontré le suivant : Selon des sources de « *sonnuestroshijos* », en calculant la taxe de natalité des espagnols résidents dans le périmètre consulaire de Los Angeles en 2008 (c'est la dernière année que le Consulat publia ces chiffres sur son site web), ce taux est de 50,1 pour mille. Ce taux est cinq fois supérieur au taux des Espagnols résidents en Espagne (9,8 pour mil au 2008) ou dans d'autres territoires consulaires. Ceci signifie un taux cinq fois plus grand que le taux de natalité des espagnols nés en Espagne. C'est à dire, ce chiffre correspondrait au taux de natalité plus haut au monde après Nigeria.

Ce que le groupe de pères s'efforce de montrer avec ces données, c'est le nombre élevé de couples et personnes seules qui sont allés et vont encore à l'Etat de la Californie pour avoir des enfants à travers de la GPA. On calcule entre 500 et 1000 enfants de mères et pères espagnols qui sont nés dans cet Etat. Si l'on prend en considération que ce n'est pas le seul Etat des Etats-Unis où la GPA est légale (Illinois, Massachussetts, Colorado, etc.) on peut supposer qu'il y a au moins 1500 enfants par an nés de la GPA. Ces données leurs ont été facilitées par les agences américaines qui encadrent le processus de GPA⁴⁸⁸.

Dans ce cadre, on peut parler d'une grandeur de l'ordre de 10.000 ou 15.000 citoyens espagnols qui sont nés de cette technique. Et ils en sont beaucoup plus si on y ajoute d'autres pays comme l'Inde, Thaïlande, Ukraine, Mexique, etc. Et l'on pourrait encore ajouter ceux qui naissent au sein de l'Etat espagnol. Comme nous l'affirme l'un des membres de l'association « *sonnuestroshijos* » : « il suffit de regarder sur internet les annonces de femmes espagnoles qui s'offrent pour être gestatrices ».

Selon les données facilitées à l'association « *sonnuestroshijos* » par les 4 principales agences américaines qui s'occupent de la gestion de la GPA, le 85% des couples qui les sollicitent sont hétérosexuels, et le 15% ce sont des couples homosexuels ou des personnes seules. Etant donnée cette réalité, l'association dénonce le biais d'information, car ce qui a émergé à la surface publique (perception médiatique et populaire, mais aussi juridique) est que la GPA soit une pratique notamment des couples gays. L'association dénonce une confusion dans le

⁴⁸⁸ Selon l'un des membres de l'association *sonnuestroshijos* (Entretien à Vicent, avril 2016).

débat, car il y aurait plus de réticences à permettre la filiation des enfants nés par GPA aux couples homosexuels masculins.

En outre, l'association dénonce aussi le fait que très peu de couples hétérosexuels à ce jour font le coming out. C'est pourquoi l'association a décidé s'ouvrir aux couples hétérosexuels dès 2012 et les incorporer comme membres mais en priorité les couples qui rendent public leur cas.

Les actions médiatiques depuis 2008 se sont aussi concentrées à visibiliser le parcours de paternité de ces couples. A l'égal que pour d'autres associations d'homoparents, comme la FLG, pour ces pères, il est très important que la société espagnole prenne connaissance de leurs histoires. A partir du récit de leurs cas individuels ces couples visent faire une pédagogie en montrant que leurs actions sont légitimes, et surtout éthiques. Le couple qui incarne le cas 0 sera donc très médiatisé. Lorsqu'ils vont en Californie pour assister à la naissance des jumeaux qui deviendront leurs enfants, l'un des deux hommes se mettra à disposition pour apparaître à divers médias espagnols. En ce sens, Nacho, nous souligne qu'une fois atterri à Californie, il a gardé l'horaire espagnol et qu'il a été 100% dédié à apparaître dans les médias. Il souligne également que dans les premières photos de leurs enfants, il n'y sera même pas présent, car il était tout le temps en antenne avec les médias espagnols. Il est aussi intéressant de noter que le contact avec les médias ainsi que la sélection et prise de rendez-vous sera fait par un autre membre de la petite association.

Il est important de souligner que ces couples de pères gays ont tous des études universitaires et occupent des postes importants, la plupart d'entre eux sont médecins ou biologistes. Ces personnes ont un capital social élevé, mais aussi un capital militant ⁴⁸⁹, car ces couples possèdent « les propriétés sociales reconnues par leurs pairs », mais aussi par un plus large public⁴⁹⁰. Ils savent très bien s'exprimer en public, mais aussi défendre leur cas en justice comme nous verrons dans la partie qui suit.

2. Filiation des couples de fait ou des époux homosexuels dans le cas de la procréation médicalement assistée. Dernières modifications légales

En ce qui concerne la filiation des couples de fait ou des époux homosexuels nous allons faire référence au couple formé par deux femmes qui désirent avoir des enfants « biologiques ». La détermination de la filiation dans ce cas est réglée par la Loi 14/2006, à l'art. 7 al. 3, qui vise seulement les femmes mariées (2.), ce qui pose la question, dans un tel cas, des femmes non mariées (3.). Tout d'abord, nous allons exposer le cas sociologique concernant l'Association catalane des familles gays et lesbiennes (1.).

2.1 Se saisir du droit pour faire reconnaître une double maternité : les actions de l'association catalane Familles Lesbiennes et Gays

Avec l'étude d'une série d'actions de l'association catalane Familles Lesbiennes et Gays (GLG), suite à la reconnaissance de la filiation homosexuelle, nous allons décrire comment ses membres se saisissent des nouveaux droits accordés aux couples et familles homosexuels

⁴⁸⁹ F. Matonti et F. Poupeau, « Le capital militant. Essai de définition », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 155, 2004, pp. 4-11.

⁴⁹⁰ L. Mathieu, *Comment lutter ? Sociologie et mouvements sociaux*, Paris, Textuel, 2004.

dans le contexte catalan pour résoudre différents problèmes dans les situations pratiques de leur existence. Il est important de noter que l'on se distancie d'une approche centrée sur le rapport au droit dans la vie quotidienne des gens, comme le font les recherches qui s'intéressent aux pratiques concrètes de la vie quotidienne au sein desquelles les règles juridiques sont perçues comme des éléments constitutifs de la réalité⁴⁹¹. Nous nous situons avant toute utilisation « ordinaire » du droit, puisque nous allons regarder le travail de formalisation et de consolidation auquel prennent part les membres de l'association FLG, avec l'aide de plusieurs avocats.

Comme nous l'avons avancé, si la loi ouvrant la possibilité d'adopter aux couples homosexuels fut approuvée, elle laissa de côté la présomption de maternité. En termes d'égalité devant les procédures de reconnaissance de filiation, et au regard des effets de droit de la loi espagnole sur l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, un problème restait à considérer, celui du défaut de reconnaissance automatique de la filiation dans les cas de reproduction assistée pour les couples lesbiens. C'est donc sur cette question que la FLG va se mettre au travail. La FLG dénonça par la suite, auprès des instances publiques et administratives, les difficultés que subissent les couples lesbiens lorsqu'ils font recours aux PMA, étant donné que ces couples ne peuvent offrir, en tant que couple parental, aucune protection à l'enfant, du moins jusqu'à ce qu'un accord d'adoption ne soit validé bien après la naissance. Dès l'engendrement et jusqu'à au moins trois mois après la naissance, la protection parentale fait défaut, puisqu'aux yeux de la loi, seule la mère biologique est reconnue comme parent.

