

N° 409

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 février 2016

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA),

Par M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Catherine TASCA,

Sénateurs.

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bas, *président* ; Mme Catherine Troendlé, MM. Jean-Pierre Sueur, François Pillet, Alain Richard, François-Noël Buffet, Alain Anziani, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi, M. Pierre-Yves Collombat, Mme Esther Benbassa, *vice-présidents* ; MM. André Reichardt, Michel Delebarre, Christophe-André Frassa, Thani Mohamed Soilihi, *secrétaires* ; MM. Christophe Béchu, Jacques Bigot, François Bonhomme, Luc Carounas, Gérard Collomb, Mme Cécile Cukierman, M. Mathieu Darnaud, Mme Jacky Deromedi, M. Félix Desplan, Mme Catherine Di Folco, MM. Christian Favier, Pierre Frogier, Mme Jacqueline Gourault, M. François Grosdidier, Mme Sophie Joissains, MM. Philippe Kaltenbach, Jean-Yves Leconte, Roger Madec, Alain Marc, Didier Marie, Patrick Masclat, Jean Louis Masson, Mme Marie Mercier, MM. Michel Mercier, Jacques Mézard, Hugues Portelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Mmes Catherine Tasca, Lana Tetuanui, MM. René Vandierendonck, Alain Vasselle, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto.

SOMMAIRE

| | <u>Pages</u> |
|---|--------------|
| SYNTHÈSE | 5 |
| LISTE DES PROPOSITIONS | 11 |
| AVANT-PROPOS | 13 |
| I. L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION : LE DROIT FRANÇAIS À L'ÉPREUVE DE L'ÉVOLUTION DES SCHÉMAS FAMILIAUX ET D'UN ACCÈS FACILITÉ À CETTE TECHNIQUE À L'ÉTRANGER | 15 |
| A. UN RÉGIME FRANÇAIS CALQUÉ SUR LE MODÈLE DE PROCRÉATION CHARNELLE | 15 |
| 1. <i>Un accès à l'assistance médicale à la procréation strictement encadré par le droit français</i> | 17 |
| 2. <i>Des sanctions, qui touchent principalement le corps médical, en cas de manquement aux règles applicables à l'AMP</i> | 19 |
| 3. <i>Des modalités d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une AMP qui obéissent largement au droit commun</i> | 21 |
| B. L'UTILISATION COMBINÉE DE L'ADOPTION AU SEIN D'UN COUPLE DE FEMMES ET DU RECOURS À L'AMP À L'ÉTRANGER | 24 |
| 1. <i>L'ouverture de l'adoption, et rien que l'adoption, aux couples de personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013</i> | 24 |
| 2. <i>La confrontation des juges à des situations d'AMP réalisées à l'étranger par des couples de femmes</i> | 29 |
| a) <i>L'invocation controversée de la « fraude à la loi » pour faire obstacle à l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère</i> | 30 |
| b) <i>L'adoption plénière de l'enfant du conjoint admise par la Cour de cassation dans deux avis du 22 septembre 2014</i> | 32 |
| C. LES ORIENTATIONS ENVISAGÉES PAR LA MISSION D'INFORMATION | 35 |
| 1. <i>L'impossibilité de faire échec au prononcé de l'adoption de l'enfant du conjoint conçu à l'étranger par AMP</i> | 35 |
| a) <i>Des prises de position en faveur d'une plus grande sévérité à l'égard des couples de femmes qui ont recours à une AMP à l'étranger</i> | 36 |
| b) <i>La difficile traduction législative d'une telle position</i> | 38 |
| 2. <i>L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, une solution qui ne peut être retenue en raison de ses conséquences sur le droit de la filiation</i> | 41 |
| a) <i>Les justifications d'une telle réforme</i> | 42 |
| b) <i>Les difficultés posées par la mise en œuvre d'une telle réforme</i> | 45 |
| 3. <i>La position de la mission d'information : conforter la solution équilibrée dégagée par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014</i> | 49 |

| | |
|---|------------|
| II. LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE PROHIBITION QUI DOIT ÊTRE RÉAFFIRMÉE, EN DÉPIT DE SA REMISE EN CAUSE..... | 53 |
| A. UNE PROHIBITION ANCIENNE ET CONFORME AUX PRINCIPES DU DROIT FRANÇAIS | 54 |
| 1. <i>Des sanctions pénales sévères, dont l'efficacité est cependant limitée aux infractions commises en France</i> | 54 |
| 2. <i>L'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, fondement de l'interdiction de la GPA en France</i> | 57 |
| 3. <i>Une prohibition que les tribunaux judiciaires ont traduite par la nullité des conséquences juridiques attachées à la GPA</i> | 58 |
| B. UNE PROHIBITION AUJOURD'HUI PARTIELLEMENT REMISE EN CAUSE EN RAISON DE SES CONSÉQUENCES POUR L'ENFANT | 60 |
| 1. <i>D'un débat sur les principes justifiant la prohibition de la GPA à un débat sur les conséquences, pour l'enfant, de cette prohibition</i> | 60 |
| 2. <i>Des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme à la portée incertaine</i> | 61 |
| 3. <i>La prise en compte limitée de ces décisions par le Gouvernement et les juridictions françaises : un appel au législateur ?.....</i> | 66 |
| a) <i>La circulaire de la garde des sceaux sur la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés de GPA à l'étranger et sa validation par le Conseil d'État</i> | 67 |
| b) <i>Les décisions de la Cour de cassation en date du 3 juillet 2015</i> | 68 |
| C. LES ORIENTATIONS ENVISAGÉES PAR LA MISSION D'INFORMATION..... | 71 |
| 1. <i>Un débat biaisé par des idées inexactes</i> | 71 |
| a) <i>Des enfants qui ne sont pas des « fantômes de la République ».....</i> | 71 |
| b) <i>La GPA éthique ne réduit pas le recours aux GPA à l'étranger</i> | 74 |
| 2. <i>Un préalable : réaffirmer la prohibition de la GPA et prévenir les situations futures de GPA</i> | 75 |
| a) <i>Aggraver la répression pénale de la promotion ou du recours à la GPA</i> | 76 |
| b) <i>Négocier avec les États pratiquant la GPA pour qu'ils en interdisent le recours aux Français</i> | 77 |
| 3. <i>Concilier le respect de nos principes avec la prise en compte de la situation des enfants nés d'une GPA</i> | 80 |
| a) <i>Des décisions de la CEDH contestables, mais que la France doit respecter</i> | 80 |
| b) <i>S'en tenir à une interprétation stricte des exigences européennes</i> | 81 |
| c) <i>Faciliter, toutefois, la vie des familles constituées à partir de GPA</i> | 86 |
| CONCLUSION | 87 |
| EXAMEN EN COMMISSION..... | 89 |
| LISTE DES PERSONNES ENTENDUES | 103 |

SYNTHÈSE

De récentes décisions jurisprudentielles ayant fortement remis en cause les limites fixées par le droit français en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP) et de gestation pour autrui (GPA) pratiquées à l'étranger, la commission des lois a confié à M. Yves Détraigne et à Mme Catherine Tasca la responsabilité d'une mission d'information destinée à prendre la mesure des conséquences de ces décisions ainsi que des réformes qu'elles appellent.

I. Des règles nationales mises en échec par les AMP et GPA organisées à l'étranger

- *Le choix de la France : un encadrement strict de l'AMP et une prohibition absolue de la GPA*

La législation relative à l'AMP et à la GPA a été fixée par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994.

Le régime retenu pour **l'assistance médicale à la procréation** est celui d'un encadrement strict : sont seules autorisées les inséminations artificielles ou les fécondations in vitro, avec recours ou non à des dons d'ovocytes, de spermatozoïdes ou d'embryons. **Les techniques autorisées d'AMP ne s'adressent qu'aux couples hétérosexuels en âge de procréer qui présentent une infertilité médicalement constatée.** Un célibataire, un couple homosexuel ou un couple trop âgé ne peuvent y avoir accès. La notion « *d'infertilité sociale* », parfois utilisée pour désigner le fait que les choix de vie légitimes de certaines personnes ne leur permettent pas d'avoir un enfant naturellement, est totalement étrangère au droit français, qui ne s'attache qu'à l'infertilité médicale.

La gestation pour autrui désigne l'opération par laquelle un couple (les parents d'intention) demande à une femme de porter pour eux un enfant qu'elle s'engage à leur remettre à sa naissance. **Elle est traitée à part et fait l'objet d'une prohibition absolue**, l'article 16-7 du code civil disposant que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Cette prohibition civile s'accompagne d'une répression pénale assurée par les articles 227-12 et 227-13 du code pénal, qui punissent la substitution ou la dissimulation volontaire d'enfant, ainsi que la provocation à l'abandon d'enfant ou l'entremise en vue de cet abandon.

- *Un cadre juridique mis en échec par le recours à l'étranger à ces techniques procréatives*

Le désir d'enfant a conduit certains couples qui étaient exclus du bénéfice des techniques procréatives précitées à y recourir, malgré tout, à l'étranger, dans des pays où celles-ci sont légales : par exemple, la Belgique ou l'Espagne s'agissant du recours à l'AMP par des femmes célibataires ou des couples de femmes et les États-Unis, l'Inde, l'Ukraine ou le Canada s'agissant du recours à la GPA par des couples hétérosexuels ou des couples homosexuels.

Une fois l'opération réalisée, ces couples reviennent en France et certains revendiquent la reconnaissance de la filiation ainsi établie à l'étranger. Pour les couples de femmes ayant eu recours à une AMP, il s'agit d'obtenir l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. Dans le cas de la GPA, une fois la filiation entre l'enfant et les parents d'intention établie au regard du droit étranger, les couples ont cherché à en obtenir la transcription à l'état civil français. Cette transcription vise à faciliter la preuve de la filiation à l'égard des administrations, puisqu'elle permet d'obtenir la délivrance de copies d'état civil qui attestent de la filiation alléguée.

Le droit français se trouve alors confronté à une situation légale qu'il n'autorise pas (dans le cas de l'AMP) ou qu'il prohibe expressément (dans le cas de la GPA).

II. AMP : le choix d'une position réaliste qui préserve le cadre juridique existant

Face à d'importantes divergences jurisprudentielles, certaines juridictions prononçant l'adoption de l'enfant, d'autres la refusant sur le fondement d'une fraude à la loi française, la Cour de cassation s'est prononcée sur cette question par deux avis du 22 septembre 2014. Elle a estimé que le recours à ce procédé « *ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant [...], dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

La mission d'information s'est, à son tour, prononcée sur les suites à donner à de telles demandes.

- *Une première proposition écartée : faire échec à l'adoption, par la conjointe de la mère, de l'enfant conçu par AMP à l'étranger*

Pour atteindre un tel objectif, le législateur aurait pu traiter l'AMP comme la GPA et prohiber expressément les AMP effectuées en violation des conditions du droit français. Les rapporteurs ont écarté cette option car ils ont estimé que l'AMP ne pose pas les mêmes questions éthiques que la GPA.

Il aurait été aussi possible de prévoir de s'assurer, au moment de l'adoption, que l'enfant a bien été conçu en conformité avec les règles du droit français.

Les rapporteurs ont également écarté cette seconde option car, en droit français, sauf action particulière, la filiation est établie sans contrôle des conditions de conception de l'enfant. Prévoir le contraire emporterait un changement radical du modèle existant et risquerait de porter atteinte au respect de la vie privée. Une telle réforme se heurterait, en outre, à d'importantes difficultés pratiques de mise en œuvre. En effet, comment prouver que l'enfant a été conçu par AMP à l'étranger ? Il suffirait au couple concerné de prétendre que l'enfant est né d'une relation hétérosexuelle antérieure.

- *Une seconde proposition écartée : ouvrir l'AMP aux couples de femmes*

Une telle réforme supposerait de modifier les conditions d'accès à l'AMP, en supprimant celle de l'altérité sexuelle du couple et l'exigence que son infertilité soit médicalement constatée.

La mission d'information n'a pas souhaité retenir cette proposition, car la suppression de l'exigence d'une infertilité médicalement constatée emporterait un bouleversement de la conception française de l'AMP, en ouvrant la voie à un « *droit à l'enfant* » et à une procréation de convenance.

Elle aurait également pour conséquence de bouleverser les modalités d'établissement de la filiation applicables en matière d'AMP, celle-ci ne pouvant plus, comme actuellement, se fonder sur l'assimilation de l'engendrement avec tiers donneur à une procréation charnelle du couple receveur, et se voir appliquer, en grande partie, les règles du droit commun.

- *Conforter la position prise par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014*

La mission d'information a estimé que la solution dégagée par la Cour de cassation, dans ses deux avis du 22 septembre 2014, présentait un équilibre satisfaisant.

Elle permet de reconnaître la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter l'enfant de celle-ci, sans pour autant modifier les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation fixées par le droit français.

Cette solution a le mérite de s'articuler sans difficultés avec les règles françaises. La mère est bien celle qui a accouché de l'enfant et son adoption par sa conjointe est autorisée par la loi du 17 mai 2013, qui n'a pas prévu de subordonner le prononcé de l'adoption à un contrôle des modalités de conception de l'enfant

Elle préserve la structure des règles d'établissement de la filiation tout en tenant compte, de manière pragmatique, des situations de fait et de l'intérêt supérieur de l'enfant à voir sa filiation établie à l'égard de l'épouse de sa mère.

III. La réaffirmation nécessaire de la prohibition de la GPA, en dépit de sa remise en cause

- *La fragilisation, par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'effectivité de la prohibition de la GPA*

Jusqu'à récemment, la stratégie des couples qui cherchaient à faire reconnaître en France la filiation établie, par GPA, à l'étranger s'était heurtée au refus de la Cour de cassation, qui réaffirmait le caractère d'ordre public de la prohibition de la GPA et invalidait, par conséquent, les demandes de transcription, de reconnaissance de filiation ou d'adoption présentées par les parents d'intention.

Cette jurisprudence a cependant été remise en cause par deux décisions *Mennesson* et *Labassée* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) rendues le 26 juin 2014, dont la portée est discutée.

Dans un premier temps, ces arrêts reconnaissent le droit à chaque État membre d'interdire le recours à la GPA. Ils constatent aussi, que les conditions de cette prohibition, en France, ne portent pas atteinte au droit des parents comme des enfants de vivre une vie familiale normale, en dépit des difficultés administratives qu'ils peuvent rencontrer.

Toutefois, ces mêmes arrêts concluent dans un second temps à une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée. En effet, la Cour estime que le droit à l'identité est une composante de ce droit au respect de la vie privée. Or, l'identité des enfants nés de GPA est atteinte, selon la Cour, en ce que la France refuse de reconnaître leur filiation biologique paternelle.

Cette décision s'impose à la France et l'oblige à accepter l'établissement ou la transcription à l'état civil de la filiation biologique paternelle, ce qui fragilise l'effectivité de la prohibition de la GPA.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation en ont d'ores et déjà tenu compte. Le premier a ainsi validé la circulaire de la ministre de la justice, qui vise à octroyer un certificat de nationalité aux enfants nés de GPA à l'étranger, si l'un de leur parent est français. La Cour de cassation a, quant à elle, admis par deux arrêts du 3 juillet 2015 la transcription d'un acte d'état civil étranger résultant d'une GPA, après avoir toutefois constaté que les allégations de cet acte correspondait à la réalité (en l'espèce, la mère désignée dans l'acte de naissance était bien la mère porteuse).

- *Un débat qui appelle certains éclaircissements*

Les arrêts de la CEDH ont nourri un intense débat, qui a vu s'affronter les promoteurs de la GPA, ses opposants et ceux qui, sans défendre cette pratique, souhaitent faire prévaloir l'intérêt des enfants.

Or, **les rapporteurs considèrent que deux idées fausses ont parfois obscurci les termes du débat**. La première est que les enfants issus de GPA

seraient des « *fantômes de la République* ». **Or, ces enfants peuvent vivre en France, sur la base de l'acte d'état civil étranger**, exactement comme le font chaque jour les enfants de couples étrangers ou les jeunes français, nés à l'étranger, pour lesquels les parents n'ont pas demandé la transcription de leur acte de naissance à l'état civil français. D'ailleurs, la CEDH l'a expressément reconnu. Ainsi, un juge saisi d'un problème lié à l'autorité parentale ou à la nationalité de l'enfant s'appuiera sur l'acte d'état civil étranger pour le régler.

La seconde idée fautive est que l'instauration en France d'une GPA « *éthique* » permettrait de réduire le recours aux GPA à l'étranger. Or, **le pays européen dont les ressortissants recourent le plus à des GPA étrangères est le Royaume-Uni** qui a pourtant mis en place une GPA « *éthique* » depuis le milieu des années 1980.

- *Les propositions de la mission d'information : consolider la prohibition de la GPA en prenant en compte la situation des enfants*

Les rapporteurs ont écarté deux options opposées. Ils ont tout d'abord refusé d'entériner le principe d'une transcription complète de l'acte d'état civil étranger, au motif que cette solution reviendrait à priver d'effets la prohibition de la GPA. Ils ont ensuite rejeté l'option consistant à s'en tenir à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui équivaldrait, pour le législateur, à se défausser sur le juge d'une décision éthique majeure.

Marquant leur attachement aux principes humanistes qui justifient la prohibition de la GPA, les rapporteurs ont jugé nécessaire de la réaffirmer, au moment même où elle est fragilisée. Ce renforcement de la prohibition de la GPA emprunterait deux voies :

- le renforcement symbolique de la répression pénale, par le relèvement des quantum de peines encourues ;

- l'engagement de négociations internationales, multilatérales ou bilatérales, afin d'obtenir des pays pratiquant la GPA qu'ils interdisent aux ressortissants français d'y recourir. D'ores et déjà, le Royaume-Uni ainsi que, suite à de retentissants scandales, l'Inde et la Thaïlande se sont engagés dans cette voie.

Une fois ce préalable posé, il conviendrait de concilier le respect de la prohibition avec la prise en compte de la situation des enfants nés de GPA. Les rapporteurs recommandent à cet égard, de s'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la CEDH.

À cet effet, ils proposent **d'autoriser expressément l'enfant, et lui seul** (même si cette action sera exercée, en son nom, par ses parents) **à faire établir sa filiation dans le respect strict des exigences du droit français**. Ceci lui permettrait de faire reconnaître sa filiation paternelle biologique, ce qui satisferait les conditions posées par la CEDH. **En revanche**

l'établissement d'un lien de filiation avec le parent d'intention ne serait pas possible, car ce serait contraire à la règle fondamentale de notre droit civil selon laquelle la mère est celle qui accouche. **L'impératif de prohibition de la GPA serait ainsi respecté.**

Les rapporteurs recommandent aussi de confirmer **qu'aucune autre action** (par exemple une adoption ultérieure de l'enfant du conjoint ou une action en possession d'état) **tendant à établir une filiation d'intention, en prolongement du processus frauduleux de recours à la GPA, ne puisse prospérer.**

Enfin, les rapporteurs proposent de **faciliter la vie des familles constituées à partir de GPA** en permettant à l'autre parent d'intention de recevoir une délégation d'autorité parentale pérenne.

LISTE DES PROPOSITIONS

Conforter le droit de l'AMP en vigueur sans s'opposer à la régularisation de la filiation par l'adoption

Proposition n° 1

Approuver la solution dégagée par le Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014 qui permet, de manière pragmatique, d'admettre la demande d'adoption de l'enfant conçu par AMP à l'étranger, déposée par l'épouse de sa mère, sans remettre en cause le droit applicable en matière d'AMP et sans bouleverser les règles d'établissement de la filiation en vigueur.

Renforcer l'effectivité de la prohibition de la GPA sans porter atteinte au droit des familles concernées à une vie familiale normale

Proposition n° 2

Relever le quantum des peines encourues au titre des infractions sanctionnant le recours ou la promotion de la gestation pour autrui.

Proposition n° 3

Négocier, soit dans un cadre multilatéral, soit dans un cadre uniquement bilatéral, avec les pays qui autorisent la GPA afin qu'ils en interdisent le bénéfice aux ressortissants français.

Proposition n° 4

S'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme.

À cet effet, n'autoriser, dans le code civil, que la reconnaissance des filiations conformes aux règles du droit français, c'est-à-dire, d'une part, la filiation biologique paternelle et, d'autre part, la filiation à l'égard de la femme qui a effectivement accouché de l'enfant.

Confirmer qu'aucune autre action tendant à établir une filiation d'intention, en prolongement du processus frauduleux de recours à la GPA, ne puisse prospérer.

Proposition n° 5

Permettre au parent d'intention dont la filiation n'aura pas été reconnue de bénéficier des dispositifs d'aménagement de l'autorité parentale qui lui permettront d'agir aux yeux des tiers comme un titulaire légitime de cette autorité.

Mesdames, Messieurs,

« *Plus palpable que le besoin, le désir : le désir d'enfant, intensément éprouvé, des couples sans enfant aspire à être transcendé en un droit à l'enfant* » écrivait déjà Jean Carbonnier en 1996¹.

Cette phrase trouve une résonance toute particulière dans les débats actuels autour de la question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes et de la légalisation de la gestation pour autrui.

Les échanges qui ont accompagné l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ont révélé les craintes profondes qui agitent la société française face aux mutations des contours de la famille contemporaine.

Les interdits structurants édictés par le droit national sont mis à l'épreuve du fait accompli et le juge est sommé de faire produire des effets, dans l'ordre juridique français, à des situations créées à l'étranger en contradiction avec le droit national. La situation est d'autant plus délicate qu'au centre du débat se trouve l'enfant, qui ne peut être la victime des actes de ses parents.

Il est revenu aux magistrats de trancher les nouvelles questions qui leur étaient ainsi posées.

La Cour européenne des droits de l'homme a, dans deux arrêts du 26 juin 2014 *Menesson* et *Labassée*, imposé à la France de reconnaître la filiation biologique paternelle des enfants nés de gestation pour autrui, fragilisant de ce fait la prohibition de cette pratique par notre pays.

Dans deux avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a, à son tour, validé le prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né d'un recours à la procréation médicalement assistée avec donneur réalisée à l'étranger, alors que la législation française réserve l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples atteints d'une infertilité pathologique médicalement constatée.

¹ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion 1996, p. 125.

Le législateur ne peut, dès lors, rester en marge du débat et doit se prononcer sur les solutions ainsi dégagées, qu'il les entérine, les invalide ou les dépasse dans un nouveau modèle.

C'est dans cette perspective que votre commission a souhaité confier à M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, une mission d'information ayant pour objet de dresser un panorama complet de la jurisprudence récemment dégagée en matière d'assistance médicale à la procréation et de gestation pour autrui et d'évaluer les différentes pistes de réformes envisageables.

Ces questions ont alimenté un ample débat au sein de la société civile, auquel vos rapporteurs ont souhaité donner un écho à travers les dix-sept auditions qu'ils ont menées. Ces différentes prises de position dessinent le champ des solutions possibles et doivent permettre au législateur, reprenant le rôle que, par son silence, il a abandonné au juge, de se prononcer en toute connaissance de cause sur ces sujets importants.

I. L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION : LE DROIT FRANÇAIS À L'ÉPREUVE DE L'ÉVOLUTION DES SCHÉMAS FAMILIAUX ET D'UN ACCÈS FACILITÉ À CETTE TECHNIQUE À L'ÉTRANGER

A. UN RÉGIME FRANÇAIS CALQUÉ SUR LE MODÈLE DE PROCRÉATION CHARNELLE

Selon l'article L. 2141-1 du code de la santé publique (CSP) l'assistance médicale à la procréation (AMP), appelée également procréation médicalement assistée (PMA), s'entend « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». En application de cet article, la liste des procédés biologiques utilisés est fixée par arrêté du ministre de la santé après avis de l'agence de la biomédecine.

Les différentes techniques d'assistance médicale à la procréation

L'assistance médicale à la procréation est dite « *endogène* » ou « *homologue* », lorsque seuls les gamètes du couple sont utilisés. Elle est dite « *exogène* » ou « *hétérologue* » lorsqu'elle fait intervenir un tiers à travers un don de spermatozoïdes, d'ovocytes ou d'embryon. Plusieurs techniques peuvent être utilisées.

L'insémination artificielle

Cette technique d'AMP, la plus simple et la moins coûteuse, consiste à injecter les spermatozoïdes directement dans l'utérus durant la période d'ovulation. Il peut s'agir de ceux du partenaire (insémination artificielle intraconjugale ou IAC) ou de spermatozoïdes fournis par une banque de sperme (insémination artificielle avec don de sperme ou IAD). Le plus souvent, la femme suit préalablement un traitement hormonal (stimulation ovarienne) pour obtenir le développement de plusieurs follicules matures, susceptibles d'être fécondés. La fécondation se fait donc naturellement, à l'intérieur du corps de la femme.

La fécondation *in vitro* (FIV)

Cette technique consiste à provoquer la rencontre d'un ovule et d'un spermatozoïde en laboratoire. Dans la plupart des cas, il s'agit des gamètes des deux conjoints. La FIV peut également être réalisée avec le ou les gamètes de donneurs (spermatozoïde ou ovocyte) lorsque cela est nécessaire.

La fécondation *in vitro* avec ICSI (« *intracytoplasmic sperm injection* ») représente désormais 63 % des FIV. Cette technique consiste à injecter directement un spermatozoïde dans l'ovocyte. Elle a résolu la grande majorité des problèmes d'infertilité masculine puisque seuls quelques spermatozoïdes mobiles sont nécessaires.

La fécondation a ensuite lieu *in vitro*, c'est à dire à l'extérieur du corps de la femme. Les spermatozoïdes sont déposés au contact des ovocytes. Après la fécondation, le ou les embryons sont transférés dans l'utérus de la femme.

Quand le nombre d'embryons obtenus est supérieur au nombre d'embryons transférés, les embryons surnuméraires peuvent être congelés en vue d'un transfert ultérieur.

Encadré réalisé à partir des données disponibles sur le site de l'institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM)

L'assistance médicale à la procréation vise à apporter une réponse à l'infertilité d'un couple. **Dans la majorité des cas, cette assistance permet au couple de procréer avec ses propres gamètes**, mais elle peut également faire intervenir un tiers, donneur de spermatozoïdes ou d'ovocytes¹, ou un couple qui fait don d'un embryon². Ces hypothèses d'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes ou d'embryons sont au cœur des travaux de la mission d'information.

L'assistance médicale à la procréation s'est développée dans les années 1970-1980 avec la fécondation *in vitro*. Le premier « bébé-éprouvette », Louise Brown, naît en Grande-Bretagne en 1978. Il faut attendre 1982, en France, pour parvenir à une naissance par le même procédé.

En 2010, on recensait en France près de 140 000 tentatives de procréations médicalement assistées. Sur un total de 830 000 naissances, 22 401 enfants étaient issus d'une insémination artificielle ou d'une fécondation *in vitro*. La part d'AMP avec tiers donneur était très faible : moins de 500 enfants étaient nés avec un don de spermatozoïdes, une centaine avec un don d'ovules, une dizaine avec un don d'embryons³.

Le droit français applicable à l'assistance médicale à la procréation repose sur un modèle « *pseudo-procréatif* »⁴, issu des années 1970, époque du développement des techniques d'assistance médicale à la procréation. Lorsque l'AMP fait intervenir un tiers, donneur de gamètes ou d'embryon, le droit fait disparaître le don pour laisser croire à une procréation charnelle du couple receveur.

Les premières dispositions encadrant le recours à l'assistance médicale à la procréation et notamment ses conditions d'accès et ses effets juridiques particuliers sur la filiation de l'enfant en cas de recours à un tiers donneur, sont issues de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique n'a pas bouleversé les principes érigés par le législateur en 1994 mais a procédé à divers ajustements. Elle a notamment ajouté un nouveau cas justifiant le recours à cette pratique : éviter la transmission d'une maladie

¹ L'article L. 2141-3 du code de la santé publique prévoit alors qu'un embryon peut être conçu *in vitro*. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

² Articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique.

³ Conseil constitutionnel, commentaires de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, p. 33.

⁴ Termes utilisés par Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer dans le rapport Filiation, origines, parentalité Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, avril 2014. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf.

particulièrement grave à l'autre membre du couple¹. Elle a également apporté diverses précisions concernant la situation des embryons créés.

La loi de 2004 a elle-même été révisée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

1. Un accès à l'assistance médicale à la procréation strictement encadré par le droit français

En droit français, en application de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique (CSP), l'assistance médicale à la procréation a pour objet de **remédier à une infertilité pathologique médicalement diagnostiquée** ou **d'éviter la transmission** à l'enfant ou à l'un des membres du couple **d'une maladie d'une particulière gravité**.

Elle est conçue pour imiter, autant que faire se peut, la procréation naturelle. Dès lors, l'article L. 2141-2 prévoit qu'elle découle du projet parental **d'un couple, constitué d'un homme et d'une femme, vivants, en âge de procréer**, ayant consenti préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

Le couple peut être marié ou non. L'exigence explicite d'une communauté de vie a été supprimée par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, bien que l'article L. 2141-2 prévoie tout de même que la cessation de cette communauté de vie fait obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons².

L'assistance médicale à la procréation avec donneur répond à des situations spécifiques. En application de l'article L. 2141-7 du code de la santé publique, elle peut être pratiquée *« lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple »*.

Hors de ces situations, l'assistance médicale à la procréation est exclue. En particulier, elle n'est **pas permise pour les femmes seules ou pour les couples de femmes**. Cette prohibition a été réaffirmée à l'occasion de l'examen de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, le législateur estimant que l'assistance médicale à la procréation ne pouvait être mise en œuvre pour répondre à des situations purement sociales et à des demandes de convenance exprimant un désir d'enfant.

¹ L'hypothèse de la transmission à l'enfant était déjà prévue par la loi de 1994.

² Font également obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons : le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.

Dans un arrêt du 15 mars 2012 *Gas et Dubois c/ France*¹, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a jugé que le dispositif français qui ne permet pas aux couples de personnes de même sexe d'avoir accès à l'AMP n'était pas contraire aux dispositions de la convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, « pour l'essentiel, l'IAD [insémination avec donneur] n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes ».

L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes à travers quelques exemples européens

Comme la France, l'Allemagne², le Portugal et l'Italie réservent l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels.

En revanche, l'ensemble des pays qui ont ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe (Portugal, Pays-Bas, Danemark, Belgique, Espagne, Suède et Angleterre) ont ouvert l'adoption conjointe aux époux de même sexe ainsi que l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. Ces pays, à l'exception de la Suède, autorisent également les femmes seules à recourir à l'AMP³.

Sources : étude de législation comparée du Sénat « Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité », n° 229, novembre 2012 et étude de législation comparée du Sénat « L'accès à l'assistance médicale à la procréation », n° 193, janvier 2009.

Elle ne peut non plus être utilisée pour procéder à une insémination *post mortem* ou au transfert d'embryons conçus avant le décès de l'un des membres du couple.

La question du transfert *post mortem* d'embryons s'est posée au législateur en 1994 et en 2004. Il a, à chaque fois, refusé de l'autoriser. En 2011, les députés avaient adopté un dispositif qui permettait un tel transfert, à condition que l'homme ait expressément donné son consentement en amont, et que le transfert intervienne entre six et dix-huit mois après le décès. La préservation des droits de l'enfant éventuel sur la succession était assurée par le gel de la succession pendant dix-huit mois avec une administration légale de celle-ci.

¹ Requête n° 25951/07.

² Cependant, la directive en matière de procréation médicalement assistée de l'ordre fédéral des médecins, publiée en février 2006 prévoit qu'elle peut bénéficier à une femme célibataire engagée dans une relation durable avec un homme non marié et qui s'engage à reconnaître sa paternité à l'égard de l'enfant à naître. Certains ordres des médecins, comme ceux de Hambourg ou de Berlin, laissent leurs membres pratiquer des actes d'AMP en faveur de couples de femmes liées par un partenariat.

³ Le Gouvernement suédois a néanmoins annoncé son intention de lever cette interdiction.

La commission des lois du Sénat s'était opposée à une telle pratique estimant que, malgré la détresse de la mère, l'assistance médicale à la procréation ne pouvait être conçue que dans l'intérêt de l'enfant, et que cet intérêt était de naître dans une famille constituée de deux parents qui pourraient l'élever et non pas de naître orphelin. Le rapporteur de la commission des lois avait souligné que le projet parental, qui fonde le recours à l'AMP, ne pouvait que disparaître avec ce couple, lorsque celui-ci se sépare ou lorsqu'un de ses membres décède¹. Ce dispositif avait été supprimé du texte au Sénat et n'avait pas été réintroduit ensuite.

En application de l'article L. 2141-10 du code de la santé publique, **il appartient à l'équipe médicale**, le cas échéant assistée des services sociaux, **de s'assurer que les conditions** du recours à l'assistance médicale à la procréation prévues par le code de la santé publique **sont remplies**.

Cependant, en cas de **recours à un tiers donneur**, une procédure spécifique est prévue par les textes. **Le couple doit donner son consentement au juge ou au notaire** qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation, conformément au dernier alinéa de l'article L. 2141-10 du même code et des articles 311-20 du code civil, 1157-2 et 1157-3 du code de procédure civile.

Dans l'hypothèse où l'assistance médicale à la procréation se traduit par **l'accueil d'un embryon issu d'un autre couple**, l'article L. 2141-6 du code de la santé publique prévoit une **autorisation judiciaire préalable**. « *Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable* ». Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

2. Des sanctions, qui touchent principalement le corps médical, en cas de manquement aux règles applicables à l'AMP

Le code pénal édicte un certain nombre de dispositions sanctionnant les manquements aux règles prévues en matière d'assistance médicale à la procréation. Ces sanctions visent pour l'essentiel les professionnels de santé et non pas les patients qui ont recours à l'assistance médicale à la procréation en contradiction avec les règles édictées par le code de la santé publique.

¹ Rapport pour avis de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 381 (2010-2011), p. 17. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/a10-381/a10-3811.pdf>.

De fait, les personnes qui auraient recours à l'assistance médicale à la procréation, sans intervention d'un tiers donneur, alors même qu'elles ne répondent pas aux conditions fixées à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, n'encourent pas de sanctions particulières.

En cas d'AMP avec tiers donneur, l'article 511-9 du code pénal (repris à l'article L. 1273-2 du code de la santé publique) **ne sanctionne que les hypothèses où une rémunération intervient**. Il prévoit que l'obtention de gamètes contre paiement ainsi que le fait d'apporter son entremise pour favoriser cette obtention est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Cette peine est portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende en cas d'obtention d'embryons humains contre paiement ou d'entremise en vue de favoriser cette obtention (article 511-15 du code pénal repris à l'article L. 2162-1 du code de la santé publique).

Indépendamment de toute considération pécuniaire, l'article 511-16 du même code prévoit que les mêmes peines sont encourues par les personnes qui obtiennent des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique, c'est-à-dire qui ne répondent pas aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique notamment (*cf. supra*).

Quant aux professionnels de santé, en vertu de l'article 511-24 du code pénal (repris par l'article L. 2162-5 du code de la santé publique), le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende et le fait d'exercer des activités nécessaires à l'accueil d'un embryon humain dans les conditions fixées à l'article L. 2141-6 du code de la santé publique sans s'être préalablement assuré qu'a été obtenue l'autorisation judiciaire prévue au deuxième alinéa dudit article¹ est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (article 511-25 du code pénal repris par l'article L. 2162-6 du code de la santé publique).

Les sanctions pénales de l'activité d'assistance médicale à la procréation non conforme aux dispositions du code de la santé publique visent donc en premier lieu le corps médical.

¹ Article L. 2141-6, alinéa 2 : « L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable ».

3. Des modalités d'établissement de la filiation de l'enfant né d'une AMP qui obéissent largement au droit commun

Lorsque l'assistance médicale à la procréation est homologue, c'est-à-dire qu'elle **ne fait pas appel à un donneur de gamètes**, ce qui est le cas dans la plupart des situations, l'établissement de la filiation se fait en **application du droit commun**.

La filiation peut être établie par l'effet de la loi. À l'égard de la mère, l'article 311-25 du code civil dispose que la filiation découle de « *la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ». La mère de l'enfant est la femme qui accouche (*mater semper certa est*)¹. L'utilisation de techniques d'assistance médicale à la procréation n'a, dès lors, jamais suscité de difficultés juridiques particulières concernant l'établissement du lien de filiation de l'enfant à l'égard de sa mère, y compris dans l'hypothèse d'un don d'ovocyte.

Si le couple est marié, le père bénéficie de la présomption de paternité prévue à l'article 312 du code civil, en vertu duquel, « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (*pater is est quem nuptiae demonstrant*).

Si le couple n'est pas marié, la filiation est établie par reconnaissance de paternité ou de maternité², faite avant ou après la naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique (article 316 du code civil).

Enfin, l'établissement de la filiation pourrait résulter des règles de la possession d'état lorsque l'assistance médicale à la procréation s'est faite sans recours à un tiers donneur et que l'enfant n'a pas été reconnu³. L'article 317 prévoit que « *chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* ».

Lorsque l'assistance médicale à la procréation est hétérologue, c'est-à-dire qu'elle **fait appel à un tiers donneur**, elle obéit à des règles spécifiques. L'article 311-20 du code civil et l'article L. 2141-10 du code de la santé publique prévoient que **les couples « doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation »**.

Il découle de ce consentement que **la filiation établie** à la suite d'une AMP avec donneur, contrairement au droit commun de la filiation, **ne**

¹ En application de l'article 332 du code civil, la contestation de la maternité n'est possible qu'en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

² Si la mère a accouché anonymement, elle peut, dans les deux mois suivant la naissance de l'enfant, reconnaître l'enfant et demander qu'il lui soit remis.

³ La possession d'état ne pourrait pas être utilisée dans le cadre d'une AMP avec donneur, car le couple est alors contraint de reconnaître l'enfant en application de l'article 311-20 du code civil.

peut donner lieu à aucune action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement des parents a été privé d'effet. De fait, si le parent infertile qui a recouru à une AMP engageait une action en contestation fondée sur la preuve biologique, celle-ci ne pourrait que prospérer puisque l'enfant a été conçu avec les gamètes d'un tiers.

Dès lors, celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée.

De plus, pour éviter toute confusion entre l'établissement de la filiation à l'égard du couple qui a eu recours à une AMP et la filiation biologique de l'enfant, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation et aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur (article 311-19 du code civil).

L'anonymat du donneur dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation

Le droit en vigueur

Le don de gamètes est, depuis son origine, régi par le principe de l'anonymat du donneur, pour éviter tout risque de rétribution ou de pression et pour conforter la filiation légale en interdisant toute concurrence de la filiation biologique.

L'article 16-8 du code civil dispose qu'« 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 ». Ce n'est qu'en cas de nécessité thérapeutique que les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

Dans le cadre d'une procréation avec tiers donneur, l'anonymat est conçu comme un moyen de consolider la paternité du père de l'enfant, puisqu'il évite toute concurrence avec le donneur de gamètes. Cet anonymat peut se doubler d'un secret sur le principe même du recours à un tiers donneur.

En application de l'article 511-10 du code pénal, la divulgation de renseignements permettant d'identifier le donneur et le receveur est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Le projet de loi à l'origine de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique prévoyait d'assouplir les dispositions régissant l'anonymat du donneur dans le cadre d'une AMP, en proposant que la personne majeure née d'une AMP avec tiers donneur puisse avoir accès à des données non identifiantes¹ relatives à tout tiers dont les gamètes ont permis sa conception. En outre, à sa demande et sous réserve du consentement exprès du ou des intéressés, il pouvait également accéder à leur identité.

¹ Âge, état de santé, caractéristiques physiques, situation familiale, catégorie socioprofessionnelle, nationalité...

Ces dispositions ont cependant été supprimées à l'Assemblée nationale, les députés ayant considéré que cette levée partielle de l'anonymat entraînerait une remise en cause de la primauté symbolique du caractère affectif et social de la filiation, qu'elle fragilisait la position des parents ou du donneur, et qu'elle risquait de se retourner contre les enfants si les parents décidaient désormais de garder secret le recours au tiers donneur.

La commission des lois du Sénat avait partagé cette analyse, estimant que les demandes, peu nombreuses¹, ne justifiaient pas de prendre le risque d'une baisse des dons consécutive à la levée de l'anonymat. Surtout, autoriser, par cette levée de l'anonymat, le donneur à prendre une place dans l'histoire personnelle et familiale de l'enfant, fût-ce avec son consentement, risquait d'installer, au cœur de la filiation, un primat biologique, qui menacerait à la fois le lien familial que la loi tente de créer et la perception que chacun peut avoir de ce lien².

Dans un arrêt du 13 juin 2013, le Conseil d'État a considéré que les règles du code de la santé publique imposant l'anonymat des dons de gamètes et l'impossibilité corrélative pour un enfant ainsi conçu d'accéder à l'identité du donneur n'étaient pas contraires aux articles 8 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme³.

Une évolution progressive des mentalités

Encouragé au début par les centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme (CECOS), l'anonymat s'est heurté à des conflits ou des difficultés qu'entraînaient des révélations tardives ou abruptes, souvent dans des situations de séparation familiale. Les CECOS ont progressivement fait évoluer leur doctrine sur ce point, ce qui les a conduits à conseiller aux parents de ne pas cacher à l'enfant le recours au don de gamètes.

Le principe d'anonymat fait l'objet de contestations au nom du droit pour toute personne d'accéder à ses origines. En 2009, dans une étude sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un régime combinant un accès de tout enfant majeur le sollicitant à certaines catégories de données non identifiantes et la possibilité d'une levée de l'anonymat si l'enfant le demande et si le donneur y consent⁴. C'est cette position qui a été reprise dans le projet de loi relatif à la bioéthique de 2011 (*cf. supra*).

Cette demande de levée de l'anonymat s'inscrit dans un mouvement général de reconnaissance du droit de chacun à accéder à ses origines. D'ores et déjà, le législateur s'est engagé dans cette voie, lorsqu'il a reconnu aux enfants adoptés, nés d'un accouchement sous X, la possibilité de connaître, avec son accord, l'identité de leur mère biologique⁵.

Plusieurs pays ont d'ores et déjà renoncé au principe d'anonymat absolu du donneur, comme la Suède (en 1984), l'Autriche (1992), les Pays-Bas (2004), le Royaume-Uni (2005) ou encore la Belgique (2007).

¹ Des causes objectives peuvent expliquer le faible nombre de demandes, puisqu'un certain nombre d'enfants dans cette situation peuvent avoir été tenus dans l'ignorance du recours à un tiers donneur par leurs parents et qu'une autre part souhaite s'éviter une démarche vouée à l'échec en l'état actuel de la législation.

² Rapport pour avis de M. François-Noël Buffet précité p. 15.

³ Conseil d'État, 13 juin 2013, n° 362981.

⁴ Conseil d'État, La révision des lois de bioéthique, La Documentation française, 2009, p. 54. Cette étude est consultable à l'adresse suivante :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288.pdf>

⁵ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

B. L'UTILISATION COMBINÉE DE L'ADOPTION AU SEIN D'UN COUPLE DE FEMMES ET DU RECOURS À L'AMP À L'ÉTRANGER

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a autorisé le recours à l'adoption pour les couples homosexuels, sans pour autant modifier les règles applicables à l'assistance médicale à la procréation. Elle n'a pas non plus institué de contrôle sur la conception de l'enfant adopté.

Dans les faits, cette évolution du droit a permis à des enfants issus d'une AMP avec donneur, pratiquée à l'étranger (en Belgique et en Espagne notamment), de faire l'objet d'une demande d'adoption de la part de l'épouse de leur mère.