2.1.1 Se saisir de l'opportunité offerte par le cadre politique

La FLG considère donc que la non présomption de maternité relève d'un « vide juridique »⁴⁹². Pour y remédier, les démarches entreprises, en co-partenariat avec l'association ACORD⁴⁹³, ont été focalisées sur l'introduction d'un amendement dans le code de succession (dans le livre 2 du Code civil catalan). En effet, au milieu des années 2000, une réforme du Code civil catalan avait été planifiée, commençant par la réforme du code de successions. Ce projet d'amendement consiste à proposer d'établir que l'enfant issu des PMA avec deux femmes lesbiennes, dans les cas où la mère biologique a donné son consentement par écrit, sera inscrit directement dans le registre d'état civil, en tant que fils ou fille de deux mères.

Pour ce faire, pendant l'hiver 2008, quelques membres de la FLG ont été s'entretenir avec tous les groupes parlementaires, ainsi qu'avec le Directeur Général du « Droit et Entités Juridiques », en mettant en avant des situations pratiques : « *Dans toutes ces réunions, nous avons exposé le problème que nous rencontrons à cause du fait que quelques Registres de l'État Civil de la Catalogne déniaient de façon catégorique l'inscription de la filiation des enfants nés par des techniques de reproduction assistée, en contraste avec les couples de fait ou les couple mariés qui n'avaient pas de fils biologique. Finalement nous avons obtenu l'appui de tous les groupes parlementaires et du département de Justice pour inclure une*

⁴⁹¹ L. Israël et J. Péliasse, « Quelques éléments sur les conditions d'une « importation » (Note liminaire à la traduction du texte de S. Silbey et P. Ewick) », *Terrains & travaux*, 6, 2004, P.104.

⁴⁹² Selon les mots de la présidente de la FLG (avril 09).

⁴⁹³ L'association ACORD « Assessorament, counselling, orientació i recursos per a dones lesbianes, bisexuals i transsexuals », est née en 2000, elle se donne pour mission de normaliser et de rendre visible l'homosexualité féminine dans la société. Elle est constituée par un groupe de femmes, issues du mouvement LGTB, formées aux savoir-faire et aux métiers du conseil et de l'aide en direction des femmes LTB.

disposition finale qui modifierait le code de famille - dans le Code de successions »⁴⁹⁴. La modification est vite acceptée, elle entre en vigueur dès le mois de Juillet 2008⁴⁹⁵. Si cet acquis juridique a été le produit d'une mobilisation très ciblée de quelques membres du comité de l'association, les arguments avancés par la FLG lors des entretiens avec les parlementaires et groupes politiques ont été confectionnés par des avocats engagés dans le transport des aspirations à la reconnaissance des personnes homosexuelles, dès le début des années 2000 : ce sont eux qui les traduiront et les rédigeront dans un vocabulaire « expert », en bonne et due forme juridique.

2.1.2. Veiller à une efficacité réelle de la loi et faire face à l'arbitraire des procédures administratives

Si l'obtention de cet amendement est une réussite, quant à l'égalité formelle de traitement et des droits des personnes homosexuelles, dans la pratique des procédures de reconnaissance de filiation, la FLG est confrontée à une application aléatoire de ce nouvel article de loi. En principe, les Registres des États civils, l'État Civil de Barcelone inclus, qui appliquent ce code de famille doivent faire les inscriptions de filiation au nom des deux mères, de la mère biologique et de sa compagne. Puisqu'il s'agit d'une modification récente du code des successions, moult agents des registres civils n'en ont même pas connaissance (du moins c'est ce qu'ils avancent pour motiver leur refus). De sorte que beaucoup de couples lesbiens contactent l'association FLG pour témoigner des refus qui leur sont opposés. En guise de réponse, c'est alors la matérialité de la loi dont la FLG se saisit. Ainsi, elle fournit à ces couples des photocopies du texte de la loi, afin qu'ils puissent faire réaliser la loi auprès des juges « distraits » ou réticents à observer cette nouvelle disposition législative. Pour que la réalisation de ce droit soit effective, la FLG s'efforce aussi de travailler à la consolidation de ce dispositif additionnel. Saisissant l'opportunité de la réforme du code civil catalan, notamment du livre de successions, elle s'efforce de faire inscrire l'amendement dans le projet de révision de la loi sur les personnes et les familles.

Parallèlement à ces démarches, avec l'aide de quelques avocats, la FLG travaille également à l'établissement d'une vraie égalité dans les procédures juridico-administratives des couples lesbiens qui font recours aux PMA dans les centres hospitaliers publics. L'une des avocates qui collabore avec la FLG prend en charge un jour par semaine une permanence juridique au bureau de la non-discrimination de la mairie de Barcelone. C'est depuis ce bureau que plusieurs plaintes seront déposées par des couples lesbiens ayant recours aux PMA dans des centres publics et qui estiment qu'elles y ont été discriminées. En effet, dans le protocole de quelques hôpitaux, la priorité est donnée aux couples hétérosexuels, étant donné que le critère qui établit l'accès à plusieurs services de gynécologie des hôpitaux publics pour ce type d'intervention est l'infertilité-stérilité.

L'avocate du bureau de non-discrimination de la mairie de Barcelone établira un modèle type de lettre pour des plaintes de ce genre, susceptibles d'être adressées aux hôpitaux, au service de la santé publique et au département de la justice du gouvernement catalan : « *Le Parlement de la Catalogne a été à la tête de la promotion de lois qui mettent fin à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Ce cadre légal sera vidé de son contenu s'il ne garantit pas l'égalité réelle de toutes les personnes et il requiert un effort d'adaptation des critères et*

⁴⁹⁴ Rapport d'activité 2008 de la FLG.

⁴⁹⁵ Cette demande sera approuvée le 16 juin 2008 et aura, contrairement à d'autres modifications du code des successions, effet immédiat.

protocoles d'action de quelques services publics afin de garantir les droits reconnus par la loi »⁴⁹⁶.

Récemment, un changement d'importance a aussi été entériné dans la normativité juridique espagnole. Il s'agit d'une ordonnance faite par le gouvernement central qui, dans le contexte de coupes budgétaires, stipule que le système de santé publique prend seulement en charge les frais de procréation médicalement assistée des couples hétérosexuels qui se soumettent à un test de stérilité ⁴⁹⁷. Les femmes seules et les couples lesbiens sont donc exclus de ces prestations et doivent aller à des cliniques privées. Au-delà de l'atteinte à la santé publique, plusieurs couples homosexuels témoignent d'avoir fait l'expérience de cliniques privées qui ont été réticentes à pratiquer cette technique au-delà des seuls couples hétérosexuels.

En effet, la moitié des couples interviewés ont vécu des problèmes, rencontré des obstacles, voire subi des discriminations explicites dans des cliniques publiques et privées. Raquel témoigne en ce sens : « Alors, la première expérience à une clinique, on nous a fait comprendre que c'était une pratique pas vraiment légale, presque a-légale ou para-légale. On avait une assurance privée, et on a pris rendez-vous avec la responsable de la clinique de fertilité de la mutualité. On est sorties du rendez-vous en se disant : nous sommes des méchantes, voire des criminelles, nous sommes à côté de la plaque ! Cette médecin avait des préjugés, une homophobie installée ! La médecin nous avait dit : 'ceci, je ne le pratique pas, mais je vous donne une direction'. Comme si nous demandions une pratique clandestine ! ». Maria et Muriel témoignent dans le même sens : « on a été très mal reçues, comme s'ils ne voulaient pas ce genre de clients ».

Face à ces obstacles, ces femmes se sont rendues à l'association FLG pour obtenir soutien et conseil juridique. La FLG élaborera par la suite un guide à l'intention des cliniques afin qu'elles changent le protocole. De plus, un manifeste intitulé « droits sexuels et à la reproduction », ainsi qu'une plainte, ont été déposés auprès du Ministère de la santé, de l'Ombudsman et de différents groupes parlementaires catalans, en mai 2015, par des associations féministes et la FLG. Ce manifeste revendique plusieurs choses en s'appuyant sur la loi contre la LGBTphobie⁴⁹⁸, notamment « le droit des femmes sans partenaire masculin et des femmes lesbiennes et bisexuelles à l'accès aux systèmes de reproduction assistée gratuits de la santé publique. Droit à ce que l'accès à la pratique de la ROPA n'exige pas le mariage entre deux femmes. Droit à ce que les centres médicaux facilitent l'allaitement induit des mères lesbiennes ou bisexuelles non gestatrices (comme cela est proposé pour les mères adoptives) » (Manifeste du 15 avril 2015).

2.1.3 Consolider les nouveaux droits

Les démarches de la FLG seront menées par sa présidente qui entreprend, dès le début de l'année 2009, une série d'échanges avec les partis plus conservateurs afin de les sensibiliser à ce problème. Ces rencontres aboutiront à une audition auprès de la commission technique de la justice en septembre 2009. Durant cette audition, les objectifs de la FLG sont doubles. Il est d'abord question de consolider la présomption de maternité dans le code de la famille catalan, puis ensuite d'établir une vraie égalité entre les couples homosexuels et hétérosexuels dans la « formalisation » de la loi relative à l'adoption. Cette audition est appréhendée comme une

⁴⁹⁶ Mairie de Barcelone, bureau de la non-discrimination, Plainte num: 85/12, du 31/07/2008.

⁴⁹⁷ El Real Decreto 1030/2006, Annexe III, parties 5.2.9.3. Jusqu'au 5.3.8.3. (Bulletin Officiel de l'Etat, num. 269, 6/11/2014, pgs : 91373-91376).

⁴⁹⁸ Loi, approuvée par le Parlement catalan le 13 octobre 2014, qui vise à garantir les droits des lesbiennes et gays, bisexuels, transgenres et intersexuels et à lutter contre l'homophobie, la biphobie et la transphobie.

étape très importante pour les membres de la FLG et est préparée par deux avocats qui ont porté plusieurs cas de familles au nom de la FLG. Le document sur lequel la présidente de la FLG s'appuiera pour s'exprimer lors de l'audition est soigneusement rédigé par ces deux experts ⁴⁹⁹. Mais l'enjeu le plus important est d'établir une vraie égalité entre couples hétérosexuels et couples homosexuels dans les processus de filiation. La FLG vise à mettre en équivalence la présomption de paternité et de maternité. A ses yeux, lorsqu'une femme est enceinte dans le cadre d'un mariage hétérosexuel, on présume de facto que son mari est le père, sans en demander la preuve. De ce fait, pour un couple lesbien dont l'une des femmes serait enceinte (sans recourir aux PMA), on devrait aussi présumer que sa compagne compte comme l'autre mère.

Dans le document qui accompagne les projets d'amendements à cette réforme législative du code de la famille, la FLG donne les « raisons » qui ouvrent et justifient de tels changements dans les lois. Ces « raisons » fournissent à l'attention des législateurs un ensemble de considérations (d'ordre sociologique, politique, moral ou proprement juridique) tentant de démontrer en quoi l'absence de reconnaissance de ces catégories de personnes est préjudiciable, en quoi et pourquoi ces amendements sont souhaitables, en droit et pour le droit. L'exposé des motifs s'ouvre par une présentation de l'association dont l'existence même atteste de la réalité des familles homosexuelles dans le contexte catalan. Celles-ci participent de la diversité des formes de famille qui mettent à mal le présupposé juridico-politique de l'existence d'un seul modèle familial. Saisissant l'occasion de la réforme de cette section du Code civil au titre « personne et famille », l'association propose ainsi de mettre ledit titre au pluriel : « La personne et les familles ».

La FLG met ensuite en valeur les bienfaits de la loi ouvrant l'adoption au couples homosexuels (3/2005), en rappelant que cette loi a « légalisé une situation de fait, une situation déjà existante » dans laquelle un garçon ou une fille avait deux mères ou deux pères. L'association insiste aussi sur le fait que cette loi protège et reconnaît avant tout l'intérêt de l'enfant, mais aussi que « justice a été faite aux familles lesbiennes et gays, une reconnaissance sociale nous avait été donnée, et on en finissait avec des années de discrimination au regard des couples hétérosexuels ; d'autre part une reconnaissance légale était donnée à nos filles et fils ».

Pour rentrer dans le vif du sujet, c'est-à-dire la question de la « présomption de maternité », sans brusquer les législateurs, l'association interprète l'absence de prise en compte de ce problème comme un « oubli »⁵⁰⁰. Comme cet « oubli » a été corrigé avec la loi 10/2008 du 10 juillet dans une disposition finale qui modifiait la Loi 9/1998 du 15 juillet du Code de la Famille, avec pour conséquence que « les enfants nés d'une reproduction assistée d'une femme mariée ou non, étaient fils de la femme ou de l'homme ou du conjoint qui avaient consenti à la fécondation expressément », la FLG estime que « il n'y a aucune sorte de discrimination entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens ». Bien qu'il n'y ait pas de discriminations entre les couples hétérosexuels et homosexuels quant à la reconnaissance de la filiation homo ou hétérosexuelle, la FLG entend consolider cette nouvelle disposition en

⁴⁹⁹ La première experte est l'avocate spécialiste en droit de la famille qui a porté les demandes d'adoption de plusieurs membres de la FLG. Le second expert, collaborant de manière plutôt « officieuse » avec la FLG, est le juriste spécialiste en droit administratif, affilié à l'un des partis de gauche membre du gouvernement en 2003.