Cependant, à moins de le révéler, ce qui semble avoir été le cas dans les affaires qui ont donné lieu à d'importantes divergences jurisprudentielles, le recours à une telle pratique est indécidable. Si le parquet peut le soupçonner, il est difficile à prouver car il suffit au couple concerné d'affirmer que l'enfant a été conçu lors d'une relation hétérosexuelle n'ayant pas donné lieu à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du géniteur paternel. La femme française qui a eu recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger bénéficie ensuite, comme toute femme enceinte, d'un suivi médical de sa grossesse et d'un accouchement en France, sans avoir à révéler, à aucun moment, les modalités de conception de l'enfant.

1. L'ouverture de l'adoption, et rien que l'adoption, aux couples de personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013

- *L'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe*

En ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a permis de franchir un pas symbolique.

Avant la loi de 2013, seul l'un des deux parents pouvait voir sa filiation établie à l'égard de l'enfant. L'autre parent n'avait aucune existence légale, il avait seulement la possibilité de se voir déléguer l'exercice de l'autorité parentale.

Désormais, les époux de même sexe peuvent adopter en la forme simple ou plénière.

L'adoption¹ d'un enfant par un couple de personnes de même sexe

L'article 346 du code civil, qui n'a pas été modifié par la loi du 17 mai 2013, dispose que « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ».

Adoption conjointe d'un enfant par les deux époux

En application de l'article 343 du code civil, l'adoption plénière est ouverte aux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans. La loi de 2013 n'a pas eu à modifier cette disposition car son bénéficiaire reposait exclusivement sur le lien matrimonial et non sur la différence de sexe.

Cependant, dans les faits, ces situations sont rares car les enfants « *adoptables* » sont peu nombreux et fort peu de pays étrangers acceptent de confier des enfants à des couples homosexuels. Or, les adoptions internationales représentent deux-tiers des adoptions.

L'adoption conjointe peut également intervenir en la forme simple puisque l'article 361 du code civil dispose que les dispositions de l'article 343 à 344 sont applicables à l'adoption simple.

Adoption de l'enfant du conjoint

Il s'agit donc de la principale avancée du texte. Elle concerne les familles homoparentales au sein desquelles l'enfant a déjà sa filiation établie (filiation légale ou filiation adoptive) à l'égard de l'un des deux membres du couple.

L'adoption de cet enfant par le conjoint de son premier parent suppose alors que la deuxième branche parentale soit libre. L'article 345-1 du code civil dispose à cet égard que l'adoption est possible :

- lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;
- lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;
- lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;
- lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

L'adoption de l'enfant du conjoint peut également intervenir en la forme simple comme le prévoit l'article 360 du code civil.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint, pour les couples hétérosexuels comme pour les couples homosexuels, obéit à certaines règles plus souples que celles prévues par le droit commun de l'adoption. Aucun agrément des services de l'aide sociale à l'enfance n'est par exemple requis (article 353-1 du code civil).

En revanche, comme pour toute adoption d'un mineur, le consentement à l'adoption du parent à l'égard duquel la filiation est déjà

¹ L'adoption plénière et l'adoption simple se distinguent par leurs conditions et leurs effets. La filiation établie par l'adoption plénière remplace purement et simplement la filiation d'origine de l'enfant alors qu'en matière d'adoption simple, l'adopté conserve tous ses liens avec sa famille d'origine.

établie est requis (article 348-1 du code civil). Il est donné devant notaire (article 348-3 du même code). Lorsqu'elle était également établie à l'égard du deuxième parent mais que celui-ci s'est vu retirer l'autorité parentale, ce qui permet l'adoption de l'enfant par le conjoint du premier parent (*cf.* encadré *supra*, article 345-1 du code civil), son consentement n'est pas nécessaire (article 348 du code civil).

De plus, conformément au droit commun, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que s'il est âgé de moins de quinze ans à la date du dépôt de la requête en adoption. S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption (article 345 du code).

Quant à la procédure applicable, l'article 353 du code civil dispose que « *l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Le tribunal intervient en matière gracieuse (article 1167 du code de procédure civile). Il opère un simple contrôle et, s'il y a lieu, il fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée (article 1171 du code de procédure civile).

Il vérifie, conformément à l'article 353 du code civil, si les conditions de l'adoption sont remplies, notamment si les consentements nécessaires ont été donnés, et si l'intérêt de l'enfant est respecté.

L'intérêt de l'enfant dans la procédure d'adoption

L'intérêt supérieur de l'enfant (*the best interests of the child*), est un principe issu de la convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. L'article 3-1 de la Convention dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

En matière d'adoption, en particulier, l'article 21 de la Convention prévoit que « *les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière* ».

Il est également intégré comme norme de référence par la Cour européenne des droits de l'homme. De jurisprudence constante, la Cour considère qu'en matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant doit « *constituer la considération déterminante* » dans la recherche de l'équilibre entre les différents intérêts en présence¹.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille* »².

¹ Cf. par exemple, CEDH, arrêt du 10 janvier 2008, Kearns c/ France, n° 35991/04.

² CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c/ Pays-Bas, n° 18535/91.

Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, le Conseil constitutionnel a élevé l'intérêt de l'enfant, en matière d'adoption, au niveau constitutionnel, en considérant que l'exigence selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant résultait du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (considérant n° 54).

L'intérêt de l'enfant est une notion de fait, appréciée par les juges du fond.

Source : rapport de Mme Rachel Le Cotty, conseiller référendaire à la Cour de cassation, sur les demandes d'avis n° 1470006 et 1470007.

Le code civil ne prévoit donc aucun contrôle des modalités de conception de l'enfant dont l'adoption est demandée, à moins que ces modalités constituent un détournement de l'adoption (en présence d'une convention de gestation pour autrui ou d'un inceste absolu par exemple¹).

• *La question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes écartée du débat*

Depuis la loi de 2013, un enfant peut donc avoir juridiquement deux mères ou deux pères, mais le législateur a limité cette possibilité à la filiation adoptive, la filiation biologique et la présomption de paternité demeurant réservées aux seuls couples hétérosexuels. Il avait estimé que la différence entre un couple constitué d'un homme et d'une femme, et un couple constitué de deux hommes ou de deux femmes pouvait être jugée pertinente pour ce qui intéresse le biologique, mais sans effet en ce qui concerne l'exercice des droits parentaux ou l'établissement d'une filiation adoptive conjointe².

Dans la décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, rendue à propos de cette loi, le Conseil constitutionnel a validé cette construction, écartant la consécration d'un droit pour l'enfant à une filiation hétérosexuée défendue par les requérants. Il a considéré qu'« *en tout état de cause, doit être écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle"* ; qu'il en va de même du grief tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère »³.

À l'occasion de l'examen de ce texte, les questions de l'accès des couples de femmes à l'assistance médicale à la procréation et de l'accès des

¹ On parle d'inceste « absolu » lorsque l'enfant est issu de relations charnelles entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur. L'article 310-2 du code civil interdit expressément d'établir la filiation à l'égard des deux parents. Elle ne peut l'être qu'à l'égard de l'un d'eux.

² Rapport de M. Jean-Pierre Michel, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Tome 1, n° 437 (2012-2013), p. 21. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/112-437-1/112-437-11.pdf>.

³ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, considérant 56.

couples d'hommes à la gestation pour autrui avaient été débattues, bien que finalement écartées des dispositions votées¹.

Lors des auditions menées par le rapporteur de la commission des lois sur ce texte, M. Jean-Pierre Michel, et lors des débats, certaines personnes qui soutenaient l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, comme certaines qui s'y opposaient, avaient cependant fait valoir qu'en permettant aux femmes d'adopter l'enfant de leur épouse, sans leur permettre de le concevoir en France, la loi tolèrerait voire encouragerait le contournement des règles françaises et le « *tourisme procréatif* ».

Cette question de la modification des conditions d'accès à l'AMP avait été renvoyée à l'examen d'un futur projet de loi sur la famille, qui devait être précédé d'un avis du comité consultatif national d'éthique (CCNE). Ce texte ainsi que l'avis qui devait l'accompagner n'ont pas vu le jour.

• *L'invitation faite aux juges par le Conseil constitutionnel de priver d'effet tout détournement de la loi*

Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, le Conseil constitutionnel a considéré que « *ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant* »² l'assistance médicale à la procréation ou la gestation pour autrui.

Pour répondre au grief soulevé par les requérants selon lequel, compte tenu notamment des difficultés que rencontreraient les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe inciterait ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée en fraude à la loi française³, le Conseil constitutionnel a jugé « *que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entach[ait] pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appart[enait] aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* »⁴.

Le Conseil n'a pas précisé les conséquences que les juridictions devaient tirer de ce détournement mais, selon une partie de la doctrine, à moins de priver sa décision d'effet, il a nécessairement entendu exclure

¹ La loi de 2013 n'a pas modifié l'article L. 2141-2 du code de la santé publique qui réserve l'assistance médicale à la procréation aux couples, mariés ou non, qui présentent une infertilité dont le caractère pathologique est médicalement constaté, ce qui exclut les couples de personnes de même sexe (cf. supra). Elle n'a pas, a fortiori, autorisé en France le recours à la gestation pour autrui (cf. infra).

² Décision n° 2013-669 DC précitée, considérant n° 44.

³ Décision n° 2013-669 DC précitée, considérant n° 48.

⁴ Décision n° 2013-669 DC précitée, considérant n° 58.

l'établissement d'une filiation adoptive à l'égard de l'épouse, car la négation de la filiation à l'égard de la mère qui a eu recours à l'assistance médicale à la procréation serait quant à elle impensable¹.

En tout état de cause, cette position du Conseil constitutionnel n'a pas de force contraignante et ne constitue pas non plus une réserve d'interprétation car, selon une jurisprudence constante², en vertu du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi soumise à son examen. Il ne lui appartient de procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité.

De plus, comme le relève M. Jean-Dominique Sarcelet, avocat général, dans ses conclusions sur les deux demandes d'avis adressées à la Cour de cassation (*cf. infra*)³, « l'invitation faite par le Conseil constitutionnel aux juridictions compétentes pour empêcher, priver d'effet et, le cas échéant, réprimer le recours à la PMA à l'étranger en fraude à la loi française, doit être nuancée. Il s'agissait pour le Conseil d'écarter un grief en appliquant une jurisprudence constante et ancienne. Le seul fondement de cette jurisprudence tient en ce que l'éventualité d'un détournement de la loi n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité. En abandonnant aux juridictions compétentes ce contrôle, le Conseil constitutionnel n'a pas entendu leur imposer de priver d'effet le recours à la PMA à l'étranger, mais a rappelé de manière exhaustive les pouvoirs qui leur sont dévolus en matière de fraude à la loi ».

2. La confrontation des juges à des situations d'AMP réalisées à l'étranger par des couples de femmes

Selon un état des lieux des demandes d'adoption de l'enfant du conjoint dressé par la direction des affaires civiles et du sceau transmis à vos rapporteurs, entre le 13 mai 2013 et le 17 juillet 2014, 684 requêtes en demande d'adoption plénière de l'enfant du conjoint ont été déposées et 37 requêtes en adoption simple. 254 décisions ont prononcé l'adoption plénière et 27 l'adoption simple. Dans trois procédures une mesure d'enquête a été ordonnée, neuf décisions ont refusé de prononcer l'adoption et, dans deux procédures, la Cour de cassation a été saisie pour avis.

¹ Jérôme Roux, « *Vox clamantis in deserto* – L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à " priver d'effet " le recours illicite à la PMA et à la GPA », La semaine juridique édition générale, n° 16, 20 avril 2015, *doctr.* 483.

² Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

³ Conclusions sur les demandes d'avis n°s 1470006 et 1470007 p. 16.

a) L'invocation controversée de la « fraude à la loi » pour faire obstacle à l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère

À la suite de l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, **les juges du fond ont, pour la plupart, prononcé l'adoption plénière de l'enfant de la mère par son épouse**, nonobstant le recours à une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger. Le premier jugement en ce sens a été rendu par le tribunal de grande instance (TGI) de Lille le 14 octobre 2013¹. Il a ensuite été suivi par d'autres tribunaux comme le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, le tribunal de grande instance de Marseille ou le tribunal de grande instance de Nanterre, dans quatre jugements en date du 8 juillet 2014. Ces juridictions ont considéré que les conditions légales de l'adoption plénière, prévues par les articles 343 et suivants du code civil, étaient remplies et l'adoption conforme à l'intérêt des enfants.

Les juges de Nanterre², par exemple, ont estimé que l'article L. 2141-2 du code de la santé publique n'édicte aucune interdiction et sa méconnaissance n'étant assortie d'aucune sanction ou nullité d'ordre public, le recours à la procréation médicalement assistée dans un pays membre de l'Union européenne où elle est ouverte, par un couple ne remplissant pas les conditions prévues par cet article, ne pouvait constituer, à lui seul, un processus frauduleux de nature à priver d'effet la naissance de l'enfant en France en interdisant l'établissement de sa filiation maternelle et son adoptabilité. Il a ajouté qu'il n'était pas allégué que la loi belge³ relative à la procréation médicalement assistée méconnaissait les principes essentiels du droit français de gratuité, d'anonymat du don et d'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Il a rappelé que, si la procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme avait pour effet d'interdire l'établissement de la filiation biologique paternelle de l'enfant, le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, écarté « *les griefs tirés de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de "caractère bilinéaire de la filiation fondée sur l'altérité sexuelle" comme d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère* ». Pour le tribunal, l'impossibilité d'établir une filiation paternelle ne saurait, dès lors, constituer une fraude à la loi française.

Le tribunal a enfin estimé que la requérante poursuivait un seul objectif, conforme à la loi française, à savoir l'établissement d'un lien de filiation entre elle-même et l'enfant.

¹ TGI de Lille, 14 octobre 2013, JurisData n° 2013-027517.

² TGI de Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14804.

³ L'enfant avait été conçu par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur en Belgique.

Les premiers jugements en sens contraire, au nombre de trois, ont été rendus par le tribunal de grande instance de Versailles le 29 avril 2014¹. Le tribunal s'est placé **sur le terrain de la fraude à la loi** pour refuser, dans les trois affaires, les adoptions sollicitées.

Le tribunal versaillais a tout d'abord rappelé qu'en l'état du droit positif la procréation médicalement assistée n'était pas ouverte aux couples de femmes en France et demeurait réservée aux couples hétérosexuels dont l'état d'infertilité pathologique a été médicalement constaté.

Il a ensuite défini la fraude comme la situation dans laquelle « *on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger* ».

Reprenant les termes de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 du 17 mai 2013, rendue à propos de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, il a estimé qu'il appartenait aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer des pratiques constitutives d'un tel détournement.

Dès lors, il a jugé que « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation à la loi française, constitu[ait] une fraude à celle-ci et interdi[sai]t donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu* ».

Le concept de fraude à la loi en droit international privé

La fraude à la loi est caractérisée lorsque l'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger. Il s'agit donc d'une violation de la loi qui s'abrite derrière les règles de droit elles-mêmes, pour prétendre à une régularité formelle. Comme le rappelle la Cour de cassation de manière constante, il appartient aux juges de rechercher « *si les parties n'ont pas volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente* »².

La fraude à la loi est un concept particulièrement développé en droit international privé. L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt *Princesse de Bauffremont* du 18 mars 1878³, du nom de la princesse qui, en 1875, avait établi son domicile en Saxe-Altembourg et obtenu la nationalité de cet État « *dans le seul but d'échapper à la loi française* » prohibant à l'époque le divorce. La Cour avait considéré que les « *actes ainsi faits en fraude à la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont* ».

Cette théorie s'est développée ces dernières années car une personne soumise à une loi qui ne lui convient pas dispose aujourd'hui de certaines facilités pour se placer sous l'empire d'une loi qui lui est plus favorable.

¹ TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00013 : JurisData n° 2014-013012 ; n° 13/00113 : JurisData n° 2014-013015 ; n° 13/00168 : JurisData n° 2014-013016.

² Cour de cassation, chambre civile, 1^{er} et 17 mai 1983, pourvois n°s 82-11402 et 82-11290.

³ Cour de cassation, chambre civile, 18 mars 1878, S. 78. I. 193, note Labbé.

La fraude à la loi en droit international privé suppose la réunion de trois éléments¹ :

- un élément légal : une loi normalement applicable au rapport de droit en cause ;
- un élément matériel : une modification volontaire de ce rapport de droit par l'une au moins des parties, permettant par des moyens tout à fait licites (changement de nationalité, de domicile, transports de biens meubles à l'étrangers...), de le soumettre à l'empire d'une autre loi ;

- un élément moral ou intentionnel : un but exclusif à cette manœuvre : la soustraction, inspirée par des fins illégitimes, du rapport de droit à la compétence de la loi normalement applicable.

La sanction de la fraude consiste à la priver d'efficacité (*fraus omnia corrumpit*) afin de préserver l'autorité de la loi fraudée.

Peu de temps après, le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence a rendu une décision dans le même sens² que celui de Versailles, estimant que la mère de l'enfant avait évité sciemment l'application des dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, et qu'il appartenait donc à la juridiction, saisie d'une demande d'adoption formulée par la conjointe de la mère, de relever ce détournement et, dans le respect de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013, d'empêcher et de priver d'effet une telle pratique.

Confrontés, à leur tour, à cette question, et **face aux divergences jurisprudentielles existantes, les tribunaux de grande instance de Poitiers et d'Avignon ont saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis** sur le fondement de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire³.

Les deux juridictions interrogeaient la Cour pour savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger, par un couple de femmes, constituait une fraude à la loi française, qui l'interdit, empêchant le prononcé de l'adoption par l'épouse de la mère. Le TGI de Poitiers avait posé une autre question : l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale n'exigeaient-ils pas de faire droit à la demande d'adoption ?

b) L'adoption plénière de l'enfant du conjoint admise par la Cour de cassation dans deux avis du 22 septembre 2014

Au terme de ses deux rapports concernant les affaires dont la Cour de cassation était saisie par les TGI de Poitiers et d'Avignon, le rapporteur,

¹ Cf. rapport de Mme Rachel Le Cotty n°1470006 p. 35 et suivantes et rapport du même auteur n° 1470007 p. 37 et suivantes.

² TGI d'Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472.

³ Cet article dispose qu'« 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 ».

Mme Rachel Le Cotty, conseiller référendaire à la Cour, esquissait trois pistes de réponse.

La Cour pouvait apporter une réponse fondée sur le respect des interdits posés par la loi française, en décidant que le recours à l'étranger, par un couple de femmes, à une insémination artificielle avec donneur anonyme, alors que celle-ci est réservée en France aux couples de personnes de sexes différents dont l'infertilité est médicalement diagnostiquée, constituait une fraude à la loi faisant obstacle au prononcé de l'adoption, qui serait alors « *l'ultime phase d'un processus d'ensemble* » destiné à échapper aux prohibitions de la loi française, non levées par le législateur à ce jour.

Elle pouvait également estimer que, bien qu'une fraude à la loi soit constituée, celle-ci n'est pas d'une gravité telle qu'elle empêcherait le prononcé de l'adoption, en l'absence de violation des « *principes essentiels* » du droit français, puisque la loi du 17 mai 2013, en ouvrant l'adoption aux couples de personnes de même sexe, a permis l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe et que l'assistance médicale à la procréation est une technique autorisée en France, contrairement à la gestation pour autrui qui est frappée de nullité d'ordre public.

Elle pouvait enfin écarter toute fraude à la loi, en l'absence de manipulation d'un critère de rattachement de la règle de conflit de lois¹, le couple de femme n'ayant pas modifié sa nationalité, sa résidence ou son domicile, par exemple, pour pouvoir bénéficier d'une AMP à l'étranger, ce qui excluait que le procédé utilisé fasse obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère.

Dans deux avis du 22 septembre 2014² à la rédaction identique, la Cour de cassation a estimé que « *le recours à la procréation médicalement assistée, 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* ».

Ces avis, extrêmement laconiques, qui ne font aucune allusion à la notion de « *fraude à la loi* », ne permettent pas de déterminer si la Cour a écarté l'idée d'une fraude ou d'un détournement de la loi ou si elle a considéré qu'une fraude à la loi était constituée mais qu'elle n'était pas d'une gravité telle qu'elle ferait obstacle au prononcé de l'adoption.

Selon Mme le professeur Claire Neirinck, de ce silence sur ce point essentiel, on peut déduire que « *la Cour de cassation, qui avait jusqu'à présent réussi à imposer le respect de la loi et à interdire l'instauration d'un droit à l'enfant,*

¹ Cf. encadré sur la fraude à la loi supra. Les critères de rattachement, en droit international privé, sont par exemple la nationalité, le domicile, la résidence...

² N^{os} 14-70.006 et 14-70.007.

ne pouvait pas nier l'existence d'une fraude sans se déjuger elle-même. Son silence sur ce point serait donc de soumission et non d'adhésion à une solution qui transforme la loi bioéthique en chiffon de papier »¹.

La lecture du communiqué qui accompagnait ces deux avis apporte quelques éclairages bienvenus. Ce communiqué précise que la Cour a écarté la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle car « *en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français.*

« La Cour tire ainsi les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant ».

Elle rappelle cependant que, « *conformément à l'article 353 du code civil et aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions légales sont remplies et si cette même adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

Bien que ces deux avis n'aient aucune valeur contraignante, tant à l'égard des juridictions qui avaient saisi la Cour (article L. 441-3 du code de l'organisation judiciaire), qu'à l'égard des autres juridictions y compris la Cour de cassation, la plupart des juridictions du fond se sont ralliées à cette position et ont admis l'adoption de l'enfant du conjoint lorsqu'il a été conçu à l'étranger par assistance médicale à la procréation, au sein d'un couple de femmes².