⁵⁰⁰ Oubli qui n'est néanmoins pas sans conséquences : « Cependant, la Loi 3/2005 a oublié dans le texte rédigé l'incorporation de la fécondation assistée de la femme mariée ou non, par conséquent les *enfants* des femmes qui naissaient d'une fécondation assistée, et dont le couple était composé de deux femmes, ne pouvaient pas être reconnus directement par les deux femmes, et elles devaient passer par le *processus* légal d'adoption, avec tout le coût économique, émotionnel et le caractère discriminatoire que cela représentait par rapport aux couples hétérosexuels ».

faisant en sorte qu'elle acquière le statut d'un article de loi intégré de plein droit dans le Code civil, notamment dans le code des successions. Elle insiste alors sur le fait que la disposition doit bien être incorporée dans l'intitulé des articles du projet de loi⁵⁰¹ afin qu'elle ne soit pas seulement placée comme une simple disposition additive.

Dans ses propositions la FLG va encore plus loin dans sa poursuite de l'égalité de traitement car elle vise, dans et pour toutes les configurations normatives relatives au droit de la famille, à « accomplir une symétrie de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens ». En l'état actuel, on réserve exclusivement à l'homme l'établissement de filiation par le mariage ou par couple de fait avec la mère de l'enfant à travers une présomption (art. 235.3 du projet de loi en cours, 2010). La FLG recommande alors « d'introduire la présomption de maternité, matrimoniale comme non matrimoniale, en faveur de l'épouse ou du couple lesbien de la mère biologique, quant à l'enfant qui naîtra durant l'existence du mariage ou du couple de fait. Avec cette opération, on parvient à accomplir une symétrie de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens ».

Le 29 juillet 2010 le Parlement catalan approuvera la Loi 25/2010 du 29 juillet du livre second du Code civil de la Catalogne relatif à la personne et la famille⁵⁰². Cette loi vise une pleine égalité entre couples homosexuels et hétérosexuels dans les processus de filiation, notamment pour tout ce qui a trait à l'adoption et aux PMA, mais refusera d'élargir la présomption de paternité à celle de maternité, en alléguant l'impossibilité biologique pour deux femmes d'avoir un même enfant. Toutefois, en début 2017 un cas de jurisprudence fera changer la donne. Il s'agit d'un couple de femmes mariées qui refusera de présenter à l'administration (Etat civil) le document qui prouve que l'enfant a été conçu à une clinique de reproduction. Le couple gagnera cause et actuellement, un couple lesbien peut procéder à une inscription de naissance aux bureaux de l'Etat civil sans avoir pratiqué une procréation artificielle dans une structure hospitalière.

2.1.4 L'entrée en maternité des couples lesbiens

Du côté des couples lesbiens, on pourrait penser que cette reconnaissance et ouverture du cadre de la filiation ont permis de briser la suprématie de la composante biologique, en ceci que deux femmes sont dans l'impossibilité biologique de procréer. Dans les faits, et aux yeux du législateur, l'une des deux femmes porte l'enfant et l'autre est la mère d'intention sans avoir un lien biologique. Cependant, la pratique nous montre que ce n'est pas le cas. Lorsqu'un couple lesbienne fait recours aux TRA, les deux femmes pratiquent de plus en plus ce que les cliniques de fertilité appellent la « maternité partagée » ou la ROPA (Re-réception d'ovocytes de la partenaire)⁵⁰³. En effet, avec les techniques actuelles concernant la reproduction assistée, il est possible que les deux femmes mariées participent du processus de la grossesse. L'une des partenaires apporte les ovocytes qui sont inséminés avec le sperme d'un donneur anonyme, et l'autre, reçoit les embryons et porte l'enfant. Dans ce sens, il y a la possibilité qu'une d'entre elles soit mère génétique et l'autre mère gestatrice. Afin de diffuser cette possibilité technique, plusieurs sites internet des cliniques de fertilité font l'annonce suivante : « De cette façon, les deux femmes participent à la gestation, les deux femmes donnent leur consentement informée et les deux femmes auront des droits et des obligations

⁵⁰¹ Notamment dans les articles suivants : L'article 235-8 règle la « Reproduction assistée de la femme mariée », et l'article 235-13 règle la « Reproduction assistée de la femme ».

⁵⁰² Cette loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

⁵⁰³ Recepción de ovocitos de la pareja.

sur l'enfant à naître »⁵⁰⁴. Nous sommes donc en présence, tant du côté de la volonté des futures mères que du côté des pratiques hospitalières des TRA, d'une re-biologisation du lien de filiation pour ce qui concerne la filiation monosexuée féminine, et ce même si la loi reconnaît la double filiation sans vérifier l'implication biologique des deux partenaires du couple.

Dans les entretiens que nous avons menés auprès des mères lesbiennes qui ont pratiqué la ROPA, cette co-participation biologique est voulue pour plusieurs raisons. D'une part, ce choix a été fait par une volonté de participer « à faire l'enfant ». « De cette façon c'est un enfant de nous deux ». Il faut aussi souligner que les témoignages nous ont constaté que ce sont les cliniques qui mettent cette possibilité en avant, même si elle est plus chère, car plus compliquée. Mais d'autre part, ces femmes témoignent d'un souci vers l'avenir. Selon elles, rien n'est acquis, et si la loi devrait disparaître, elles pourraient prouver que « l'enfant est le produit de deux corps ». Et pourtant, le cadre juridique actuel, permet le registre des enfants nés des mariages entre deux femmes à travers les TRA au moment de la naissance et avec indépendance du lien biologique avec l'une d'elles. Cependant, les familles lesboparentales, (re)introduisent la composante biologique en créant des liens biogénétiques à travers les stratégies procréatives qu'offrent les TRA. En ce sens, comme le montre l'anthropologue Silvia Donoso, quelques couples, cherchent à réduire la dispersion des liens biogénétiques dans leurs familles et s'approcher de tels liens à travers diverses pratiques : avoir plusieurs enfants avec un même donneur, le don de gamètes de la part d'un frère, ou la réception d'ovules de la partenaire (ROPA)⁵⁰⁵. Les femmes qui font recours à la pratique ROPA cherchent à partager la maternité à partir de « partager substances ». La fragmentation du processus naturel de la reproduction entre deux femmes permet de répartir le processus de la procréation et de naturaliser la lesboparentalité par le fait de récupérer les symboles naturels de la substance partagée, la grossesse et l'accouchement, sur lesquels fonder la construction sociale de la maternité qui sera consolidée à travers d'une (crianza) partagée, de l'affect, des soins et le contact quotidien⁵⁰⁶.

2.2 La filiation « biologique » en cas de deux mères mariées. Une différence non justifiable entre les couples mariés

Lorsque deux femmes mariées font appel à la procréation assistée, différentes alternatives peuvent se présenter : tout d'abord, le don, anonyme ou non, de gamètes masculins, qui peuvent être introduites dans le ventre d'une des femmes ; par ailleurs les ovocytes d'une des deux femmes peuvent être fécondés in vitro avec les gamètes, anonymes ou non et l'embryon obtenu transféré chez l'autre femme du couple, celle-ci devenant ainsi mère porteuse⁵⁰⁷.

Cependant, en ce qui concerne la détermination de la filiation, l'art. 7 al. 3 de Loi 14/2006 exigeait le suivant : la femme non-porteuse devait manifester avant de la naissance de l'enfant devant le personnel du registre civil qu'elle consent à l'établissement de la filiation en sa

⁵⁰⁴ R Barber Cárcamo, «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.

⁵⁰⁵ S. Donoso, S. « Superando la unicidad de la madre : la maternidad lesboparental », in Lopez, C., Marre, D. et Bestard, J. (dir.), *Maternidades, procreacion y crianza en transformacion*. Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2013, pp. 185-202.

⁵⁰⁶ M. Roca i Escoda, « Nouvelles modalités d'entrer en parenté et d'établir la filiation. La maternité partagée par les couples lesbiens en catalogne », *Journal des anthropologues*. Dossier : « Parentés contemporaines », 144-145, 2016, pp. 147-168.

⁵⁰⁷ Ces différentes options sont très bien exposées par E. Farnós Amorós, *Consentimiento*, pp. 108 et suiv.

faveur, comme mère, une fois l'enfant serait né. Dans un tel cas, elle était considérée mère « légale » de l'enfant. L'art. 7 al. 3 de cette Loi a été modifié par la Loi 19/2015, du 13 juillet et d'accord avec cela, la femme non-porteuse peut également consentir la détermination de la filiation de l'enfant de son conjoint à sa faveur. Selon le nouveau texte légal le consentement doit se faire d'accord avec ce qu'est prévu dans la Loi du registre civil, ce que permet de l'exprimer après la naissance de l'enfant, à différence de la Loi 14/2006. L'art. 7 al. 3 a une conséquence très importante : la filiation ne peut pas se mettre en question dans une éventuelle procédure de réclamation et/ou de détermination de la filiation fondée sur cette vérité biologique (art. 8 al. 1 Loi 14/2006). La seule procédure judiciaire valable serait celle qui concernerait la déclaration de nullité ou avec les défauts du document où il est pris le consentement du conjoint⁵⁰⁸.

Quoi qu'il en soit, il serait très critiquable le fait que le législateur ne permette pas que le consentement puisse s'exiger avant la fécondation même, ni l'exigence du consentement de la femme non-porteuse afin d'utiliser les techniques de procréation humaine assistée⁵⁰⁹, comme il est exigé pour les couples hétérosexuels (Art. 6 al. 3 Loi 14/2006). S'il s'agit d'un couple marié hétérosexuel, le consentement octroyé par le mari à l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistées suffit (art. 8 al. 1 Loi 14/2006), car lorsque les mère et père sont mariés, l'art. 116 CC prévoit l'application de la présomption de paternité matrimoniale. Dans les cas où l'homme n'est pas marié avec la femme fécondée (avec des gamètes d'un tiers connu ou bien de façon anonyme), le consentement de cet homme au centre de procréation médicalement assistée, à l'utilisation de cette technique aura pour effet d'établir sa filiation paternelle à l'égard de l'enfant né (art. 8 al. 2 Loi 14/2006, en ce qui concerne la fécondation *inter vivos* ; art. 9 al. 3 pour la fécondation *post mortem*). En tout cas, le tiers qui a donné les gamètes pourrait toujours faire appel en justice afin de réclamer sa paternité.

Dans le cas de deux femmes mariées, il pourrait par ailleurs se distinguer deux sortes de consentements : un consentement informé préalable donné par écrit pour faire appel aux techniques, donné par les deux femmes, et un consentement postérieur donné par celle qui n'a pas accouché afin que l'enfant né puisse devenir son fils légal. Le premier consentement n'est pas prévu par le législateur. Ceci suppose une discrimination inadmissible⁵¹⁰. En effet, si le mariage homosexuel est admis depuis 2005 en Espagne et produit les mêmes effets juridiques que le mariage hétérosexuel (art. 44 al. 2 CC), cette différence suppose une atteinte au droit à l'égalité à ne pas être discriminé en fonction de son orientation sexuelle (art. 14 CE). Le Droit civil catalan, à l'art. 235-8 al. 1 CC, ne fait pas cette différence en employant le terme « conjoint » au lieu de « mari » et, par conséquent, inclut tant le conjoint femme que le conjoint homme⁵¹¹.

Pour éviter cette discrimination il faudrait appeler à l'analogie en vertu de l'art. 4 al. 1 du Code civil espagnol et exiger le consentement à l'utilisation des techniques concernées.

Si le consentement à la détermination de la filiation n'est pas octroyé par la mère non-porteuse, dans le cas de femmes mariées, afin d'être considérée mère légale, la Cour de

⁵⁰⁸E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁵⁰⁹E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁵¹⁰E. Farnós Amorós, *Consentimiento*, pp. 114 et suiv.

⁵¹¹E. Farnós Amorós, *Consentimiento*, pp. 100-102.

Cassation espagnole⁵¹² a estimé que la mère non-biologique peut faire appel à la « possession d'état de mère » pour qu'elle puisse réclamer la filiation « légale » (art. 131 al. 1 CC)⁵¹³.

2.3 La filiation « biologique » en cas de deux mères conjointes de fait. La décision de la Cour de Cassation espagnole

Au préalable, il faut préciser qu'il n'existe pas, en Espagne, une loi nationale réglant la situation juridique des conjoints de fait homosexuels ou hétérosexuels. La législation sur les conjoints de fait est une législation régionale. En effet, ce sont les communautés autonomes (CCAA) qui ont réglé la question. Cependant, toutes les CCAA n'ont pas compétence en matière de « Droit civil » et de ce fait, la situation juridique des conjoints de fait est différente d'une communauté à une autre. Nous allons exposer la situation dans les CCAA n'ayant pas de compétence en matière de Droit civil et, puis, nous ferons quelques remarques, à cet égard, sur le Droit catalan.

a) CCAA sans compétence en matière de Droit civil

Les CCAA sans compétence en matière de Droit civil (art. 149 al. 1 8^{ème} para. Constitution espagnole) ne peuvent pas régler la question concernant la détermination de la filiation biologique en général et, en particulier, la filiation en cas de conjoints de fait homosexuels ou hétérosexuels. En même temps, il faut prendre en considération deux aspects: premièrement, il n'existe pas une loi nationale qui règle cette question d'une manière spécifique et, deuxièmement, la Cour Constitutionnelle espagnole depuis les années 90 a statué très clairement que la « garantie institutionnelle », dans la Constitution, est le « mariage », mais pas « l'union de fait »⁵¹⁴. Cela implique que le législateur n'a pas l'obligation de légiférer sur l'union de fait ou, s'il décide de légiférer, il n'enfreint pas le principe d'égalité et de non-discrimination (art. 14 CE) s'il règle l'union de fait autrement que le mariage.