Cependant, le 12 juin 2015, le tribunal de grande instance de Cahors a refusé d'appliquer les avis de la Cour de cassation, rejetant la demande d'une femme en adoption plénière de l'enfant de son épouse aux motifs que : « *le procédé qui consiste à recourir, à l'étranger, au bénéfice d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, 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 et fait obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant illégalement conçu* »³.

Le 18 janvier 2016, la cour d'appel d'Agen⁴, saisie de l'affaire en cause, a invalidé la décision du TGI de Cahors. Rappelant les termes des deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014, elle a estimé « *qu'il*

¹ Claire Neirinck, « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », Droit de la famille, n° 11, novembre 2014, comm. 160.

² Cf. par exemple : cour d'appel de Limoges, chambre civile, 2 mars 2015, n° 14/01060 ou n° 14/01119 ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 14 avril 2015, chambre 6 B, n° 2015/213 ou chambre 6C, n° 2015/401 ; cour d'appel de Versailles, chambre 1, section 1, 16 avril 2015, n° 14/04243, n° 14/04244, n° 14/04245 ou n° 14/04253.

³ TGI de Cahors, 12 juin 2015, n° 15/00122.

⁴ Cour d'appel d'Agen, chambre civile, 18 janvier 2016, n° 15/00850.

en résulte que [...] la démarche choisie par la requérante de participer à l'étranger à un processus de procréation tarifé et interdit en France n'est plus constitutif d'une fraude ». Le juge a ensuite estimé que les conditions de l'adoption étaient remplies et que celle-ci était conforme à l'intérêt de l'enfant.

C. LES ORIENTATIONS ENVISAGÉES PAR LA MISSION D'INFORMATION

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas été suivie du projet de loi relatif à la famille annoncé au moment des débats, ni de l'avis du comité consultatif national d'éthique qui devait le précéder et se prononcer sur la question de la modification des conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, qui s'est substituée au texte attendu, a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 27 juin 2014. Elle ne contient aucune disposition concernant l'assistance médicale à la procréation.

À la suite des rebondissements jurisprudentiels concernant l'adoption, par l'épouse de sa mère, de l'enfant conçu à l'étranger par AMP, et au terme de ses travaux, la mission d'information s'est trouvée face à trois orientations incompatibles entre elles : faire obstacle à l'adoption de l'enfant conçu en contradiction avec les conditions d'accès à l'AMP posées à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, réformer les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation pour permettre aux couples de femmes d'en bénéficier, ou entériner la solution dégagée par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014.

1. L'impossibilité de faire échec au prononcé de l'adoption de l'enfant du conjoint conçu à l'étranger par AMP

La première proposition qui a émergé des auditions organisées par la mission d'information consiste à faire échec à l'adoption de l'enfant du conjoint, lorsqu'elle constitue l'« *ultime phase d'un processus d'ensemble* »¹ destiné à faire échapper une situation aux règles posées par la loi française.

Cette position a donné lieu au dépôt de plusieurs propositions de loi ces dernières années², textes qui n'ont jamais été examinés par le Parlement.

¹ Termes utilisés par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1991 rendu à propos de la gestation pour autrui. Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, req. n° 90-20105.

² Proposition de loi visant à restreindre le recours à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels, n° 1446, déposée le 10 octobre 2013 à l'Assemblée nationale par M. Paul Salen et plusieurs de ses collègues ; proposition de loi visant à limiter l'accès à la procréation médicalement assistée aux seuls couples hétérosexuels confrontés à une infertilité médicale, n° 1456, déposée le 10 octobre 2013 à l'Assemblée nationale par M. Philippe Gosselin et plusieurs de ses collègues ; proposition de loi visant à interdire toute intervention médicale ayant pour but de concevoir un enfant à la demande de deux personnes de même sexe, n° 1683, déposée le 8 janvier 2014 à l'Assemblée nationale par Mme Annie Genevard et plusieurs de ses collègues.

a) *Des prises de position en faveur d'une plus grande sévérité à l'égard des couples de femmes qui ont recours à une AMP à l'étranger*

• *L'existence d'une fraude à la loi*

Selon les tenants de cette position, dont le professeur Claire Neirinck, entendue par vos rapporteurs, ces situations constituent bien une fraude à la loi, car les personnes concernées ont utilisé, à l'étranger, des moyens détournés mais formellement légaux pour obtenir ce que la loi française prohibe, comme l'avait affirmé le TGI de Versailles dans ses décisions du 29 avril 2014 (*cf. supra*).

Les trois conditions de la fraude à la loi réunies (*cf. encadré supra*) seraient ainsi. L'élément légal résulterait du fait que l'article L. 2141-2 du code de la santé publique limite le recours à l'AMP à certaines situations (une infertilité pathologique d'un couple hétérosexuel) et l'article 6-1 du code civil, créé par la loi du 17 mai 2013, exclut l'application aux couples de personnes de même sexe des règles de filiation par procréation, y compris celles qui concernent l'établissement de la filiation à l'égard d'un enfant né d'une assistance médicale à la procréation¹. L'élément matériel serait constitué par l'internationalisation artificielle d'une situation juridique purement interne puisque les affaires soumises aux juridictions concernaient des femmes françaises domiciliées en France, qui n'avaient aucun lien avec l'Espagne ou la Belgique. Quant à l'élément moral, il découlerait de l'intention du couple de femmes de se rendre à l'étranger dans l'unique but de bénéficier d'une législation qui lui est plus favorable.

Dès lors, ils rappellent que dans sa décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, rendue à propos de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a considéré que, si « l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entach[ait] pas celle-ci d'inconstitutionnalité », il appartiendrait néanmoins « aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques »².

Bien que la sanction de la fraude à la loi consiste à priver d'effet un tel procédé, les auteurs s'accordent cependant à considérer que le lien de filiation à l'égard de la mère qui a accouché de l'enfant ne pourrait être remis en cause.

¹ L'article 6-1 du code civil dispose que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Le titre VII est le titre relatif à la filiation. Il comporte, au sein de son chapitre 1^{er}, une section 3 « De l'assistance médicale à la procréation ».

² Considérants n°s 48 et 58.

En revanche, cette fraude ferait obstacle à l'adoption car elle affecterait le « *consentement [...] donné par la mère qui a imposé au futur adopté une naissance sans père que les articles 6-1 et 311-20 interdisent* »¹

Le consentement nécessaire de la mère à l'adoption par sa conjointe devrait être considéré comme entaché d'un vice et donc ne pas remplir la condition de validité exigée par le 1° de l'article 347 du code civil².

En tout état de cause, vos rapporteurs constatent que cette interprétation n'est pas conforme à la position de la Cour de cassation qui s'attache à vérifier que la fraude ne porte pas atteinte à des principes d'ordre public, comme c'est le cas de la gestation pour autrui.

- ***Un détournement de l'institution de l'adoption***

Une telle pratique constituerait, en outre, un détournement de l'institution de l'adoption elle-même. L'adoption vise, par l'établissement d'une filiation fictive, à donner une famille à un enfant qui en est privé et non l'inverse.

Or, l'adoption n'est pas, dans cette hypothèse, conçue comme un moyen d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant déjà né, mais comme la dernière étape d'un projet de conception d'un enfant.

Elle est l'aboutissement d'un projet parental consistant à priver délibérément un enfant de sa filiation paternelle pour satisfaire le désir d'enfant de certains couples de femmes. Selon Mme Aude Mirkovic « *l'homme qui fournit son sperme sait qu'il contribue à la naissance d'un enfant sur lequel il ne prétendra à aucune paternité. La femme est inséminée avec l'intention que l'enfant soit issu d'un homme ne pouvant prétendre à aucune paternité. L'adoption demandée réalise donc [un] détournement d'institution, car il était prévu, ab initio, que le géniteur s'efface de la vie, et de la filiation, de l'enfant* »³.

Cependant, vos rapporteurs rappellent que l'adoption de l'enfant du conjoint constitue d'ores et déjà un mode un peu particulier d'adoption, puisqu'il s'adresse à un enfant qui a déjà une famille et y demeure après l'adoption. Elle ajoute à une filiation initiale une filiation adoptive qui ne s'y substitue pas, au profit du conjoint du parent.

De plus, dans la décision n° 2013-669 qu'il a rendu le 17 mai 2013 à propos de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de « *caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle* » et celui tiré de la

¹ Claire Neirinck, « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », Droit de la famille, n° 11, novembre 2014, comm. 160.

² Cet alinéa prévoit que peuvent-être adoptés, « les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ».

³ Aude Mirkovic, « L'impossible adoption des "bébés Thalys" », RLDC, juillet-août 2014, n° 5501, p. 40 à 44.

méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère¹, permettant ainsi l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère, tout en ne modifiant pas les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation.

• *L'absence de droit à l'adoption*

Enfin, selon les défenseurs de cette position, il n'existe pas, en France, de droit à l'adoption justifié par le droit de mener une vie familiale normale. En effet, dans une décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a considéré que « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* »

De même, il n'existe pas d'obligation d'admettre l'adoption au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt *Fretté c/ France* du 26 février 2002², la Cour a rappelé que l'article 8 de la Convention ne garantissait pas, en tant que tel, un droit d'adopter et que, par ailleurs, « *le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille* »³.

En tout état de cause, les opposants à l'assouplissement des conditions d'accès à l'AMP estiment qu'il est particulièrement problématique de laisser au juge le soin de décider quelles sont, parmi les règles posées par le législateur, celles dont l'importance interdit toute transgression et celles qui, à l'inverse, s'accommodent de détournements.

b) *La difficile traduction législative d'une telle position*

La traduction législative de ces arguments théoriques se heurte cependant à des considérations pragmatiques. Comment faire obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de sa mère, de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation à l'étranger ?

• *Faire du recours à l'AMP à l'étranger hors des conditions du droit français une véritable prohibition d'ordre public*

Le communiqué qui accompagne les avis de la Cour de cassation précise que la solution fondée sur la fraude à la loi a été écartée par la Haute juridiction car en France, certes sous conditions, l'insémination artificielle avec donneur anonyme est autorisée. « *Dès lors, le fait que des femmes y aient recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* ».

¹ Décision précitée, considérant n° 56.

² Requête n° 36515/97.

³ CEDH arrêts *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, § 31 et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 62.

Pour faire échec à ce raisonnement, le législateur devrait intervenir pour faire de ces situations des atteintes incontestables aux principes essentiels du droit français.

Pour cela, il devrait envisager de renforcer les sanctions pénales encourues par les personnes qui ont recours à une assistance médicale à la procréation hors des conditions fixées par l'article L. 2141-2 du code de la santé public¹, voire de faire du respect de ces conditions une véritable exigence d'ordre public sanctionnée, en cas de manquement, de nullité absolue.

Vos rapporteurs n'ont pas souhaité retenir cette solution car l'assistance médicale à la procréation ne pose pas les mêmes questions que la gestation pour autrui², dans la mesure où, si contournement de la loi il y a, celui-ci ne heurte pas les principes tenant au respect du corps humain.

De plus, une solution aussi radicale risquerait de remettre également en cause le lien de filiation établi à l'égard de la mère de l'enfant, fragilisant les règles françaises d'établissement de la filiation qui reposent, pour la filiation maternelle, sur le principe *mater semper certa*.

Enfin, comme le relève M. le professeur Hugues Fulchiron, « *le fait d'invoquer la fraude pour refuser d'établir des liens de filiation adoptifs ou pour détruire des liens de filiation biologiques suppose que l'on raisonne comme si la filiation était la "chose" des parents. Or la filiation est avant tout un élément de l'identité de l'enfant. Et l'enfant est étranger à la "fraude" »³.*

• Faire de la conformité au droit français des modalités de conception de l'enfant l'une des conditions du prononcé de l'adoption

Si l'on s'en tient à la lettre des deux avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation, « *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* ».

Le communiqué qui accompagne ces deux avis, précise que la Cour a ainsi tiré les conséquences de la loi du 17 mai 2013, « *qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant* ».

¹ En effet, actuellement, les personnes qui recourent à l'assistance médicale à la procréation en contradiction avec les règles de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique n'encourent pas de sanctions pénales, à moins que le don de gamètes ou d'embryon ait fait l'objet d'une rémunération. Les professionnels de santé sont seuls à encourir des sanctions pénales.

² Cf. partie II infra.

³ Hugues Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit ? À propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes* », Recueil Dalloz, 2014.1162.

Pour faire obstacle au prononcé de l'adoption, le législateur pourrait donc faire du respect des dispositions du droit français relatives à l'assistance médicale à la procréation, l'une des conditions légales du prononcé de l'adoption.

Cependant, comme l'a rappelé Mme Rachel Le Cotty, dans ses deux rapports sur les demandes d'avis adressées à la Cour de cassation¹, en droit français, sauf action particulière (telle que l'action en contestation ou en recherche de filiation), la filiation est établie sans contrôle des conditions de conception de l'enfant. Elle résulte de la désignation de la mère dans l'acte de naissance, de la présomption de paternité, de la reconnaissance ou de la possession d'état.

« Les deux exceptions, donnant lieu à un contrôle des conditions de conception des enfants, sont la gestation pour autrui car la gestation elle-même fait intervenir le corps d'une autre femme que la mère d'intention, et l'inceste absolu car l'article 310-2 du code civil interdit expressément tout établissement du lien de filiation. »

Une telle réforme emporterait donc un changement radical du modèle existant et paraît difficile à mettre en œuvre d'un point de vue pratique.

Il serait en effet difficile de prouver que l'enfant a été conçu par AMP à l'étranger. Ceci supposerait de mener une enquête au cours de la procédure d'adoption, pour déterminer les conditions dans lesquelles l'enfant a été conçu. Une telle immixtion du juge dans l'intimité des familles risquerait de porter une atteinte grave au respect de la vie privée.

Vos rapporteurs partagent sans réserve les interrogations formulées par M. le professeur Hugues Fulchiron à ce propos : *« que penser d'un système dont la sévérité ne frapperait que ceux qui avouent leur "faute" ? Il est difficile à un homme ou à un couple d'hommes de nier le recours à la GPA. Rien de plus simple pour une femme ou un couple de femmes : il suffit de prétendre que l'enfant est né d'une relation hétérosexuelle. S'il a des soupçons, le juge poursuivra-t-il ses investigations afin de percer le mystère de la conception ? Ne serait-ce pas porter gravement atteinte au droit au respect de la vie privée... sur le seul fondement de l'orientation sexuelle de la mère ? »*².

De plus, bien que l'adoption soit l'aboutissement d'un processus d'ensemble, vos rapporteurs soulignent qu'il serait contestable de faire peser exclusivement la sanction sur l'épouse qui n'est pas la personne qui s'est livrée directement au contournement de la loi française.

¹ Rapport de Mme Rachel Le Cotty, conseiller référendaire à la Cour de cassation, sur la demande d'avis n° 1470006 p. 32 et sur la demande d'avis n° 1470007 p. 33.

² Cf. article de M. Hugues Fulchiron précité.

2. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, une solution qui ne peut être retenue en raison de ses conséquences sur le droit de la filiation

La deuxième piste évoquée est radicalement différente de la première. Elle consiste à assouplir purement et simplement les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation en France, prévues à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, pour permettre aux couples de femmes d'y accéder.

Il s'agirait, pour les tenants de cette position, de franchir un pas supplémentaire par rapport à la loi du 17 mai 2013, qui a permis le mariage des couples de personnes de même sexe et l'adoption de l'enfant du conjoint, en prévoyant expressément l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. Cette solution permettrait d'éviter les montages visant à contourner les interdictions posées par la loi française.

L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes est une question qui revient de manière récurrente dans le débat politique. Lors de l'examen de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relatif à la bioéthique, en première lecture, le Sénat avait adopté un amendement du groupe socialiste ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, contre l'avis du Gouvernement et du rapporteur de la commission des affaires sociales. Cette disposition avait finalement été supprimée du texte en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission spéciale, notre collègue député Jean Leonetti estimant que « *l'assistance médicale à la procréation est un procédé de réparation d'une infertilité, pas un vecteur juridique de légitimation d'unions ou de modes de vie. Elle n'est pas une solution à tous les désirs d'enfants ni aux infertilités sociales* »¹.

Lors de l'examen de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cette question a été écartée au profit d'un texte à venir relatif à la famille. Aucun texte en ce sens n'a finalement été examiné depuis par le Parlement.

Parallèlement, en 2013, la ministre en charge de la famille a confié à Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer un groupe de travail chargé de nourrir la réflexion préalable à un projet de loi abordant « *les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants* »². Ce rapport, intitulé *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, a été publié en avril 2014. Il préconisait d'ouvrir l'accès de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes en abandonnant l'exigence d'un diagnostic du caractère pathologique de l'infertilité. La filiation serait ensuite établie à l'égard des deux parents par l'institution d'une

¹ Rapport de M. Jean Leonetti, fait au nom de la commission spéciale, sur le projet de loi relatif à la bioéthique, n° 3403, p. 98. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3403.pdf>.

² Lettre de mission reproduite en p. 7 du rapport *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, avril 2014.

« *déclaration commune anticipée de filiation* » transmise à l'officier d'état civil et portée sur l'acte de naissance de l'enfant.

Lors de son audition par la mission d'information, le Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, a pris position en faveur de cette ouverture, estimant que les conditions actuelles d'accès à l'AMP créaient une inégalité entre les femmes selon leur orientation sexuelle et selon leur situation de famille. Il a ensuite confirmé cette position dans un avis publié le 3 juillet 2015¹. Selon cet avis, « *la condition d'infertilité médicalement attestée prévue par la loi ne peut justifier cette différence de traitement entre les femmes* ».

Quant au comité consultatif national d'éthique, s'il n'a finalement pas rendu d'avis sur cette question à la suite de l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, il s'était prononcé sur ce point, dans un sens défavorable, en 2005². Il avait estimé que « *l'assistance médicale à la procréation a toujours été destinée à résoudre un problème de stérilité d'origine médicale et non à venir en aide à une préférence sexuelle ou à un choix de vie sexuelle. L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant* ».

a) *Les justifications d'une telle réforme*

Pour les défenseurs de cette position, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation s'inscrirait dans le **prolongement de la loi du 17 mai 2013** qui a permis à un enfant d'avoir une double filiation maternelle par l'adoption. Elle permettrait ainsi de ne pas limiter cette possibilité à l'enfant déjà né et de l'étendre à l'enfant à naître.

Comme l'a relevé le Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, lors de son audition par vos rapporteurs, la plupart des pays qui ont autorisé le mariage des personnes de même sexe ont également ouvert l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules³.

Cependant, cette ouverture n'a rien d'une évidence. Comme le soulignait M. Jean-Pierre Michel, dans son rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, « *il revien[t] au législateur de se prononcer sur ces sujets. Préjuger aujourd'hui de ces choix, en tirant argument d'une évolution*

¹ Avis du Défenseur des droits n° 15-18. Cet avis est consultable à l'adresse suivante : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20150703_15-18.pdf.

² Avis n° 90 « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », 24 novembre 2005, p. 18. Cet avis est consultable à l'adresse suivante : <http://www.cne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis090.pdf>.³ Cf. encadré supra (partie I. A. 1).

irréversible engagée, dès à présent, par le texte qui vous est soumis, est méconnaître le pouvoir souverain de la loi »¹.

Selon ses partisans, cette réforme permettrait de **prendre en considération** les évolutions de la société et les **différentes formes de parentalité qui existent, de fait**, aujourd'hui.

Dans leur rapport *Filiation, origines, parentalité*, Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer font valoir que « *plus qu'hier, les couples homosexuels expriment en leur sein et mettent en œuvre le projet à deux, de fonder une famille et d'avoir leurs propres enfants. Leurs enfants à tous les deux non pas au sens biologique bien entendu mais au sens où ils sont le résultat d'un projet conjugal, où ils sont élevés par tous les deux, et où ils sont reconnus comme tels par toutes les personnes de leur entourage* ».

Selon les chiffres de l'institut national d'études démographiques (INED) de février 2013², 200 000 personnes se déclaraient en couple de même sexe et environ une personne en couple de même sexe sur dix indiquait vivre avec au moins un enfant, soit 20 000 à 40 000 enfants vivant au sein d'une famille homoparentale.

Selon cette étude, basée sur des chiffres de 2011, la plupart des enfants vivant au sein d'un couple de personnes de même sexe sont nés avant la formation de l'union actuelle.

Cette réalité semble avoir évolué ces dernières années comme le révèlent les travaux de Mme Martine Gross, M. Jérôme Courduriès, Mme Ainhoa de Federico³. Au sein des couples de femmes interrogés en 2012, 51 % des enfants ont été conçus par insémination artificielle avec donneur, 18 % sont issus d'une relation hétérosexuelle, 13 % d'un donneur connu et 2 % d'adoptions.

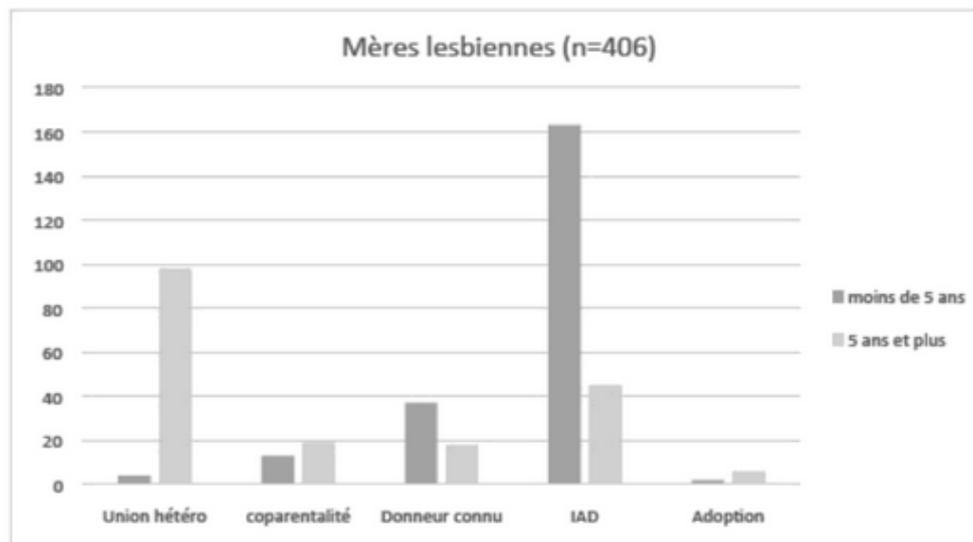
Le recours à la PMA à l'étranger par les couples de femmes semble s'être accéléré récemment. Pour les enfants les plus âgés, la proportion d'enfants issus d'une union hétérosexuelle est bien plus importante que la proportion d'enfants conçus par insémination artificielle avec donneur (IAD) : 52 % des enfants de plus de 5 ans contre 24 %. Cette tendance s'inverse complètement pour les enfants plus jeunes. Seuls 2 % des enfants de moins de 5 ans sont issus d'une relation hétérosexuelle alors que 74 % ont été conçus par IAD.