En plus, la « garantie institutionnelle » est en faveur du mariage hétérosexuel et non homosexuel⁵¹⁵. Ceci explique donc le fait que le législateur espagnol⁵¹⁶, en 2005, a introduit le mariage homosexuel par une loi « ordinaire »⁵¹⁷.

L'absence d'une loi nationale sur l'union de fait implique également que la Loi 14/2006 ne règle pas la question de la filiation légale des conjoints de fait.

Dans le cas de *deux mères*, dont l'une serait mère porteuse, la filiation doit être établie en faveur de cette dernière. La mère porteuse est la mère légale et la femme conjointe de fait doit alors adopter l'enfant né, ce qui est admis en Droit espagnol. Si le conjoint de fait n'adopte pas l'enfant ainsi conçu, la question de la filiation se pose lorsque le couple décide de se séparer et lorsque l'on doit prendre une décision concernant l'autorité parentale sur les enfants

⁵¹² Arrêt de la Cour de Cassation du 5 décembre 2013 (id. Cendoj: 28079110012013100696).

⁵¹³ Cette décision a été fortement critiquée car la possession d'état civil, dans le système juridique espagnol, n'est pas un titre d'attribution sinon un titre de légitimation (Art. 131 CC) que permettrait éventuellement l'inscription de la filiation. Or, elle est un moyen de preuve subsidiaire (art. 767 al. 3 LEC). Voir : E. Farnós Amorós, « La filiación derivada de reproducción asistida : voluntad y biología », *ADC*, 2015, T. LXVIII, 2015, fasc. 1, pp. 5-61.

⁵¹⁴ Arrêt de la Cour Constitutionnelle, 11 décembre 1992 (J.O. du 19 janvier 1993).

⁵¹⁵ M. P. García Rubio, « La modificación del Código civil en materia de Derecho a contraer matrimonio » à C. Lasarte (éd.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Uned, Madrid, 2006, p. 75 et suiv.

⁵¹⁶ S. Navas Navarro (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Reus, Madrid, 2006, pp. 15 et suiv.

⁵¹⁷ Loi 13/2005, du 1er juillet, sur la modification du Code civil en matière de droit à se marier (J.O. num. 157, du 2 juillet).

nés. Souvent, la mère légale souhaite que la mère non légale (mais, peut-être biologique si elle fournit ses ovocytes) n'ait plus aucun contact avec les enfants, et ce, alors même que celle-ci a tenu le rôle d'une véritable mère (et que les enfants la considèrent comme leur mère) et désire donc avoir les mêmes droits et devoirs sur les enfants que la mère biologique.

La Cour de Cassation espagnole a eu à trancher un tel cas. Dans un premier temps, elle a estimé que la mère non-biologique aurait le statut d'un « proche » en lui octroyant, en ce sens, un droit de visite (art. 160 al. 2 CC)⁵¹⁸. Cependant, quelques années plus tard, la même Cour, dans un cas similaire⁵¹⁹, a considéré que la mère non-biologique pourrait faire la preuve à l'aide de sa « possession d'état de mère » afin de réclamer sa filiation « légale » de laquelle découle l'autorité parentale à l'égard des enfants conformément aux arts. 154 et suiv. CC.

En ce qui concerne le *couple de fait hétérosexuel*, la solution juridique la plus simple consiste à inscrire la femme qui a accouché de l'enfant comme sa mère et le conjoint de cette dernière, fournisseur des gamètes (fécondation homologue), comme son père (art. 120 al. 1 CC). Cette reconnaissance pourrait se faire aussi plus tard par testament ou par tout autre document public (notarié). En cas de fécondation hétérologue, l'art. 8 al. 2 Loi 14/2006 requiert le consentement de l'homme non-marié en même temps que celui de la mère, avant l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistées. Ce consentement, octroyé au centre hospitalier respectif, permet, une fois que l'enfant est né, d'entamer une procédure afin que leur filiation soit reconnue au registre de l'état civil conformément à ce que précise l'art. 120 al. 2 CC⁵²⁰ (la décision du juge selon la procédure administrative prévue dans la législation sur le registre de l'état civil).

b) Droit civil catalan

La prémisse sur laquelle le Droit catalan construit la réglementation de la filiation est l'égalité absolue entre la filiation matrimoniale et non-matrimoniale, soit qu'il s'agisse d'un mariage homosexuel ou hétérosexuel, soit qu'il s'agisse d'un couple de fait homosexuel ou hétérosexuel.

En cas de *conjoint de fait* qui font appel aux techniques de procréation médicalement assistées, l'art. 235-13 al. 1 CC dispose que l'enfant né sera considéré comme le fils de l'homme ou de la femme qui consent à l'utilisation des techniques mentionnées. Le consentement peut être donné directement auprès du centre sanitaire ou bien par document notarié.

En cas d'un couple de fait hétérosexuel qui ne fait pas appel à la procréation médicalement assistée, l'enfant né serait considéré comme le fils de l'homme qui, à l'époque de la conception, habitait avec la mère. L'Art. 235-10 CC établit une présomption *iuris tantum* de filiation biologique (paternité légale) non-matrimoniale presque identique à la présomption *iuris tantum* de paternité matrimoniale (art. 235-5 CC).

3. L'adoption par un couple de même sexe

De nouveau, nous allons distinguer entre le CC espagnol et le CC de Catalogne. En ce qui concerne le premier, l'adoption double par un couple marié soit hétéro- soit homosexuel ne pose pas de problèmes, car en raison de l'admission du mariage homosexuel en Espagne, les

⁵¹⁸ Arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 2011 (Id Cendoj : 28079110012011100281).

⁵¹⁹ Arrêt de la Cour de Cassation du 15 janvier 2014 (Id Cendoj : 28079119912014100003).

normes sur l'adoption ont été modifiées (art. 175 al. 1 CC). En ce qui concerne le couple de fait hétérosexuel, la disposition additionnelle troisième de la Loi 21/1987, du 11 novembre, sur la modification du CC en matière d'adoption⁵²¹ lui ouvre l'adoption, de la même manière que pour le couple marié.

Cependant, le CC espagnol ne dispose d'aucune norme lorsque les adoptants constituent un couple de fait homosexuel : l'un des deux peut seulement adopter le fils biologique de l'autre membre du couple, lorsque sont remplies les conditions précisées par l'art. 178 al. 2 2^{ème} CC, c'est-à-dire, lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard de celui qui est le compagnon de l'adoptant.⁵²²

Par ailleurs, cette question a été aussi résolue par les CCAA dotés de la compétence en matière de Droit civil. La plupart ont admis, dans un tel cas, l'adoption⁵²³, mais sans préciser les conditions et la procédure de l'adoption. Par contre, le Droit catalan, à cet sujet, établit un traitement égal entre le couple marié et de fait, en permettant l'adoption d'un enfant sans aucune distinction selon l'état civil et l'orientation sexuelle des adoptants, et précise les conditions et la procédure pertinente afin que l'adoption de l'enfant ne pose aucun problème (art. 235-30 CC de Catalogne).

En tout cas, soit dans le CC espagnol soit dans les CCAA compétentes en matière de Droit civil, l'adoption d'un enfant par un couple de fait homosexuel reste limitée à l'adoption de l'enfant biologique de l'autre membre du couple sous réserve qu'aucun autre lien de filiation n'existe, sauf si l'autre parent est mort, a été privé de l'autorité parentale sur l'enfant à adopter ou bien a consenti à l'adoption par le conjoint de fait homosexuel (art. 178.2 2^{ème} CC, art. 235-32 CC Catalogne). A noter que l'adoption par le conjoint de fait homosexuel de l'enfant adopté par l'autre membre du couple est interdite⁵²⁴.

Conclusions

Comme le souligne l'anthropologue Agnès Fine, la réalité homoparentale soulève en droit et en anthropologie des questions sur le sens de la filiation, de sorte qu'il lui « *semble nécessaire de rompre avec un modèle biologisant qui continue de s'imposer à tous, y compris aux familles qui ne sont pas fondées sur la procréation (...). Il est temps de refuser le modèle pseudo-procréatif de la filiation et d'énoncer les grands repères fondant un nouveau droit de la filiation, à la fois commun et pluraliste* »⁵²⁵.

En raison de la dissociation entre filiation et mariage, filiation et sexualité, filiation et procréation⁵²⁶, le droit de la filiation devient de plus en plus autonome et indépendant des formes de vie et des genres de (et des) familles. Aujourd'hui le législateur est confronté à une évidence socio-historique : ce n'est plus le facteur de la capacité reproductrice qui fonde la filiation juridique mais la volonté⁵²⁷.

⁵²¹ J. O. num. 275, du 17 novembre 1987.

⁵²² I. Beriain Flores, *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 152-153.

⁵²³ I. Beriain Flores, *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, p. 153; J. Solé Resina, "Adopción y parejas homosexuales" à S. Navas Navarro (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción*, Reus, Madrid, 2006, pp. 209 et suiv.

⁵²⁴ I. Beriain Flores, *La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja*, p. 154.

⁵²⁵ A. Fine, « Avoir deux pères ou deux mères : révolution ou révélation du sens de la filiation ? », in Théry, I., (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Ed. EHESS, col. Cas de figure, 2013, pp. 114-128.

⁵²⁶ I. Théry, *Mariage de même sexe et filiation*. Paris, Editions Haute école en sciences sociales, col. Cas de figure, 2013.

⁵²⁷ D. Borrillo, « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, 2 (14), 2011, pp. 55-83.

Historiquement, en termes juridiques, la filiation est le lien de droit qui unit un enfant à son père et à sa mère. Le droit espagnol établit deux catégories de filiation : la filiation naturelle et la filiation adoptive. La filiation naturelle présuppose que l'enfant est naturellement relié à sa mère à la naissance, et la loi considère qu'il est automatiquement relié à son père à partir du moment où les parents sont mariés (présomption de paternité). De nos jours, aux yeux du législateur, la filiation par « nature » est celle qui est établie par la procréation naturelle, peu importe les liens qui unissent les parents qu'ils soient mariés ou non. La filiation peut être établie par « nature » (biologique) ou de façon « singulière » (par adoption ou par procréation médicalement assistée). Mais la réalité procréative qu'offrent les nouvelles technologies complexifie cette distinction. La détermination de la filiation à travers des TRA est actuellement un thème primordial pour le droit, notamment quant à la désignation des parties impliquées dans le rapport de filiation.

À notre avis, le législateur espagnol devrait règlementer la GPA. À cet égard, il existe différents modèles de Droit comparé auxquels l'on pourrait éventuellement faire appel⁵²⁸. L'aspect le plus important serait que la mère porteuse soit très bien choisie, très bien informée et qu'elle donne son consentement d'une façon libre et spontanée, sans menace ou coercition. Ainsi, il faudrait prévoir un protocole qui puisse assurer, tant du point de vue juridique que médical, que ces garanties sont tout à fait remplies. La question de la rémunération ne devrait poser pas de problèmes en Droit espagnol.

D'autre part, même si la « garantie institutionnelle » de référence est celle du mariage hétérosexuel, car la Loi introduisant le mariage homosexuel, dans le système espagnol, dispose que le mariage entre personnes du même sexe produit les mêmes effets juridiques que le mariage entre personnes de sexe différent, il faudrait de *lege ferenda* modifier l'art. 6 et 7 Loi 14/2006 afin de soumettre au même régime juridique les couples mariés hétérosexuels et les couples mariés homosexuels formés par deux femmes en cas de procréation médicalement assistée.

En Espagne, le législateur a décidé, depuis la première loi concernant les TRA de 1988, que la filiation issue des pratiques des TRA est une filiation naturelle. Il a donc refusé de créer une troisième forme de filiation. A ce jour, face à la double maternité issue des processus de TRA et du mariage homosexuel, le législateur espagnol argumente qu'elle n'altère pas le principe d'unité de la maternité⁵²⁹. Cependant, jusqu'au présent, le critère basique de détermination de la filiation a été de nature biologique (la vérité biologique comme fait déterminant la filiation s'impose sur la possession d'état, par exemple)⁵³⁰. Dans les processus de filiation, la quête de la vérité biologique continue à régner. Dans l'attribution de maternité, aux yeux de la loi, la mère reste celle qui accouche. Le législateur continue donc à choisir la biologie par naissance au lieu de choisir la biologie par conception.

La modification de la Loi 14/2006, sur les techniques de procréation humaine assistée, dans l'année 2015, fait une réforme « de minimis », sans se positionner sur la discussion à la société espagnole concernant la GPA. En fait, il serait mieux que le législateur fasse la distinction entre les règles propres de la filiation en vertu des techniques de procréation humaine assistée, de la filiation naturelle et de la filiation par adoption de l'enfant : trois catégories comme il existe au Québec. Pas tous les cas ne doivent se traiter d'une façon nécessairement égale.

⁵²⁸ S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, T. X, 2010, pp. 339-377; E. Farnós Amoós, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret*, 1/2010 (www.indret.com).

⁵²⁹ Barber Cárcamo, *Op. cit.* 2010. RDGR (6^a) 5/06/2006, RDGR (4^a) 14/10/2009.

⁵³⁰ N. Gallus, *Le droit de la filiation, Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*. Thèse de doctorat, Bruxelles, Larcier, 2009.