¹ Rapport de M. Jean-Pierre Michel, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Tome 1, n° 437 (2012-2013), p. 21.

² Insee première, « Le couple dans tous ses états : non-cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs... », Étude n° 1435, février 2013. Ce document est consultable à l'adresse suivante : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1435/ip1435.pdf>.

³ Étude Martine Gross, Jérôme Courduriès, Ainhoa de Federico, « Physionomie des familles homoparentales », in *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 207 et suivantes.

Modalités d'arrivée selon l'âge de l'aîné des enfants élevés par un couple lesbien



Sources : Étude Martine Gross, Jérôme Courduriès, Aihnoa de Federico, « Physionomie des familles homoparentales », in *Homosexualité et parenté*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 209, à partir de l'enquête nationale FHP (« fonctionnement conjugal et familial des familles homoparentales ») 2012.

De plus, comme le relève le rapport *Filiation, origines, parentalité*, ce qui fonde actuellement la parentalité dans le recours à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, c'est le projet parental commun. Celui ou celle qui ne procrée pas est autant « vrai » parent que l'autre. Cette intention et ce projet parental existent de la même façon chez les couples de femmes. La seule différence est que ne se greffe pas sur le processus une « vraisemblance procréative » comme pour les couples de personnes de même sexe.

En ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, le législateur mettrait fin aux situations de contournement de la loi française qui ont donné lieu à d'abondantes tergiversations jurisprudentielles (cf. *supra*).

Plusieurs propositions de loi émanant de députés¹ ou de sénateurs² ont été déposées au cours des dernières années pour prévoir cette possibilité.

¹ Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, n° 1979, déposée à l'Assemblée nationale le 28 mai 2014 par M. Sergio Coronado et plusieurs de ses collègues.

² Proposition de loi modifiant l'article L. 2141-2 du code de la santé publique relatif à l'assistance médicale à la procréation, n° 786 (2012-2013), déposée par M. Jean-Pierre Godefroy et plusieurs de ses collègues ; proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, n° 517 (2013-2014), déposée par Mme Esther Benbassa et plusieurs de ses collègues.

b) *Les difficultés posées par la mise en œuvre d'une telle réforme*

• ***La suppression de l'exigence d'une infertilité médicalement diagnostiquée des conditions d'accès à l'AMP***

L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation suppose de supprimer, au sein de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, l'exigence d'un couple formé d'un homme et d'une femme. Elle suppose également la prise en compte, à côté de l'infertilité pathologique diagnostiquée qui affecte parfois les couples hétérosexuels, de l'infertilité « sociale » qui touche nécessairement les couples de femmes, pour reprendre l'expression utilisée par Mme Élisabeth Badinter, lors de son audition par vos rapporteurs.

La suppression de l'exigence d'une infertilité médicalement constatée emporte cependant un bouleversement de la conception française de l'assistance médicale à la procréation puisqu'elle ouvre la voie d'un « droit à l'enfant » et d'une procréation de convenance.

Quant à la question de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires, son extension ne serait pas automatique. En effet, en maintenant les conditions tenant à l'exigence d'un couple, marié ou non, vivant, en âge de procréer, le législateur pourrait maintenir l'exigence selon laquelle l'enfant qui naît d'une AMP doit avoir deux parents, comme c'est le cas actuellement lorsqu'un couple hétérosexuel a recours à ce type de procédés.

En effet, confronté à la question de l'insémination *post mortem*, lors de l'examen de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, le Sénat avait considéré qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de naître privé de l'un de ses deux parents¹.

Les couples de femmes, comme les couples hétérosexuels actuellement, devraient se soumettre aux dispositions de l'article 311-20 du code civil qui dispose que le couple doit donner son consentement à l'assistance médicale à la procréation au juge ou au notaire et verra ensuite sa filiation obligatoirement établie à l'égard de l'enfant.

Le maintien de ces conditions permettrait également d'écartier les demandes de personnes qui ne seraient plus en âge de procréer.

• ***Une remise en cause de l'ensemble du système français d'établissement de la filiation***

Une telle réforme aurait une incidence importante sur les règles d'établissement de la filiation car actuellement, à la suite d'une assistance médicale à la procréation, à quelques spécificités près, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent². Or, ces procédés légaux d'établissement du

¹ Cf. supra partie I, A, 1.

² Cf. supra partie I, A, 3.

lien de filiation ne pourraient être appliqués aux couples de personnes de même sexe car la filiation est distribuée en fonction du sexe de l'auteur.

Si le choix était fait de calquer la situation des personnes de même sexe sur celle des personnes de sexes différents, de nouvelles règles d'établissement de la filiation devraient être prévues pour tous les couples, car cet établissement ne pourrait plus se fonder, comme actuellement, sur une vraisemblance biologique. La filiation serait alors établie, comme le propose le rapport *Filiation, origines, parentalité précité*, par une « *déclaration commune anticipée de filiation* » devant juge ou notaire.

Cette modification aurait pour conséquence de bouleverser les modalités actuelles d'établissement de la filiation en matière d'AMP, fondée sur le « *ni vu ni connu* », en assumant l'idée d'une « *dissociation du biologique et du filiatif* », par l'abandon de « *l'assimilation de l'engendrement avec tiers donneur à une pseudo procréation charnelle du couple receveur* »¹.

Elle supposerait d'assumer de fonder la filiation sur la responsabilité et l'engagement dans le projet parental plutôt que sur la seule vraisemblance procréative.

Si, à l'inverse, le choix était fait de ne pas bouleverser l'équilibre des règles d'établissement de la filiation, alors le législateur devrait créer un régime spécifique d'établissement du lien de filiation de l'enfant né d'une assistance médicale à la procréation au sein d'un couple de femmes. La filiation à l'égard de la mère qui accouche serait établie dans les conditions de droit commun². En revanche, le lien de filiation à l'égard de sa conjointe devrait passer par une adoption.

Cette solution n'apparaît pas satisfaisante à vos rapporteurs, dans la mesure où, pour une même procédure d'assistance médicale à la procréation, les couples se verraient appliquer un régime d'établissement du lien de filiation à l'égard de leur enfant différent, selon qu'ils sont de même sexe ou de sexes différents.

Une telle solution aurait également pour inconvénient d'imposer que les couples de personnes de même sexe soient mariés pour avoir accès à l'AMP alors que cette condition n'existe pas pour les couples de personnes de sexes différents. En effet, les règles applicables en matière d'adoption plénière prévoient actuellement que l'enfant de l'un des membres du couple ne peut être adopté par l'autre membre que si le couple est marié.

- *L'insuffisance de donneurs*

Au-delà des difficultés juridiques que pose cette proposition, le Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, lors de son audition par vos rapporteurs, a relevé une difficulté pratique d'importance : l'insuffisance des dons de gamètes pour satisfaire l'ensemble des demandes qui ne manquerait

¹ Termes utilisés par Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, rapport précité, p. 152.

² En application de l'article 311-25 du code civil.

pas d'augmenter avec l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes.

En effet, actuellement, comme l'ont souligné les représentants de l'association *Les enfants d'arc en ciel*, entendus par vos rapporteurs, les listes d'attente pour un tel don sont déjà de deux à trois ans.

Par ailleurs, se poserait également la question de la prise en charge de l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes alors même que l'infertilité qui les touche ne revêt pas de caractère pathologique.

• ***L'impossibilité de justifier cette ouverture par une exigence d'égalité entre les couples***

Pour les promoteurs de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, cette réforme serait dictée par une exigence d'égalité et de non-discrimination entre les couples qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels.

Pour le Défenseur des droits, la question de l'AMP doit être envisagée « sous l'angle de l'égalité d'accès à une technique médicale entre toutes les femmes »¹. Il soutient en effet que l'AMP avec tiers donneur ne soigne pas l'infertilité mais la pallie, ce qui la rendrait applicable aux couples de femmes et aux femmes seules. « La stérilité et le souhait de s'engager dans un projet parental ne sont pas réservés aux seules femmes hétérosexuelles, la loi française autorisant d'ailleurs l'adoption par les couples homosexuels et les personnes célibataires. Un couple de femmes comme une femme célibataire peut donc avoir un projet parental. Ces femmes peuvent ainsi adopter un enfant dès sa naissance alors même qu'on leur refuse l'accès à la PMA. Dans le cas de la PMA [u]n père infertile dont la compagne a eu recours à un don de sperme, n'est pas considéré comme moins père que celui qui a procréé sans don. Tout comme une femme dont la compagne aurait recours à un don de gamètes. [...] Le fait que la PMA ne soit accessible aux femmes que si le projet parental est construit avec un homme, constitue donc une inégalité, d'une part, entre femmes en couples hétérosexuels et femmes en couples homosexuels et, d'autre part, entre femmes célibataires et femmes en couple ».

Selon les auteurs qui soutiennent également cette idée, si la CEDH admet une différence de traitement entre couples mariés et non mariés², elle refuse les différences de traitement, au sein d'un même statut, entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels³. Dès lors que deux femmes seraient mariées, elles devraient donc avoir accès à l'assistance médicale à la procréation.

¹ Avis précité p. 5.

² CEDH, 19 février 2013, X et autres c/ Autriche, n° 19010/07.

³ CEDH, 22 janvier 2008, E.B. c/ France, n° 43546/02.

Vos rapporteurs font une lecture tout autre de l'application des principes d'égalité et de non-discrimination. Dans un arrêt du 15 mars 2012 *Gas et Dubois c/ France*¹, la Cour européenne des droits de l'homme a validé le dispositif français excluant les couples de personnes de même sexe de l'accès à l'AMP, considérant qu'en la matière une **différence de traitement entre les couples hétérosexuels et homosexuels se justifiait par le critère d'infertilité pathologique du couple.**

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que « *pour l'essentiel, l'insémination avec donneur n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes*². Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'insémination avec donneur, ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes ».

Par ailleurs, dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant* »³ **l'assistance médicale à la procréation ou la gestation pour autrui.**

Il n'y a donc pas plus de discrimination que d'inégalité à traiter différemment des situations différentes.

Pour l'ensemble des raisons développées ci-dessus, vos rapporteurs ont choisi de ne pas proposer d'ouvrir aux couples de femmes l'assistance médicale à la procréation.

¹ Arrêt n° 25951/07.

² Les requérantes étaient deux compagnes dont l'une souhaitait adopter l'enfant de sa conjointe, conçu par AMP avec donneur anonyme en Belgique.

³ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, considérant n° 44.

3. La position de la mission d'information : conforter la solution équilibrée dégagée par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014

La troisième position consiste à s'en tenir à la situation actuelle, ce qui conduit à consacrer implicitement, voire explicitement par une intervention du législateur, la position prise par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014.

Il s'agit de reconnaître la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter l'enfant de celle-ci, quel que soit le mode de conception de cet enfant, sans pour autant modifier les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation en France.

Cette reconnaissance peut se faire sans modifier la législation en vigueur, en s'en tenant aux seuls avis de la Cour de cassation. On ne pourrait toutefois exclure le risque de divergences jurisprudentielles si les juges du fond ne suivaient pas les avis de la Cour qui n'ont pas de force contraignante (*cf. supra*).

Elle peut également passer par une modification de la loi pour préciser, au sein des règles applicables à l'adoption de l'enfant du conjoint, que le mode de conception de l'enfant est indifférent.

Cependant, comme le soulignait M. le professeur Hugues Fulchiron : « *c'est au législateur d'intervenir, dit-on. Mais on sait qu'il n'a guère envie de le faire. Et, après tout, n'est-ce pas aussi au juge de garantir à l'enfant le respect de ses droits ?* »¹.

De fait, cette intervention du législateur a semblé inutile à vos rapporteurs car actuellement, le prononcé de l'adoption ne donne pas lieu à un contrôle des modes de conception de l'enfant, sauf dans certains cas particuliers que sont les situations d'inceste ou de gestation pour autrui, car elles touchent aux règles d'ordre public.

De plus, la précision selon laquelle le mode de conception de l'enfant est indifférent au prononcé de l'adoption risquerait d'affaiblir l'interdiction des conventions de gestation pour autrui posée par le droit français, que la mission d'information n'entend pas remettre en cause.

Enfin, proposer une intervention du législateur pour prévoir que l'adoption doit être prononcée quel que soit le mode de conception de l'enfant, tout en refusant de s'engager en faveur de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation, risquerait de provoquer une certaine incompréhension de l'opinion publique.

¹ Hugues Fulchiron, « *Fraus omnia corrumpit...* », *art. préc.*

En conséquence, vos rapporteurs, tout en admettant qu'une situation créée à l'étranger produise des effets en France, dès lors qu'elle ne heurte pas les principes essentiels du droit interne, ont considéré que la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter l'enfant de celle-ci, quel que soit son mode de conception, n'imposait pas nécessairement une modification des règles applicables à l'assistance médicale à la procréation.

Cette position est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans un arrêt *S.H. c/ Autriche*, rendu en grande chambre, le 3 novembre 2011¹, a admis qu'une telle situation créée à l'étranger produise des effets en droit interne. Ainsi, à propos de l'interdiction des dons de sperme et d'ovules à des fins de fécondation *in vitro*, posée par le législateur autrichien, elle a observé que « *le droit autrichien n'interdi[sait] pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle [étaient] régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents* ».

Cependant, de même que les deux précédentes pistes développées ci-dessus², cette troisième solution, qui est celle retenue par vos rapporteurs, n'est pas dénuée d'inconvénients.

Elle crée un régime un peu particulier pour ces situations qui, bien que relevant d'hypothèses d'assistance médicale à la procréation, n'obéissent pas aux règles d'établissement de filiation qui s'y attachent en droit français, mais sont soumises à celles applicables à l'adoption plénière. Dès lors, seuls les couples de femmes recourant à l'AMP devront passer par l'adoption alors que les couples de personnes de sexes différents qui ont recours à une AMP avec tiers donneur ne passent pas par ce biais. En effet, l'assistance médicale à la procréation avec donneur repose sur l'idée que le parent stérile engendre bien l'enfant, même s'il ne procréé pas, comme en témoigne les modes d'établissement de la filiation, qui sont ceux du droit commun.

Il en résulte une extension du rôle de l'institution de l'adoption qui, traditionnellement, vise à donner une famille à un enfant qui n'en a pas ou qui en est partiellement privé. En permettant l'adoption de l'enfant conçu par assistance médicale à l'étranger par un couple de femmes, l'enfant est délibérément conçu avec donneur, sans père donc, pour laisser libre une branche de la filiation et le rendre adoptable par l'épouse de la mère.

Le rapport *Filiation, origines, parentalité* souligne d'ailleurs le caractère quelque peu hybride de cette solution. « *L'enfant conçu par assistance médicale à la procréation n'a été ni volontairement privé de filiation, ni abandonné par quiconque. À l'inverse, il est venu au monde grâce au projet parental de deux*

¹ Arrêt n° 57813/00.

² Le renforcement de l'interdit du recours à l'AMP pour les couples de femmes ou à l'inverse l'ouverture de l'AMP à ces couples.

personnes [...]. *L'engendrement avec tiers donneur n'est pas fait pour donner des parents à un enfant qui en serait privé mais pour permettre à de futurs parents de réaliser leur désir d'enfant, enfant qui n'existe pas encore. C'est pourquoi le droit commun de l'assistance médicale à la procréation, tel qu'il existe aujourd'hui en France pour les couples de sexe différent, n'exige aucunement du parent qui n'a pas procréé (le père stérile, par exemple) qu'il adopte son propre enfant* »¹.

De plus, avec cette solution, seuls les couples de femmes mariées peuvent recourir à ce procédé car seule l'épouse peut adopter l'enfant de sa conjointe en la forme plénière. Une telle exigence n'est pas posée pour les couples hétérosexuels qui n'ont pas à être mariés pour avoir accès à l'assistance médicale à la procréation

C'est pourtant cette voie que la mission d'information a choisi de suivre car ce mode d'établissement de la filiation, à l'égard de l'épouse de la mère, préserve la structure des règles françaises d'établissement de la filiation tout en tenant compte, de manière pragmatique, des situations de fait et de l'intérêt supérieur de l'enfant à voir sa filiation établie à l'égard de l'épouse de sa mère qui l'élève et lui prodigue tous les soins qu'un parent prodigue à son enfant.

Cette solution a le mérite de s'articuler sans difficultés avec les règles du droit français. La mère de l'enfant est bien celle qui accouche et l'adoption de l'enfant du conjoint a été rendue possible au sein d'un couple de même sexe par la loi du 17 mai 2013.

Enfin, cette troisième solution poursuit le processus engagé par la loi du 17 mai 2013 de remise en cause d'une conception dépassée de l'adoption, encore largement organisée selon un modèle « *pseudo-procréatif* »² fondé sur le mensonge, processus qui devrait s'achever par une rénovation complète de l'institution de l'adoption, appelée de leurs vœux par vos rapporteurs, pour lui donner une nouvelle cohérence.

Proposition n° 1

Approuver la solution dégagée par le Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014 qui permet, de manière pragmatique, d'admettre l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant conçu par AMP à l'étranger, sans pour autant remettre en cause le droit applicable en la matière et bouleverser l'équilibre des règles d'établissement de la filiation en vigueur.

¹ Rapport précité p. 163.

² Termes utilisés dans le rapport *Filiation, origines, parentalité* par Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer.

II. LA GESTATION POUR AUTRUI : UNE PROHIBITION QUI DOIT ÊTRE RÉAFFIRMÉE, EN DÉPIT DE SA REMISE EN CAUSE

Le terme de gestation pour autrui s'est aujourd'hui imposé dans le débat public pour désigner l'opération par laquelle un couple (les parents d'intention) demande à une femme de porter pour eux un enfant qu'elle s'engage à leur remettre à sa naissance.

D'autres termes furent pourtant parfois utilisés pour désigner la même opération : les premiers furent ceux de « *mères porteuses* » ou de « *maternité de substitution* ». Plus récemment, le groupe de travail commun à vos deux commissions des lois et des affaires sociales¹ a préféré celui de « *maternité pour autrui* ».

Ces différentes expressions ne sont toutefois pas synonymes. Les nuances du vocabulaire rendent compte de la perspective privilégiée par l'auteur du discours. Évoquer les mères porteuses ou la maternité pour autrui souligne que celle qui porte l'enfant d'une autre en est aussi la mère, aux yeux de la loi ou de la société, alors que le terme de « *gestation* », emprunté au vocabulaire médical, réduit l'opération à sa seule dimension biologique.

L'article 16-7 du code civil distingue la « *procréation et la gestation pour le compte d'autrui* ». La première désigne la situation dans laquelle la mère porteuse est aussi la mère biologique de l'enfant, puisque ce sont ses ovocytes qui ont été fécondés, la seconde désigne celle dans laquelle elle n'a pas de lien biologique avec l'enfant qu'elle porte, l'embryon étant issu des gamètes du couple d'intention ou de ceux de tiers donneurs.

Malheureusement, cette distinction précise rencontre peu d'échos dans le débat public : le terme de « *gestation pour autrui* » (GPA) s'est imposé au détriment des autres, jusqu'à désigner couramment des procréations pour autrui, ce qui ne manque pas de susciter parfois confusions et controverses.

Utiliser le terme de « *maternité pour autrui* » (MPA), qui présente le mérite de renvoyer, à la fois, à la procréation et à la gestation pour autrui, serait certes plus précis. Toutefois, il n'a pas connu la même fortune dans les débats publics que l'expression précédente. Vos rapporteurs ont par conséquent juger plus opportun de retenir le terme de « *gestation pour autrui* », qui est le plus usité, en précisant, le cas échéant, lorsqu'il faut l'entendre au sens strict, excluant la procréation pour autrui.

¹ Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, *Rapport d'information n° 421 (2007-2008) de Mme Michèle André, MM. Alain Milon et Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, 25 juin 2008. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-421-notice.html>.*

A. UNE PROHIBITION ANCIENNE ET CONFORME AUX PRINCIPES DU DROIT FRANÇAIS

Longtemps, la gestation pour autrui n'a été saisie que par le droit pénal. En effet, cette pratique apparaissait comme une violation des règles civiles d'établissement de la filiation : il convenait de la réprimer, sans qu'il soit nécessaire pour cela d'affirmer dans le code civil le principe de sa prohibition.

Le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation a bouleversé cet état du droit. Avec la fécondation *in vitro*, la maternité gestationnelle et la maternité génétique ont été dissociées, puisqu'il est devenu possible de transférer à la mère porteuse un embryon issu des gamètes des deux parents d'intention.

Le droit civil a été adapté en conséquence, pour confirmer la prohibition de la gestation pour autrui dont les juridictions judiciaires avaient jusqu'alors assuré le respect.

1. Des sanctions pénales sévères, dont l'efficacité est cependant limitée aux infractions commises en France

- ***La supposition d'enfant***

L'infraction était déjà réprimée sous l'Ancien régime. Elle consiste en l'attribution de la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché.