Table des matières

<i>L'équipe de recherche</i>	3
REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
<i>Aspects administratifs du projet</i>	13
<i>L'équipe de recherche</i>	13
<i>Rappel de l'objet de la recherche</i>	14
1. METHODOLOGIE ET POPULATION ENQUETEE	21
1.1 <i>Les guides d'entretien</i>	23
1.2 <i>La population enquêtée</i>	24
2. ETAT DU DROIT SUR LA QUESTION DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION	31
2.1 <i>PMA : Belgique, Québec, Espagne</i>	31
2.2 <i>L'AMP en France</i>	48
2.3 <i>GPA et droit comparé : Belgique, Québec, Espagne</i>	63
2.4 <i>Droit français et GPA : le lent repli de l'ordre public</i>	84
3. PARCOURS FAMILIAUX	101
3.1 <i>Le projet parental</i>	101
3.2 <i>Favoriser la reconnaissance publique de sa famille</i>	114
3.3 <i>Le poids du biogénétique</i>	125
4. LES FAMILLES CONFRONTEES AU DROIT : ETUDE DE CAS	141
4.1 <i>Demandes d'adoption de la part de couples de femmes en France</i>	141
4.2 <i>Analyse comparée franco-québécoise du droit applicable aux couples de parents de même sexe à la lumière des données qualitatives recueillies auprès de familles françaises vivant au Québec³⁷⁰</i>	153
4.3 <i>Les stratégies mises en œuvre par les pères gays</i>	161
5. PARADOXES ET INSUFFISANCES DU DROIT	173
5.1 <i>Couples de femmes françaises : la loi « au milieu du gué » :</i>	173
5.2 <i>GPA : Une justice embarrassée</i>	194
CONCLUSIONS	215
<i>Une recherche inédite pour mieux documenter les nouvelles réalités familiales</i>	215
<i>Etat du droit concernant la PMA et la GPA : perspectives de droit comparé</i>	216
<i>La situation juridique des familles rencontrées</i>	218
<i>L'embarras des juges face à des dispositifs juridiques inachevés</i>	219
<i>Quelques pistes de réflexion et propositions</i>	220
- <i>Mieux distinguer origines et filiation</i>	221
- <i>Ouvrir l'adoption aux non-mariés</i>	222
- <i>Réduire les délais d'obtention de la nationalité française pour les enfants nés d'une GPA et ayant un parent français</i>	223
- <i>Transcrire la filiation des parents d'un enfant né de GPA</i>	223
- <i>Mener un débat éclairé en France sur l'encadrement de la GPA</i>	224
- <i>Participer à une convention internationale qui régulerait la GPA</i>	224
- <i>Pour conclure</i>	225
BIBLIOGRAPHIE	227
<i>Ouvrages</i>	227

<i>Articles</i>	229
<i>Autres</i>	237
ANNEXE 1 : GUIDES D'ENTRETIEN	241
1. <i>Guides d'entretien avec les familles en France</i>	241
2. <i>Guide d'entretien avec les magistrats en France</i>	247
3. <i>Guide d'entretien avec les avocats en France</i>	252
4. <i>Guide d'entretien avec le Consulat de France au Québec</i>	253
5. <i>Guide d'entretien avec les juges de la Cour au Québec</i>	255
EXPLICATION DU DÉROULEMENT ET DE LA STRUCTURE DE L'ENTREVUE	255
6. <i>Guide d'entretien avec les avocats au Québec</i>	256
ANNEXE 2 : CARACTERISTIQUES SOCIODEMOGRAPHIQUES DES COUPLES DE FEMMES RENCONTRES EN FRANCE	259
ANNEXE 3 : Caractéristiques sociodémographiques des couples ayant eu recours à la GPA	262
ANNEXE 4 : Caractéristiques sociodémographiques des couples de femmes au Québec	269
ANNEXE 5 : ACTUALITES CONCERNANT LA GESTATION POUR AUTRUI,	271
<i>Table des matières</i>	271
II. <i>Filiation des couples de fait ou des époux homosexuels dans le cas de la procréation médicalement assistée. Dernières modifications légales</i>	271
III. <i>L'adoption par un couple de même sexe Conclusions</i>	271
1. <i>Gestation pour autrui en Espagne. Présentation</i>	271
2. <i>Filiation des couples de fait ou des époux homosexuels dans le cas de la procréation médicalement assistée. Dernières modifications légales</i>	290
3. <i>L'adoption par un couple de même sexe</i>	299
<i>Conclusions</i>	300
Table des matières	303

*Le recours transnational à la reproduction assistée avec don.
Perspective franco-québécoise et comparaison internationale*

L'évolution des techniques de procréation médicalement assistée facilite la réalisation du désir d'avoir un enfant pour les couples qui ne peuvent pas procréer. Les différences entre les dispositifs juridiques nationaux en matière de procréation assistée entraînent une mobilité transfrontalière des personnes lorsqu'elles ne peuvent accéder légalement dans leur pays aux techniques qui leur permettraient de devenir parent.

Ce programme de recherche s'est intéressé aux situations où des Français recourent à l'étranger à des techniques de reproduction assistée qui leur sont interdites sur le territoire national et entendent ensuite voir reconnaître leur configuration familiale grâce à une transcription à l'état civil français de l'acte de naissance établi à l'étranger ou par l'adoption de l'enfant du conjoint. Nous avons ainsi cherché à savoir comment le droit se met en acte concrètement dans ces situations familiales. Pour ce faire, nous avons analysé le parcours de procréation de familles françaises et leur expérience du monde de l'état civil et de la justice, tout en observant les représentations des juges, les arguments mobilisés par les familles, les avocats qui les conseillent et les procureurs dans leurs réquisitions.

Cette recherche qui s'inscrit d'abord dans une comparaison entre la France et le Québec a un caractère tout à fait inédit dans ce champ de recherche. Résolument pluridisciplinaire (elle mobilise le droit, l'anthropologie et la sociologie), elle s'appuie sur une enquête de terrain solide menée auprès de juges français et québécois, d'avocats et de familles françaises ou binationales vivant en France et au Québec.

Ce rapport livre une analyse comparative de l'état du droit concernant l'établissement de la filiation lorsque l'enfant est né du recours à une procréation médicalement assistée avec don de gamètes ou à une gestation pour autrui à l'étranger en France et au Québec, en passant par la Belgique et l'Espagne, et en tenant compte des principales décisions de la CEDH se rapportant à la GPA transfrontière. Il contient également une analyse des entretiens, explicite les projets parentaux et les parcours familiaux, les représentations de ce qu'est une famille, de ce qui définit la relation entre parents et enfants. Il démontre la manière dont les familles se confrontent avec le droit et la justice, les interrogations et parfois l'embarras des juges confrontés à ces demandes.

Ce rapport de recherche conclut avec les principaux enseignements des analyses de droit comparé et de la riche enquête de terrain menée auprès des différents acteurs et actrices de ces affaires de filiation portées devant la justice. En ressort une réflexion inédite pouvant éclairer l'avenir des débats en France et ailleurs.

Direction scientifique : Jérôme COURDURIES, Université Toulouse Jean Jaurès, LISST-CAS et Michelle GIROUX, Faculté de droit, Section de droit civil, LRIDE, CDPEs, UOttawa

Auteurs : Laurence BRUNET, Jérôme COURDURIES, Michelle GIROUX, Martine GROSS

Équipe de recherche : Hubert BOSSE-PLATIERE, Laurence BRUNET, Jérôme COURDURIES, Michelle GIROUX, Martine GROSS, Carmen LAVALLEE, Hélène MALMANCHE, Susana NAVAS NAVARRO, Anne-Marie PICHE, Marta ROCA I ESCODA et Jehanne SOSSON