Elle recouvre, en réalité, deux opérations distinctes : d'une part la simulation, par la mère d'intention, de sa grossesse et de sa filiation avec l'enfant, d'autre part, la dissimulation de la maternité de celle qui a effectivement accouché de l'enfant. Ce faisant, peuvent se rendre coupables de cette infraction, comme co-auteurs, d'une part, la mère d'intention qui simule sa grossesse, d'autre part, la mère porteuse qui a accepté de remettre son enfant au couple, et, enfin, le cas échéant, le père d'intention qui aura frauduleusement déclaré l'enfant à l'état civil comme né de la mère d'intention.

Inscrite à l'article 345 de l'ancien code pénal de 1810, cette infraction était alors un crime, passible de cinq à dix ans de réclusion. Il ne s'agit plus aujourd'hui que d'un délit, défini à l'article 227-13 du code pénal et passible de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende¹.

¹ Article 227-13 du code pénal : « La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines ».

Son régime juridique présente quelques spécificités : la Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait, par nature, d'une infraction clandestine. Elle en a donc conclu que le délai de prescription de l'action publique ne courrait qu'à compter du jour où les infractions sont apparues et ont pu être constatées dans des conditions permettant l'exercice des poursuites¹. En outre, la tentative de l'infraction est punie des mêmes peines que sa commission.

Souvent, la supposition d'enfants est accompagnée du délit connexe de faux commis dans une écriture publique (article 441-4 du code pénal), en raison des fausses déclarations à l'état civil des parents d'intention.

- *La provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise en vue de cet abandon*

La supposition d'enfant concerne principalement les parents. Les intermédiaires n'en relèvent qu'à titre de complices : il peut s'agir d'une association qui a mis en relation le couple et la mère porteuse ou d'un officier d'état civil qui a sciemment accepté la déclaration frauduleuse.

En revanche, le délit de provocation à l'abandon d'enfant les concerne au premier chef. Ce délit, institué en 1958, à l'article 353-1 de l'ancien code pénal et devenu l'article 227-12 de l'actuel code pénal réprime, d'une manière générale, l'abandon d'un enfant né ou à naître, la souscription à un engagement d'abandon ou l'entremise à l'adoption dans un but lucratif, punissant les deux premières infractions de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende et la dernière du double.

Jusqu'à la loi bioéthique du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, ces délits étaient les seuls qui permettaient aux juridictions de condamner ceux qui prêtaient leur concours à une GPA². C'est aussi sur le fondement de ces dispositions que le Conseil d'État avait confirmé la légalité du refus d'inscription de l'association « *Les cigognes* » dont l'objet était de mettre en relation des mères porteuses et des couples désireux de concevoir un enfant par ce moyen³.

Le législateur a complété en 1994 l'article 227-12 du code pénal, afin de punir plus spécifiquement « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ». Ce délit, propre à la GPA, est passible d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont doublées.

¹ Chambre criminelle de la Cour de cassation, arrêt du 23 juin 2004, Bull. crim. n° 173.

² Cf., par exemple, cour d'appel de Pau, arrêt du 19 février 1991, Dalloz, 1991.380.

³ CE, Ass., 22 janvier 1988, Association « *Les cigognes* », req. n° 80-936.

• *Une répression toutefois limitée, pour les GPA pratiquées à l'étranger, par la règle de la double incrimination*

La répression des GPA pratiquées en France est effective, même si on compte peu de condamnations. Le caractère clandestin de l'infraction est en effet un obstacle à la poursuite de ces délits.

Ainsi, deux condamnations pour provocation à l'abandon d'un enfant ont été prononcées en 2011 et en 2014. Le tableau suivant retrace les condamnations pour supposition d'enfant depuis 2009.

| Infractions de l'article 227-13 du code pénal | Condamnations prononcées au titre d'une infraction principale | | | | |
|--|--|------|------|------|------|
| | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
| Dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant | 0 | 0 | 3 | 1 | 1 |
| Simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant | 1 | 5 | 0 | 1 | 3 |
| Substitution volontaire ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant | 0 | 2 | 1 | 0 | 0 |
| Total | 1 | 7 | 4 | 2 | 4 |

Source : ministère de la justice

Notre droit pénal ne permet pas en revanche de sanctionner les GPA pratiquées à l'étranger au profit de ressortissants français.

En effet, pour qu'un délit commis par un Français hors de notre territoire puisse être poursuivi en France, il est nécessaire que les faits soient aussi punis par la législation du pays où ils ont été commis (règle dite de la « double incrimination » définie à l'article 113-6 du code pénal¹). Or, nos ressortissants qui recourent à cette pratique le font dans des pays où elle est autorisée. Ils ne peuvent donc être poursuivis pénalement, pour ce motif, lors de leur retour en France.

Cette règle reçoit cependant une exception, puisqu'il suffit qu'un des éléments constitutifs de l'infraction ait été commis sur le sol français pour que les juridictions pénales retrouvent leur compétence. Tel serait le cas, par exemple, si l'abandon de l'enfant par la mère porteuse avait lieu en France. De la même manière, s'agissant de la provocation à l'abandon d'enfant, une association qui démarcherait des Français en France pour leur proposer de recourir à l'étranger au service de mères porteuses pourrait être poursuivie sur le fondement de l'article 227-12 du code pénal.

¹ Cette règle ne vaut pas en matière criminelle. Tout Français peut être poursuivi en France pour un crime commis à l'étranger, même si les faits incriminés ne sont pas punissables dans ce pays.

La répression organisée par notre droit pénal n'est donc pas en mesure d'interdire dans les faits le recours par certains de nos ressortissants à la GPA. Des enfants naissent à l'étranger par ce biais, que le pays où s'est déroulée la gestation pour autrui reconnaît comme ceux des parents d'intention. Lors de leur retour en France, la question n'est plus alors pénale. Elle devient civile.

2. L'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, fondement de l'interdiction de la GPA en France

Dans le silence de la loi, au cours des années 1980, il est revenu aux tribunaux judiciaires de se prononcer les premiers sur le régime juridique et les conséquences des GPA pratiquées en France ou à l'étranger.

La première affaire portée devant la Cour de cassation fut celle de la dissolution de l'association « *Alma mater* » qui se proposait, sans but lucratif, de mettre en relation des couples stériles désireux d'avoir un enfant et des mères porteuses¹.

La Cour de cassation a confirmé l'arrêt ayant prononcé la nullité de l'association pour un triple motif.

Le premier tenait à ce que « *l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du code civil* ». L'article cité dispose que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet de convention. En évoquant les fonctions reproductrices de la mère et l'enfant à naître, la Cour faisait ici référence au principe de l'indisponibilité du corps humain, qui ne sera pourtant consacré que cinq ans plus tard, par le législateur, à l'occasion des lois relatives à la bioéthique.

Le deuxième motif invoqué par la Cour de cassation était que « *ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* ».

Enfin, le dernier motif invoqué était le détournement de l'institution de l'adoption, dans la mesure où celle-ci vise, en principe, à « *donner une famille à un enfant qui en est dépourvu* » alors que l'association cherchait, elle, à créer délibérément cette situation d'abandon, pour rendre ensuite l'enfant adoptable.

Cette solution jurisprudentielle fut ensuite confirmée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a jugé, dans un arrêt du

¹ Première chambre civile de la Cour de cassation, 13 décembre 1989, req. n° 88-15655.

31 mai 1991 que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »¹. Cet arrêt a notamment été prononcé au visa de l'article 6 du code civil², ce qui signale le caractère d'ordre public de la prohibition de la GPA, qui impose au juge de soulever d'office la nullité de la convention qui l'organise.

Le législateur a consacré cette jurisprudence à l'occasion des lois relatives à la bioéthique.

S'il n'a pas repris, expressément, le principe de l'indisponibilité du corps humain, qui aurait pu s'opposer au don d'organe, il a en revanche affirmé son inviolabilité et sa non-patrimonialité à l'article 16-1 du code civil. D'autres articles du même code tirent les conséquences de ces deux principes : l'article 16-3 interdit de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, sauf en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ; l'article 16-5 précise quant à lui que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ».

Surtout, l'article 16-7 dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Cette disposition, comme les précédentes, est d'ordre public (article 16-9 du même code).

3. Une prohibition que les tribunaux judiciaires ont traduite par la nullité des conséquences juridiques attachées à la GPA

Les couples ayant eu recours à des GPA à l'étranger ont cherché à faire reconnaître en France le lien de filiation que le droit étranger leur garantissait³.

Aucune de ces tentatives n'a prospéré, la Cour de cassation durcissant, au contraire, sa jurisprudence au fil des ans.

La première voie juridique explorée fut celle de l'adoption plénière, qui a donné lieu à l'arrêt du 31 mai 1991.

Celui-ci concernait un couple dont le mari avait seul reconnu l'enfant qu'une mère porteuse avait abandonné à la naissance. La femme avait ensuite déposé une demande d'adoption plénière de l'enfant de son conjoint. Constatant que « *cette adoption était l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu*

¹ Assemblée plénière de la Cour de cassation, 31 mai 1991, req. n° 90-20105.

² « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

³ On ne dispose pas de statistiques fiables sur le nombre de couples ayant eu recours à une GPA à l'étranger. Le ministère de la justice a toutefois indiqué à vos rapporteurs avoir été alerté, de 2004 à 2014, de 146 dossiers relatifs à une GPA pratiquée à l'étranger, dont 47 pour la seule année 2014.

en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère », la Cour de cassation avait cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accepté cette adoption¹.

La seconde voie juridique explorée fut celle de la transcription, c'est-à-dire de la « copie sur les registres d'état civil de certains actes dressés en un autre lieu ou du dispositif de certains jugements »².

Certains couples ont ainsi tenté d'établir par ce biais la filiation de l'enfant avec eux, grâce à la possession d'état³. Ayant obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété reconnaissant leur possession d'état de parents à l'égard du mineur, ils en avaient demandé la transcription au registre de l'état civil.

D'autres ont sollicité, plus directement, la transcription au registre de l'état civil français du jugement ou de l'acte de droit étranger qui établissait leur parenté vis-à-vis de l'enfant.

Dans un cas comme dans l'autre, la Cour de cassation s'y est opposée, par plusieurs arrêts du 6 avril 2011, en arguant que le principe de l'indisponibilité des personnes, « principe essentiel du droit français » s'oppose à ce qu'il soit donné « effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »⁴.

La Cour a par ailleurs estimé que, puisque rien n'interdisait à l'enfant de vivre auprès de ses parents en France, sur la base de l'acte d'état civil étranger, le refus de transcription ne portait pas atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et n'était pas contraire à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

La Cour de cassation a ensuite durci sa jurisprudence, par plusieurs arrêts du 13 septembre 2013, en recourant à la notion de fraude à la loi française : « la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte

¹ Le ministère public avait formé, dans cette affaire, un « pourvoi dans l'intérêt de la loi », qui avait pour unique objet de demander à la Cour de cassation de se prononcer sur la solution retenue par la cour d'appel, sans que sa décision ait par ailleurs une incidence sur la situation juridique des parties. Un tel pourvoi vise à offrir à la Cour de cassation l'opportunité d'éclairer pour l'avenir l'interprétation qui doit être faite d'une disposition légale et d'éviter qu'une interprétation incorrecte fasse jurisprudence, sans en remettre en cause la décision, pour ce qui concerne les parties.

² Gérard Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, Quadrige-PUF, 2008.

³ Le terme de « possession d'état » désigne « une situation d'ensemble qui, lorsqu'elle résulte de la réunion suffisante de faits et gestes indiquant un rapport de filiation ou de parenté (port d'un nom, comportement parental et filial, réputation dans l'entourage, etc.) constituée, à titre de présomption, une preuve de la filiation (articles 311-1 et suivants du code civil) » (Gérard Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, précité).

⁴ Première chambre civile de la Cour de cassation, arrêts du 6 avril 2011 (trois espèces : req. n°s 09-17130, 09-66486 et 10-19503).

d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public »¹.

Conformément à l'adage selon lequel la fraude corrompt tout (*fraus omnia corrumpit*), non seulement la transcription de l'acte d'état civil étranger devait être refusée, mais la reconnaissance de paternité par le père, effectuée préalablement à la naissance, dont il n'était pourtant pas alléguée qu'elle fût mensongère, devait être annulée.

La Cour a aussi estimé qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni son droit au respect de la vie privée et familiale ne pouvaient être utilement invoqués. Cette jurisprudence est plus sévère que la précédente, dans la mesure où, en 2011, le juge s'assurait préalablement, pour écarter l'argument tiré d'une violation de ces principes, de la possibilité pour l'enfant de vivre en France auprès de ses parents, sur la base de la filiation établie à l'étranger.

B. UNE PROHIBITION AUJOURD'HUI PARTIELLEMENT REMISE EN CAUSE EN RAISON DE SES CONSÉQUENCES POUR L'ENFANT

1. D'un débat sur les principes justifiant la prohibition de la GPA à un débat sur les conséquences, pour l'enfant, de cette prohibition

Longtemps le débat sur la gestation pour autrui a porté sur des questions de principe : la dignité de la personne humaine, l'exploitation de la femme et la réification de l'enfant étaient dénoncées d'un côté, quand, de l'autre, les tenants de la GPA insistaient sur la possibilité de concevoir une GPA « éthique », sur le modèle des dons d'organes ou de tissus biologiques.

Sans que ces arguments disparaissent, le débat s'est peu à peu élargi à la question des conséquences, pour l'enfant, de la prohibition absolue de la GPA. Lors des procès, les parents d'intention ont commencé à développer, à côté d'une argumentation juridique relative à leur droit de mener une vie familiale normale, une argumentation relative à l'intérêt supérieur des enfants de voir leur filiation définitivement établie en France.

Commentant la décision de la Cour européenne que nous étudierons ci-après, deux auteurs ont récemment résumé la thèse ainsi défendue par une formule : « *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères* »². Comme nos collègues l'avaient relevé, à l'époque, dans leur rapport d'information, cet argument reprend celui de Jean Foyer, alors garde des sceaux, ministre de la justice, s'inspirant, de la sentence du prophète Ezéchiel, en 1972, à propos de

¹ Première chambre civile de la Cour de cassation, arrêts du 13 septembre 2013 (deux espèces : req. n° 12-18315 et 12-30138).

² Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », Rec. Dalloz, 2014.773.

la différence de traitement entre les enfants légitimes et les enfants adultérins : « *ce n'est pas parce que les parents ont mangé le raisin vert que les enfants doivent avoir les dents agacées* »¹.

La volonté de punir les parents pour la fraude qu'ils ont commis ne doit pas avoir pour conséquence de punir leurs enfants. Or, le lien de filiation étant bilatéral, on ne peut en priver les parents sans en priver dans le même temps, les enfants : tel est l'argument principal développé par toutes les personnes entendues par vos rapporteurs qui se sont exprimées en faveur de la reconnaissance de la filiation des parents d'intention.

Deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme leur ont partiellement donné raison sur ce point.

2. Des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme à la portée incertaine

• Les deux arrêts du 26 juin 2014

Les époux Menneson et Labassée, dont le pourvoi en cassation avait été rejeté par les arrêts précités du 6 avril 2011, ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du refus que le Gouvernement français leur avait opposé de transcrire la filiation établie à l'étranger à l'état civil français. La Cour a rendu ses arrêts le 26 juin 2014², en adoptant une solution identique pour les deux.

Le raisonnement suivi par la Cour se décompose en trois étapes.

Tout d'abord, après avoir constaté la diversité des positions des États membres du Conseil de l'Europe à l'égard de la GPA, le juge européen observe que « *cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention* ». La prohibition de la GPA est donc conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour reconnaît même aux États une importante latitude pour décider de transcrire ou non les liens de filiation établis à l'étranger, sur ce fondement, en violation de leurs lois.

Toutefois, la Cour nuance cette affirmation en soulignant qu'il faut « *également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* ». Elle en conclut

¹ Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, *Rapport d'information n° 421 (2007-2008), préc.*, p. 69.

² CEDH, 26 juin 2014, Menneson, affaire n° 65192/11 et même jour, Labassée, affaire n° 65491/11.

qu'il est nécessaire « *d'atténuer la marge d'appréciation* »¹ dont disposent les États en la matière.

Dans un deuxième temps de son raisonnement, elle examine l'atteinte éventuelle portée au droit des requérants au respect de leur vie familiale. Après avoir rendu compte des difficultés alléguées par les familles concernées, la Cour de Strasbourg observe que « *les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de la vie familiale* ». Elle constate à cet égard « *qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps avant la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français* »². Les juges en concluent que le refus de transcription de la filiation de GPA dans l'état civil français n'est pas contraire au droit au respect de la vie familiale des intéressés.

Enfin, la Cour s'attache au droit des enfants nés de GPA au respect de leur vie privée, dont elle estime qu'il exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation.

Or, elle note que le refus de transcription opposé par les autorités françaises signifie que, « *la France, sans ignorer que [les enfants] ont été identifi[és] ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique* »³. Aux yeux de la Cour, pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

Cette atteinte est-elle excessive ? Pour répondre à cette question, qui détermine la solution de l'affaire, la Cour s'attache aux conséquences concrètes de ce refus de reconnaissance. Elle observe tout d'abord que la nationalité française des enfants est incertaine, ce qui, dans la mesure où la nationalité est un élément de l'identité des personnes, est de nature à « *affecter négativement la définition de leur propre identité* ». Elle relève, ensuite, que l'enfant ne pourra hériter de sa mère, voire de son père, même biologique, comme un enfant naturel et qu'il sera traité comme un tiers à la succession. Or, « *il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés* »⁴.

La Cour ne conclut pas pour autant à ce stade à une violation du droit au respect de la vie privée des enfants. Au contraire, elle rappelle qu'il est concevable que la France souhaite décourager ses ressortissants de

¹ Paragraphes 79 et 80 de la décision *Mennesson* précitée.

² Paragraphes 92 et 93 de la même décision.

³ Paragraphe 96 de la même décision.

⁴ Paragraphes 97 et 98 de la même décision.

recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Elle note cependant que les effets de la non-reconnaissance des effets de la filiation entre les enfants et les parents d'intention ne se limitent pas seulement à la situation de ces derniers, seuls responsables du recours à la GPA prohibée par la France, mais s'étendent aussi à celle des enfants eux-mêmes. Pour la Cour, se pose ainsi « *une question grave de compatibilité* » entre la situation résultant de la non-reconnaissance de la filiation issue de la GPA et l'intérêt supérieur des enfants dont le respect doit guider toute décision les concernant.

Or, la Cour souligne que « *cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* »¹. Constatant que les derniers états de la jurisprudence de la Cour de cassation interdisent toute consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet d'une possession d'état de la filiation prohibée à l'égard du père biologique des enfants et compte tenu du poids qui doit être donné à l'intérêt supérieur des enfants dans la balance des intérêts en présence, la Cour estime que la France a porté une atteinte excessive au droit à la vie privée des enfants nés d'une GPA pratiquée à l'étranger.

- **Une portée discutée**

La doctrine s'est divisée sur l'interprétation qui devait être faite des deux arrêts.

Certains auteurs en ont défendu une lecture extensive² : selon eux, en établissant la filiation comme un élément de l'identité personnelle, la Cour a imposé aux États de reconnaître dans leur ordre juridique la filiation établie à l'étranger, même en fraude de la loi nationale. Cette thèse s'appuie sur l'affirmation de la Cour selon laquelle « *les effets de la non-reconnaissance [du lien de filiation] portent aussi sur [la situation] des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants* ».

Cette thèse qu'on pourrait qualifier de maximaliste ne distingue pas entre les filiations d'intention et les filiations biologiques : quelle que soit leur nature, elles devraient être reconnues en droit français.

¹ Paragraphes 99 et 100 de la même décision.

² Cf. notamment, les commentaires de Mme Laurence Burguoglu-Larsen, AJDA 2014.1763 et de M. Benoît Hafstel, AJ famille 2014. 499.

À l'inverse, la majorité des auteurs a retenu une lecture plus stricte des arrêts de la Cour de Strasbourg¹. Cette interprétation prend en compte l'ensemble du raisonnement de la Cour : « celle-ci commence par poser l'existence d'une atteinte, une atteinte réelle puisque l'identité que possède, valablement, l'enfant dans un pays étranger lui est niée dans son pays de résidence [...]. Mais la portée de cette atteinte doit être appréciée au regard des droits et des intérêts en jeu : intérêts de l'État (le souci de l'État de détourner ses ressortissants de recourir à l'étranger à des procédés qu'il prohibe [...]), intérêts et de droits de l'enfant [...]. Il convient de faire la balance entre les intérêts en présence, et, dans cette balance, il est un élément décisif : lorsque la filiation en jeu correspond à la vérité biologique, refuser de reconnaître le lien qui a été valablement établi à l'étranger et interdire son établissement dans le pays où vit l'enfant, excède la marge d'appréciation reconnue aux États. [...] Cette seconde interprétation semble devoir s'imposer. D'une part, elle correspond à la méthode classique utilisée par la cour, avec la balance des droits et des intérêts en présence. D'autre part, poser un principe général de reconnaissance de l'état tel que constitué à l'étranger au motif que cet état est une part de l'identité serait tout à fait excessif, qu'il s'agisse de nom, de mariage, de filiation, de partenariat ou de tout autre composante de l'état des personnes »².

Selon vos rapporteurs, cette dernière interprétation, plus stricte, s'impose, car il serait contradictoire que la Cour européenne reconnaisse aux États la possibilité d'interdire les maternités pour autrui en les obligeant, dans le même temps, à en accepter toutes les conséquences dans leur ordre juridique. Ce n'est que lorsque la filiation alléguée correspond à la réalité biologique, que l'État concerné doit en tenir compte.

D'ailleurs un arrêt ultérieur de la Cour a tranché le débat en faveur de cette seconde interprétation. Dans l'affaire *Paradisio et Campanelli*, un couple italien alléguait avoir eu recours à une gestation pour autrui en Russie, mais l'enfant ne présentait aucun lien biologique avec l'un ou l'autre des parents. Les juges de Strasbourg ont alors estimé qu'en faisant « une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable »³ : en l'absence de lien biologique, les États sont fondés à rejeter les demandes de reconnaissance des filiations étrangères contraires à leur ordre public.

¹ Cf. notamment, les commentaires de M. Pascal Bonfils et de Mme Adeline Gouttenoire, Recueil Dalloz 2014.1787, de M. Louis d'Avout, Recueil Dalloz 2014.1806 ou l'article précité de M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères ».

² Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction. À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassé, Mennesson et Campanelli-Paradisio de la Cour européenne des droits de l'homme », Revue critique de droit international privé, janvier-mars 2015, p. 5

³ CEDH, 27 janvier 2015, *Paradisio et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12. En revanche, l'État italien a été condamné pour avoir retiré leur enfant aux parents et l'avoir confié à une autre famille. La Cour a toutefois estimé que, compte tenu du temps écoulé depuis le placement de l'enfant, on ne pouvait imposer aux autorités italiennes de remettre l'enfant à ses parents d'origine.

Un point demeure toutefois débattu : nul ne conteste que cette priorité accordée au lien biologique vaille pour la filiation paternelle. Qu'en est-il, en revanche, pour la filiation maternelle ?

Les articles 325 et 332 du code civil, consacrés, respectivement, à l'action en recherche de maternité et à l'action en contestation de maternité, déclinent le principe ancien selon lequel la mère est celle qui accouche¹. Notre droit ne reconnaît pas le principe de la filiation biologique maternelle.

La maternité biologique ne peut en effet être dissociée de la maternité par l'accouchement que dans deux situations : lorsque les parents ont eu recours, dans le cadre d'une AMP, aux ovocytes d'une tierce donatrice, ou lorsqu'ils se sont engagés dans un processus de gestation pour autrui, la mère porteuse ayant porté un embryon issu des ovocytes de la mère d'intention.

Le premier cas est réglé, comme on l'a vu dans la partie précédente, par l'article 311-19 du code civil qui interdit l'établissement d'un quelconque lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation médicalement assistée. Le second cas est celui de la gestation pour autrui, qui fait l'objet d'une prohibition d'ordre public.

Sauf à remettre en cause les principes fondamentaux du droit français de la filiation, il n'est donc pas possible de faire prévaloir le lien biologique maternel sur la réalité de l'accouchement. Comme l'observent M. et Mme les professeurs Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon, « *en l'état actuel du droit, la règle mater semper certa semble donc faire barrage à l'établissement de la maternité biologique de la mère d'intention. La mère d'intention qui apporte ses gamètes n'est pas dans la même situation que le père biologique : la réalité de la grossesse et de l'accouchement s'impose comme une évidence, l'égalité homme/femme, père/mère trouve ici ses limites. Seule une réforme du droit de la filiation permettrait de franchir l'obstacle, mais il faudrait alors repenser la notion de filiation elle-même...* »².

En l'absence d'une déclaration expresse de la Cour européenne des droits de l'homme, il serait hasardeux de conclure des décisions qu'elle a rendues que ce qui vaut pour la filiation biologique paternelle vaut aussi pour la filiation biologique maternelle, quelle qu'en soit les conséquences sur la remise en cause, pour le pays concerné, des principes fondamentaux de son système de filiation³. Une telle interprétation aurait en effet pour conséquence de réduire comme peau de chagrin la marge d'appréciation que

¹ Aux termes de l'adage latin « mater semper certa est » (la mère est toujours certaine).

² Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », précité.

³ Il conviendrait, à cet égard, d'observer que les affaires *Mennesson* et *Labassée* mettent en cause non pas, à proprement parler, des gestations pour autrui, mais des procréations pour autrui : les mères d'intention n'avaient pas de lien biologique avec les enfants nés des gestatrices. La question de leur maternité « biologique » ne se posait donc pas.

la Cour a pourtant entendu conserver aux États, s'agissant de la prohibition de la gestation pour autrui.

En outre, elle supposerait préalablement que la Cour assimile exclusivement la filiation biologique à une filiation génétique. Or, comme M. le professeur Jean-Claude Ameisen, président du Comité consultatif national d'éthique, l'a indiqué à vos rapporteurs lors de son audition, les études médicales montrent qu'on ne peut tenir pour rien la part prise par la gestation dans la détermination biologique de l'enfant : les gènes ne sont pas tout et l'épigénétique¹ gestationnelle influence aussi le devenir du fœtus.

Pour l'ensemble de ces raisons, il paraît plus légitime à vos rapporteurs de considérer que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne concerne, à ce stade, que les filiations biologiques paternelles.

3. La prise en compte limitée de ces décisions par le Gouvernement et les juridictions françaises : un appel au législateur ?

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme a deux conséquences. La première est l'obligation pour notre pays d'indemniser les requérants pour le tort qui leur a été causé. La seconde, plus indirecte, est l'obligation de mettre fin, pour l'avenir, à la contrariété de l'ordre juridique interne avec les prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le juge administratif et le Gouvernement ont devancé cet appel sur un point : l'octroi aux enfants nés de GPA à l'étranger d'un certificat de nationalité, qui leur permet d'établir, en l'absence de contestation judiciaire, leur nationalité française.

Le juge judiciaire, quant à lui, s'est trouvé limité par les caractéristiques des affaires relatives à des GPA étrangères portées devant lui. Il n'a ainsi pu livrer qu'une esquisse de solution, ce qui laisse au législateur toute latitude pour trancher dans un sens ou un autre.

¹ Selon la définition qu'en donne l'Inserm, sur son site internet, « alors que la génétique correspond à l'étude des gènes, l'épigénétique s'intéresse à une "couche" d'informations complémentaires qui définit comment ces gènes vont être utilisés par une cellule... ou ne pas l'être. En d'autres termes, l'épigénétique correspond à l'étude des changements dans l'activité des gènes, n'impliquant pas de modification de la séquence d'ADN et pouvant être transmis lors des divisions cellulaires ».

a) La circulaire de la garde des sceaux sur la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés de GPA à l'étranger et sa validation par le Conseil d'État

La lutte des autorités françaises contre le recours à des GPA à l'étranger a parfois conduit à des situations inextricables. Tel fut le cas des refus de délivrance de documents de voyage et de certificats de nationalité.

Pour rapatrier en France l'enfant né à l'étranger dans le cadre d'une GPA, ses parents doivent obtenir de la part des autorités consulaires françaises un passeport ou un document de voyage, ce qui suppose de lui reconnaître, au moins à titre conservatoire, la nationalité française. En effet, aux yeux du pays où la GPA s'est déroulée, l'enfant n'a pas la nationalité de la mère porteuse, mais celle de ses parents d'intention. La difficulté est que reconnaître, même implicitement, à l'enfant la nationalité française, suppose de reconnaître préalablement sa filiation vis-à-vis d'un ressortissant français. Plusieurs consulats, confrontés à de telles situations, s'étaient fondés sur la prohibition d'ordre public de la gestation pour autrui pour refuser de délivrer un passeport ou un document de voyage aux enfants susceptibles d'être nés par GPA.

Saisi en référé de tels refus, le Conseil d'État les avait invalidés le 4 mai 2011 et ordonné la délivrance d'un document de voyage afin de rapatrier les enfants en France.

Le juge avait en effet estimé, d'une part, qu'en vertu de l'article 47 du code civil, les agents consulaires sont tenus de considérer comme probants les actes civils étrangers régulièrement produits devant eux sauf lorsqu'il est établi que ces actes sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Il avait considéré, d'autre part, « *que la circonstance que la conception de ces enfants [...] aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant* »¹.

La question s'était ensuite posée du refus de délivrance, en France ou à l'étranger, d'un certificat de nationalité française à des enfants suspectés d'être nés d'une GPA. La garde des sceaux avait ordonné, par circulaire², aux procureurs de la République de faire droit aux demandes qui leur étaient adressées, sans tenir compte de la suspicion éventuelle de GPA, dès lors que le lien de filiation avec un ressortissant français est établi par un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil précité.

¹ Ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 4 mai 2014, Ministère d'État, ministre des affaires étrangères et européenne c. Morin, req. n° 348778.

² Circulaire du ministre de la justice du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, n° JUSC1301528C.

La circulaire ayant été contestée devant le Conseil d'État, ce dernier a eu l'occasion d'affirmer « *que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, 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* ».

Cette décision, rendue après les décisions de juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, en partage le fondement juridique : la nationalité est un élément de l'identité de l'enfant, dont il ne peut être privé dès lors que sa filiation avec un Français est établie dans un acte d'état civil étranger probant. Sauf à ce que le ministère public conteste la validité de cet acte au regard de l'ordre public français, il doit délivrer à l'enfant concerné le certificat de nationalité demandé.

Cette décision a conforté la situation juridique, en France, des enfants nés de GPA à l'étranger, puisqu'elle leur a assuré le bénéfice de la nationalité française tant que leur filiation n'est pas contestée.

b) Les décisions de la Cour de cassation en date du 3 juillet 2015

Ni le Gouvernement ni le législateur n'ayant indiqué de quelle manière ils entendaient tenir compte des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, les regards se sont naturellement tournés vers la Cour de cassation.

Celle-ci fut en effet saisie de deux recours dirigés contre deux arrêts de la cour d'appel de Rennes, qui avaient trait à une demande de transcription d'acte de naissance sur lequel planait une suspicion de GPA. Le premier arrêt, rendu le 15 avril 2014, était antérieur aux décisions *Mennesson* et *Labassée* de la CEDH. S'inscrivant dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de cassation, il avait validé le refus de transcription, afin de faire échec à la fraude que constituait le recours à la GPA. En revanche, le second arrêt, rendu postérieurement aux décisions de la CEHD, le 16 décembre 2014, avait conclu que l'existence d'une convention de GPA ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger.

Un intense débat a précédé le jugement de la Cour de cassation, alimenté, notamment, par l'avis du procureur général près cette Cour, M. Jean-Claude Marin, qui avait défendu l'option consistant à n'accepter que la transcription de la seule filiation biologique paternelle des enfants nés de GPA.

Les deux affaires, qui étaient similaires, présentaient toutefois une spécificité par rapport à d'autres cas de recours à une GPA : les actes de naissance étrangers désignaient la mère porteuse comme mère de l'enfant.

En effet, les deux couples ayant eu recours à ces mères porteuses, en Russie, étaient des couples d'hommes. Un seul des membres de chaque couple avait revendiqué sa paternité sur l'enfant. En l'absence d'une mère d'intention, la mère porteuse avait été reconnue mère de l'enfant. Il était probable qu'elle abandonne ensuite l'enfant, afin de le rendre adoptable par le compagnon du père légalement reconnu.

La demande de transcription des actes de naissance russes constituait donc une première étape dans un processus complet de reconnaissance de la filiation créée grâce à une opération de GPA.

La Cour de cassation s'est tenue aux circonstances très particulières de ces affaires et elle a rendu deux décisions qui ne tranchent que très partiellement la question de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger par GPA.

En effet, après avoir constaté que les actes de naissance étrangers n'étaient ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qu'ils relataient correspondaient bien à la réalité, elle a estimé que la seule circonstance que la naissance serait l'aboutissement d'un processus de GPA ne pouvait justifier que les autorités françaises refusent de les transcrire à l'état civil.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces décisions.

En premier lieu, l'une des décisions, celle antérieure aux arrêts de la CEDH, est rendue au visa de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. Ceci confirme que la Cour reprend, au moins partiellement, l'analyse de la CEDH, sur le droit à l'identité des enfants.

En deuxième lieu, les juges de cassation abandonnent leur jurisprudence antérieure selon laquelle la fraude que constitue la GPA corrompt tout et interdit de reconnaître en droit français l'acte d'état civil étranger.

On ne peut toutefois exclure que cet abandon ne soit que partiel. En effet, la Cour s'attache à ce que les faits relatés correspondent à la réalité. Qu'en serait-il si l'acte de naissance désignait la mère d'intention comme mère de l'enfant ? De la même manière, il est vraisemblable que les pères concernés solliciteront l'adoption de l'enfant par leur conjoint. La fraude, dans ce cas, pourrait permettre l'éviction de celle qui est la mère aux yeux du droit français, ce qui constituerait un contournement complet de la loi française. Les juges s'estimeront-ils fondés ou non à s'y opposer pour le même motif ? Valider l'adoption irait bien au-delà de ce qu'exige la Cour de Strasbourg. La refuser redonnerait vigueur à la jurisprudence relative à la fraude.

Finalement, les deux décisions rendues le 3 juillet 2015 par la Cour de cassation engagent une inflexion seulement partielle de sa jurisprudence, dans la ligne de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Sans doute doit-on voir là le dernier appel du juge de cassation au

législateur pour trancher une question éthique majeure, avant, à défaut, d'être contraint de le décider lui-même.

La réponse apportée par d'autres pays européens

Comme la France, l'Allemagne¹, l'Espagne² et l'Italie³ prohibent la GPA et déclarent nulles les conventions de maternité pour autrui. Toutefois, leur position varie quant à la transcription des actes étrangers établissant la filiation en vertu d'une loi qui admet et organise le recours à la GPA sur les registres nationaux de l'état civil.

En Espagne, les juges, après avoir un temps accepté de reconnaître les actes de naissance établis à l'étranger à la suite d'une GPA et de leur faire produire effets, ont récemment modifié leur jurisprudence. Ainsi, le *Tribunal supremo*, dans une décision du 6 février 2014⁴ adoptée à 5 voix contre 4, a encadré strictement les possibilités d'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui, considérant que l'ordre public espagnol s'oppose à ce qu'une filiation établie par des actes étrangers en vertu d'une loi qui admet et organise le recours à la GPA soit transcrite sur les registres espagnols de l'état civil. Toutefois, dans le même temps, la Haute juridiction a pris le soin de préciser que l'enfant n'est pour autant pas privé de ses droits, dans la mesure où le droit espagnol autorise par ailleurs l'établissement de la filiation paternelle biologique d'un enfant né grâce à une GPA selon les règles de droit commun, et que l'adoption peut en outre permettre ensuite d'établir le lien de filiation vis-à-vis du parent d'intention.

L'Allemagne a quant à elle assoupli sa position en matière de transcription des actes étrangers à la suite des décisions *Labassée* et *Menesson* de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour fédérale de justice allemande, dans une décision du 10 décembre 2014⁵, a ainsi ordonné la transcription de la filiation d'intention telle qu'établie à l'étranger par un jugement sur les registres allemands de l'état civil. Le raisonnement de la Cour s'est essentiellement fondé sur la reconnaissance du jugement californien ayant déclaré la filiation à l'égard des deux hommes du couple. Il ne s'agissait donc pas de reconnaître une situation de fait, mais de ne pas remettre en cause une décision prise par des juges étrangers après un examen au fond, par ces derniers, de cette situation.

L'Italie de son côté défend une position stricte et conteste la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans un arrêt du 11 novembre 2014⁶, la *Corte suprema di cassazione* a, en l'absence de lien biologique entre parents et enfant, refusé la transcription de l'acte de naissance aux registres d'état civil italiens au nom de la contrariété de la GPA à l'ordre public italien, et confirmé le placement de l'enfant en vue de son adoption.

Condamné pour une décision semblable concernant des faits quasi similaires par la CEDH dans l'arrêt *Paradiso* et *Campanelli* précité, l'État italien a formé un recours devant la Grande chambre, qui a tenu son audience le 9 décembre 2015.

¹ Loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990 [Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz -ESchG], entrée en vigueur en 1991.

² Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida n° 14/2006 du 26 mai 2006, entrée en vigueur le 28 mai 2006.

³ Norme in materia di procreazione medicalmente assistita n° 40 du 19 février 2004.

⁴ Tribunal supremo, 6 février 2014, n° 835/2013, Rafael Saraza Jimena.

⁵ Bundesgerichtshof 10 Dezember 2014 - XII ZB 463/13 - Kammergericht Berlin.

⁶ Cassazione civile sez.I, 11 nov. 2014 n° 24001.

C. LES ORIENTATIONS ENVISAGÉES PAR LA MISSION D'INFORMATION

Les évolutions jurisprudentielles récentes placent notre pays face à un dilemme.

Ni le Gouvernement, ni le législateur n'entendent remettre en cause la prohibition de la gestation pour autrui. Pour autant, en imposant à notre pays de reconnaître, au moins partiellement, les effets de GPA pratiquées à l'étranger en contournement de notre droit, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme affectent sensiblement l'efficacité de cette prohibition, jusqu'à faire douter de sa pérennité.

Comment résoudre ce dilemme, sans tomber dans l'écueil d'un renoncement qui ferait peu de cas de nos principes éthiques, ni céder à la facilité d'une opposition vouée à l'échec ? Autrement dit, comment concilier le respect de nos convictions sur la GPA avec la nécessaire prise en compte de la situation personnelle des enfants nés à l'étranger du recours à une telle pratique ?

1. Un débat biaisé par des idées inexactes

Deux arguments reviennent avec récurrence dans le débat alors qu'ils reposent sur deux idées inexactes. Il convient de les dénoncer si l'on souhaite donner une représentation correcte du choix offert au législateur.

a) *Des enfants qui ne sont pas des « fantômes de la République »*

L'expression d'enfants « *fantômes de la République* », pour désigner les enfants nés de GPA à l'étranger, a fait florès. Elle vise à rendre compte du fait que ceux-ci seraient ignorés ou pire, discriminés, par l'administration et l'État français. Ainsi, une pétition signée par 170 personnalités, à la fin de l'année 2014, affirme que le refus de transcription, à l'état civil français, des actes de naissance étrangers de ces enfants « *pose d'immenses problèmes dans toutes les démarches administratives (carte d'identité, école, prestations sociales) et si rien n'est fait, cette situation risque d'empirer, par exemple si leurs parents se séparent ou décèdent. [...] Quelles que soient nos opinions envers la GPA, que nous soyons favorables à sa légalisation ou non, nous voulons que ces enfants obtiennent enfin la transcription de leur acte de naissance sur les registres de l'état civil en France et cessent ainsi d'être discriminés et traités en petits fantômes de la République.* »¹

Les enfants nés de GPA à l'étranger seraient donc condamnés par le refus des autorités françaises à une existence clandestine et juridiquement précaire. Les représentants des associations *Clara* et *Les enfants d'arc en ciel* ont confirmé cette appréciation, lors de leur audition par vos rapporteurs.

¹ Pétition publiée dans le journal *Libération* en date du 17 décembre 2014, p. 22.

Or, vos rapporteurs soulignent que, même si elle reflète la perception qu'en ont les familles concernées, cette description de leur situation ne correspond pas à la réalité. Les services du ministère de la justice le leur ont d'ailleurs confirmé.

En effet, l'article 47 du code civil reconnaît force probante aux actes étrangers valides. Il suffit que ces derniers soient traduits et dûment légalisés ou apostillés, pour produire leurs effets. Sauf contestation, l'acte s'impose donc au juge comme aux administrations. Il n'est donc pas nécessaire qu'un acte étranger soit transcrit pour qu'il produise des effets en France¹.

Il est vrai que cette transcription facilite la preuve de l'état allégué, puisqu'elle permet notamment d'obtenir des documents que les administrations ont l'habitude de traiter, comme des extraits de naissance ou des fiches d'état civil. Mais elle n'est pas nécessaire : la filiation doit pouvoir être établie, à l'égard des administrations françaises en vertu de l'acte étranger dont la validité n'est pas contestée. La situation des familles concernées n'est pas différente, à cet égard, de celle des couples français qui auraient vécu à l'étranger sans déclarer la naissance de leur enfant à l'état civil français ou de celles des couples étrangers durablement installés en France.

Les intéressés peuvent donc vivre au quotidien, sur la base de cet acte d'état civil étranger, comme les autres familles et avoir accès à la même protection et aux mêmes prestations. Les parents jouissent notamment à l'égard de leurs enfants de la totalité des prérogatives d'autorité parentale reconnues par le droit français.

Certes, la situation peut sembler paradoxale : l'ordre juridique français refuse de reconnaître une filiation, mais il accepte de lui voir produire des effets. M. Michel Farge a très clairement souligné cette contradiction : *« alors que l'ordre juridique français a décidé, via la Cour de cassation, qu'un jugement étranger établissant une filiation était dépourvu d'effet en France de sorte que l'acte de naissance américain fondé sur ce jugement ne pouvait y être transcrit, il faudrait considérer que le même acte de naissance dispose tout de même d'une force probante en France... Sans doute l'ordre juridique français n'est pas en mesure d'annuler un acte de l'état civil étranger, mais peut-il, sans*

¹ Le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs lui-même que l'absence de transcription ne prive pas l'acte en question de ses effets entre les parties intéressées (CC n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, Rec. p. 112, cons. 12 : « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en établissant ces différentes procédures, le législateur a pris en compte la diversité des situations au regard du respect de la liberté du mariage ; qu'il a prévu des délais adaptés aux caractéristiques de chacune de ces situations et garanti des recours juridictionnels effectifs contre les décisions, explicites ou implicites, des autorités concernées ; qu'aucune de ces dispositions ne fait par elle-même obstacle à la célébration d'un mariage par l'autorité étrangère ; que, la transcription ayant pour seul objet et pour seul effet l'opposabilité du mariage aux tiers dans l'ordre juridique français, son absence ne prive le mariage d'aucun de ses effets civils entre les époux eux-mêmes, ni entre ceux-ci et leurs enfants »).

contradiction, juger que la filiation constatée par cet acte est à la fois inopposable en France et susceptible d'y être prouvée ? L'inopposabilité fondée sur la fraude ou la contrariété à l'ordre public ne détruit-elle pas nécessairement la force probante ? »¹.

Vos rapporteurs ne nient pas la contradiction ainsi décrite. Ils constatent toutefois qu'elle permet d'offrir aux enfants en cause une vie à peu près normale. Jamais notre pays n'a cherché à troubler la paix de ces familles par une politique d'invalidation systématique des filiations établies de la sorte à l'étranger. Le refus de transcription opposé par les parquets visait seulement à éviter que la France entérine, dans son ordre juridique, une pratique qu'elle prohibe absolument. Il n'affectait pas la possibilité pour ces familles de vivre à peu près aussi normalement que les autres.

D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme l'a elle-même reconnu, dans la décision *Menesson* précitée, lorsqu'elle a relevé que les requérants ont « *pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français* »².

Cette analyse était déjà celle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 avril 2011, qui observait que l'annulation de la transcription « *ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Mennesson en France* ».

Il est vrai que les arrêts du 13 septembre 2013, qui ont marqué un durcissement de la jurisprudence de la Cour de cassation, ont pu sembler remettre en cause cette solution, puisqu'ils concluaient à la nullité juridique, pour cause de fraude, de la filiation établie par GPA. Cette nullité aurait-elle été étendue à toutes les conséquences de la filiation étrangère ? La question a été toutefois réglée par la Cour de cassation dans ses décisions du 3 juillet 2015, puisqu'elle a renoncé à faire prévaloir l'argument de la fraude sur toute autre considération.

Les enfants nés de GPA ne sont donc pas des fantômes, discriminés et condamnés à une existence clandestine dans notre pays : à l'exception de la transcription de leur filiation à l'état civil français, ils ont la vie de tous les autres enfants de la République.

Vos rapporteurs ont néanmoins cherché à identifier précisément de quels droits concrets les enfants nés de GPA pouvaient être privés. La nationalité et la vocation successorale ont notamment été citées au cours des auditions.

¹ *Michel Farge*, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, *chronique n° 21*.

² *CEDH, décision Mennesson précitée, §92*.

Pour la première, la question est réglée par la circulaire adoptée par la ministre de la justice et par l'arrêt du Conseil d'État consécutif : la nationalité française est accordée aux enfants concernés, sur la base de l'acte étranger, dont la validité n'est pas contestée. L'obtention d'une carte d'identité ou d'un passeport français en découle naturellement.

Dans son étude sur la révision des lois de bioéthique du 9 avril 2009, le Conseil d'État avait estimé qu'en l'absence d'une filiation établie entre la mère d'intention et l'enfant, ce dernier pourrait certes recevoir une part de la succession maternelle, mais ne bénéficierait ni de la réserve héréditaire ni des droits successoraux plus favorables des enfants. Interrogés sur ce point par vos rapporteurs, les représentants du ministère de la justice ont pourtant confirmé que le principe défini précédemment, qui veut que l'acte étranger valide et non contesté, produise ses effets à l'égard des parties, avait aussi vocation à s'appliquer. Sauf à ce que la filiation soit contestée par l'autorité publique, les enfants nés d'une GPA ne devraient donc pas être privés de leur vocation successorale.

Vos rapporteurs observent d'ailleurs que les différentes décisions de justice relatives à la GPA concernent exclusivement des tentatives de légalisation ou de reconnaissance de la filiation étrangère (demande d'adoption, action en reconnaissance de paternité, demande de transcription à l'état civil ou reconnaissance de possession d'état...). Aucune décision privative d'un droit connexe à la parentalité n'a été produite devant eux.

b) La GPA éthique ne réduit pas le recours aux GPA à l'étranger

Les partisans de la GPA défendent l'idée d'une gestation pour autrui « éthique », fondée sur le don. Le modèle retenu est souvent celui en vigueur au Royaume-Uni. Tel fut le cas, notamment, pour le groupe de travail sénatorial sur la maternité pour autrui.

Aux yeux de ses soutiens, la promotion d'un tel modèle permettrait de contenir les dérives éthiques observées dans d'autres pays.

Sans même évoquer toutes les réserves que doit susciter la notion de GPA « éthique », tant l'expression peut sembler un oxymore, vos rapporteurs constatent que cette assertion est démentie dans les faits.

En effet, il s'avère que le pays d'Europe où les couples recourent le plus largement à des maternités pour autrui payantes est justement le Royaume-Uni, qui prohibe pourtant cette pratique et n'accepte que les GPA gratuites. Selon une étude citée par le journal *The Independent*, en 2014, 271 couples britanniques ont fait appel aux services rémunérées d'une mère porteuse à l'étranger, pour un prix compris entre 34 000 £ (environ 45 000 €),

pour une GPA en Inde et 85 000 £ (environ 112 000 €), pour une GPA aux États-Unis¹.

L'explication de ce phénomène est simple : très peu de femmes acceptent de porter l'enfant d'une autre. Il n'est donc pas possible de répondre par ce biais à la demande des couples désireux d'avoir un enfant par GPA. Ces derniers se tournent alors vers des solutions payantes, qui suscitent plus de vocations de mères porteuses.

La voie de la GPA « éthique » est donc une impasse et ne saurait constituer une solution responsable.

2. Un préalable : réaffirmer la prohibition de la GPA et prévenir les situations futures de GPA

Jusqu'aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, l'équilibre auquel notre pays était parvenu mettait en balance, d'une part, une prohibition civile et pénale de la GPA, et, d'autre part, la non-remise en cause des familles constituées sur ce fondement, tant qu'elles ne cherchaient pas à faire reconnaître, par l'ordre juridique français, la filiation établie par le droit étranger.

Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* bouleversent cet équilibre, puisqu'ils imposent à la France de reconnaître la filiation biologique paternelle des enfants nés de GPA et fragilisent, de ce fait, la prohibition de cette pratique par notre pays.

Vos rapporteurs considèrent qu'il ne faut pas se résigner à cet affaiblissement de la prohibition. Les valeurs humanistes qui la fondent méritent qu'on la défende.

Surtout, ils constatent que, si les difficultés rencontrées naissent des conséquences sur les enfants de cette prohibition, il y a deux façons de les contrer : l'une consiste certes à renoncer à toute prohibition ou à en adoucir les conséquences, mais l'autre consiste, au contraire, à la rendre plus efficace, afin d'éviter que des enfants soient ensuite placés, par leurs parents, dans la situation imparfaite qui est la leur aujourd'hui. En cette matière comme en d'autre, la solution la plus sage est donnée par un vieil adage : **il vaut mieux prévenir que guérir.**

Comment contrer, dès lors, cet affaiblissement annoncé de la prohibition ? Deux voies s'offrent aux pouvoirs publics : le renforcement de la répression pénale ou la négociation diplomatique avec les États pratiquants la GPA.

¹ Ben Tufft, «UK citizens are the most likely in Europe to go abroad to find a surrogate mother», *The Independent*, 15 mars 2015 (<http://www.independent.co.uk/news/science/uk-citizens-are-the-likeliest-in-europe-to-go-abroad-to-find-a-surrogate-mother-10109448.html>).

a) Aggraver la répression pénale de la promotion ou du recours à la GPA

Plusieurs propositions de loi récemment déposées¹ ont eu pour objet de renforcer les sanctions encourues en matière de GPA.

Ce durcissement de la répression a notamment été défendu au cours des auditions par Mme le professeur Astrid Marais. Il est susceptible d'emprunter plusieurs voies.

La première est celle de l'alourdissement des sanctions encourues. Ainsi, les deux propositions de loi précitées prévoient un doublement des amendes et des durées d'emprisonnement encourues.

La seconde voie est celle de la création de nouvelles infractions spécifiques. La proposition de loi déposée par notre collègue député Jean Leonetti crée ainsi une incrimination sanctionnant le fait « *d'effectuer des démarches auprès d'agences ou d'organismes, français ou étrangers, permettant ou facilitant, contre un paiement, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui* ». Cette incrimination présente toutefois l'inconvénient d'être très vague, puisqu'elle ne précise pas à partir de quel moment on peut estimer que des démarches ont été effectuées. Une simple information prise sur le site internet d'une agence étrangère serait-elle constitutive d'une telle infraction ? En outre, vos rapporteurs constatent que les incriminations des articles 227-12 et 227-13 du code pénal paraissent d'ores et déjà couvrir le champ des infractions concevables, puisqu'elles visent, à la fois, les bénéficiaires, les auteurs ou les intermédiaires de la GPA, à tous les stades de cette opération.

La troisième voie de durcissement de la répression pénale correspond à la création d'une possibilité de poursuivre en France les ressortissants français qui ont eu recours à une GPA à l'étranger, même si cette dernière était autorisée dans ledit pays. Il s'agirait de prévoir une exception à la règle de la double incrimination qui interdit de poursuivre en France des faits commis à l'étranger qui ne constituent pas, dans ce pays, un délit. Une telle exception est déjà prévue pour certains délits de tourisme sexuel² ou de participation à une activité de clonage humain³.

¹ Il en va ainsi de la proposition de loi n° 2277 (Assemblée nationale – XIV^e législature) de M. Jean Leonetti et plusieurs de ses collègues visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, déposée le 14 octobre 2014 ou de la proposition de loi n° 535 (2014-2015) de notre collègue Jean-Pierre Leleux, et plusieurs de ses collègues, visant à lutter contre les démarches engagées à l'étranger par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, déposée le 18 juin 2015.

² Il en va ainsi de l'agression sexuelle sur mineur (article 222-22, alinéa 3 du code pénal), de proxénétisme aggravé (article 225-11-2 du même code), de recours à la prostitution de mineurs (article 225-12-3 du même code), de corruption de mineur ou d'atteintes sexuelles sur mineur (article 227-27-1 du même code).

³ Article 511-1 du code pénal.

Quelle peut être l'efficacité des mesures proposées ?

Il est douteux, comme on l'a vu, que de nouvelles incriminations soient nécessaires. De la même manière, sauf à être considérable, l'alourdissement des sanctions pénales est peu susceptible de décourager les couples qui enfreignent la loi française pour avoir l'enfant qu'ils désirent.

De toutes les mesures proposées, la dernière est sans doute la plus efficace, puisqu'il suffit aujourd'hui, pour contourner la prohibition française, de se rendre à l'étranger. Cependant, est-il légitime de traiter ce que certains auteurs appellent le tourisme procréatif comme le tourisme sexuel, alors que le premier ne fait pas l'objet, contrairement au second, d'une réprobation internationale très large ? On pourrait toutefois considérer que la répression de la GPA se rapproche plutôt de la répression du clonage humain, qui pour laquelle une exception à la règle de la double incrimination est prévue.

Surtout, le durcissement de la répression pénale se heurte à une difficulté : est-il souhaitable pour l'enfant que ses parents soient condamnés à des peines de prison ou qu'ils lui soient retirés ?

Le choix peut ainsi paraître décevant, entre une répression symbolique mais inefficace et une répression au contraire trop efficace, aux conséquences humaines et diplomatiques mal mesurées. Pour vos rapporteurs, les difficultés posées par la GPA ne peuvent être résolues par la voie pénale. Ils reconnaissent toutefois que cette voie présente un mérite, celui de confirmer, symboliquement, la prohibition de la GPA, à un moment où cette prohibition est fragilisée par les décisions étrangères. Pour cette seule raison, il leur semble nécessaire que le quantum des peines encourues soit relevé.

Proposition n° 2

Relever le quantum des peines encourues au titre des infractions sanctionnant le recours ou la promotion de la gestation pour autrui

b) Négocier avec les États pratiquant la GPA pour qu'ils en interdisent le recours aux Français

Le moyen le plus efficace pour éviter que des Français échappent à la prohibition de la GPA est d'obtenir des pays où cette pratique est légale, qu'ils leur interdisent d'y recourir.

L'idée a notamment été défendue, au cours des auditions, par les représentants de l'Union nationale des associations familiales ainsi que par Mme et M. les professeurs Astrid Marais et Hugues Fulchiron.

Une telle solution est loin d'être inconcevable.

Vos rapporteurs constatent d'ailleurs que d'ores et déjà le Royaume-Uni n'ouvre le bénéfice des GPA organisées sur son sol qu'aux personnes qui y ont élu domicile. C'était aussi le cas de la Grèce, jusqu'à son revirement, en 2014.

D'autres pays s'engagent dans cette voie afin de réserver cette technique à leurs ressortissants ou à leurs résidents, souvent poussés en cela par des scandales retentissants qui illustrent les dérives du tourisme procréatif. Le Gouvernement indien a déposé à la fin de l'année dernière un projet de loi en ce sens, après que la Cour suprême lui a demandé de préciser de quelle manière il entendait réguler la pratique des GPA commerciales¹. La même année, la Thaïlande a, quant à elle, adopté une loi interdisant aux couples étrangers le recours aux services d'une mère porteuse, après que plusieurs scandales ont été dénoncés². Au sein du Sénat belge, qui réfléchit actuellement à l'opportunité de donner un cadre légal à la GPA, la majorité des groupes politiques s'est prononcée en faveur d'une obligation, pour les parents d'intention, d'avoir fixé leur domicile en Belgique³.

Certes, les intérêts commerciaux qui s'attachent au tourisme procréatif sont susceptibles de contrecarrer le mouvement qui se dessine. Toutefois, ils n'ont pas prévalu dans les cas précédents, ce dont il y a tout lieu de se féliciter.

Comment donner à ce mouvement plus d'ampleur ?

Plusieurs auteurs plaident pour un instrument de régulation international, négocié dans le cadre des conférences de La Haye⁴. Le modèle en serait la convention *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*⁵, qui prévoit, en son article 17, qu'aucun État signataire ne peut prononcer une adoption en faveur de ressortissants

¹ <http://indianexpress.com/article/explained/the-issues-around-surrogacy/>.

² Une dépêche AFP en date du 20 février 2015, mentionne, notamment, l'affaire des époux australiens qui avait fait appel aux services d'une mère porteuse en Thaïlande et lui avait abandonné l'enfant né trisomique, emportant avec eux sa jumelle en bonne santé (<http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20150220.AFP9437/thaïlande-le-recours-a-une-mere-porteuse-interdit-pour-les-etrangers.html>).

³ Cf. le rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité (S. 6-98), adopté à l'unanimité par la commission des affaires institutionnelles du Sénat belge, p. 262. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.senate.be/www/?Mlval=/dossier&LEG=6&NR=98&LANG=fr>.

⁴ Cf. notamment, Hugues Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *Journal du droit international*, n° 2, avril 2014.

⁵ *Convention internationale du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*.

étrangers s'il ne s'est pas préalablement assuré qu'ils étaient autorisés à adopter dans leur propre pays¹.

La conférence de La Haye de droit international privé s'est d'ailleurs d'ores et déjà engagée dans cette voie, puisqu'elle a donné mandat à son bureau permanent d'étudier les questions de droit international privé liées à la filiation juridique des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution².

Le Premier ministre, M. Manuel Valls, avait exprimé son souhait que la France promeuve « *une initiative internationale qui pourrait aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la GPA n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent* »³. Interrogé par notre collègue Michel Vaspert sur l'issue de cette initiative, le ministère des affaires étrangères a fait valoir qu'« *alors qu'une initiative isolée n'aurait eu que peu de chance d'aboutir, le Gouvernement a consulté plusieurs États européens placés dans une situation comparable à celle de la France. Il leur a été proposé une démarche conjointe visant notamment à sensibiliser les autorités d'États ouvrant le droit à la GPA à des étrangers aux difficultés juridiques, humaines et éthiques engendrées par cette pratique. L'objectif était de convaincre ces autorités de la nécessité de ne plus accorder le bénéfice de ce mode de procréation à nos ressortissants respectifs. Cependant, les différences existant à ce stade avec nos partenaires européens concernant tant le cadre juridique que l'importance prise dans le débat public local par les questions liées à la GPA rendent difficile, à court terme, une approche commune, qui plus est dans un contexte international évolutif sur cette question. La concertation va se poursuivre dans le cadre du suivi des travaux conduits au niveau multilatéral, au sein de la conférence de La Haye, seule enceinte compétente pour les questions de droit international privé relatives à la famille. Les représentants du ministère de la justice veillent, dans ce cadre, à ce que les positions françaises soient défendues, que nos engagements internationaux soient respectés et qu'en particulier, l'intérêt des enfants soit préservé* »⁴.

La difficulté de la tâche ne doit pas être sous-estimée. Une convention internationale serait certainement la meilleure des solutions, parce qu'elle serait la plus universelle. Toutefois, elle suppose un accord des

¹ Aux termes de l'article 17 de ladite convention : « Toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'État d'origine que :

a) si l'Autorité centrale de cet État s'est assurée de l'accord des futurs parents adoptifs ;
b) si l'Autorité centrale de l'État d'accueil a approuvé cette décision, lorsque la loi de cet État ou l'Autorité centrale de l'État d'origine le requiert ;
c) si les Autorités centrales des deux États ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive ; et
d) s'il a été constaté conformément à l'article 5 que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans l'État d'accueil. »

² <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

³ Interview donnée au journal La Croix du 2 octobre 2014.

⁴ Réponse du ministère des affaires étrangères et du développement international à la question écrite n° 16464 de M. Michel Vaspert, publiée au JO Sénat du 3 décembre 2015, p. 3213.

différents pays sur des principes communs, ce qui est loin d'être acquis, compte tenu de la diversité des approches nationales en matière de gestation pour autrui.

C'est la raison pour laquelle, tout en défendant la promotion d'une telle convention internationale, vos rapporteurs recommandent que le Gouvernement envisage aussi la conclusion d'accords bilatéraux, négociés entre la France et chacun des pays qui autorisent les ressortissants français à recourir à la GPA. Cette politique des petits pas peut certes paraître moins ambitieuse que celle des conventions internationales. Elle est cependant plus réaliste et permettrait à notre pays, à chaque traité signé, de rendre plus difficile l'importation en France de situations contraires à notre ordre juridique et à nos valeurs.

Proposition n° 3

Négocier, soit dans un cadre multilatéral, soit dans un cadre uniquement bilatéral, avec les pays qui autorisent la GPA afin qu'ils en interdisent le bénéfice aux ressortissants français

3. Concilier le respect de nos principes avec la prise en compte de la situation des enfants nés d'une GPA

La réponse que les pouvoirs publics doivent apporter aux problèmes posés par les GPA ne peut se limiter à la prévention de ces situations. Aussi regrettable que soit la politique du « *fait accompli* », il revient au législateur et au Gouvernement d'améliorer la situation juridique des enfants nés d'une GPA, sans toutefois renoncer aux principes essentiels de notre droit civil.

Vos rapporteurs considèrent donc, qu'aussi contestables que soient les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, la France doit les respecter, en s'en tenant, toutefois, à une interprétation la plus stricte possible.

a) Des décisions de la CEDH contestables, mais que la France doit respecter

Vos rapporteurs observent que les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme ont suscité des critiques.

La principale, exprimée notamment, au cours des auditions par Mme le professeur Claire Neirinck, tient à la contradiction entre, d'une part, l'« *ample marge d'appréciation* » que la Cour reconnaît en principe aux États membres en matière de prohibition de la GPA et, d'autre part, celle que sa décision leur octroie effectivement¹.

¹ Cf. aussi, sur ce point, l'analyse de M. François Chénéde, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », Rec. Dalloz, 2014.1797, § 5.

Après avoir souligné que l'absence de consensus en Europe sur la légalité de la gestation pour autrui ou la reconnaissance du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants légalement conçus à l'étranger « reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique », ce qui justifie de leur reconnaître une « ample marge d'appréciation », la Cour estime en effet qu'il convient d'atténuer cette dernière au double motif qu'un « aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation » et que, lorsque « la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer ». La marge de manœuvre des autorités françaises s'en trouve réduite à presque rien puisqu'il leur est fait obligation de valider la filiation biologique paternelle résultant de la GPA. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg respecte-t-elle suffisamment le pouvoir souverain des États sur des questions éthiques aussi essentielles ? Comme Mme le professeur Muriel Fabre-Magnan l'a observé, un tel raisonnement ne serait pas forcément compatible avec l'interdiction d'établissement des filiations incestueuses ?¹

Il est aussi possible de s'interroger sur l'importance donnée par les décisions à la reconnaissance, par l'ordre juridique français, de la filiation étrangère. La Cour estime en effet que le fait que la France, sans ignorer que les enfants nés de GPA ont été identifiés ailleurs comme étant les enfants des requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique « porte atteinte à leur identité au sein de la société française ». Ce faisant, elle investit cette reconnaissance d'une portée symbolique très forte, puisqu'elle en fait un élément constitutif de l'identité des intéressés. Or, cette interprétation procède d'une conception très abstraite de l'identité, alors que dans les faits, comme la Cour le reconnaît elle-même dans ses décisions, les mineurs concernés sont bien traités, au quotidien, comme les enfants des parents d'intention. À cet égard, vos rapporteurs soulignent l'imprécision qui caractérise la notion cardinale d'intérêt supérieur de l'enfant².

Ils conviennent toutefois que, quelle que soit la pertinence des réserves ainsi formulées, les décisions de la Cour européenne doivent être respectées par la France. Il nous appartient donc de trouver le moyen de les appliquer sans trahir les exigences éthiques auxquelles nous souscrivons.

b) S'en tenir à une interprétation stricte des exigences européennes

Plusieurs des personnes entendues par vos rapporteurs ont défendu la reconnaissance complète, par les autorités françaises, de la filiation légalement établie à l'étranger sur la base d'une convention de GPA. Ainsi, le Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, les représentants de

¹ Muriel Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », Rec. Dalloz, 2015.224. En vertu de l'article 310-2 du code civil, « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ».

² Cf. l'encadré consacré à cette notion dans la partie I. B. 1).

l'association CLARA, ceux de l'association des parents gays et lesbiens, Mmes Élisabeth Badinter et Caroline Mecary, et la présidente et le rapporteur du groupe de travail *Filiation, origines, parentalité*, Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, ont préconisé la transcription complète, à l'état civil français, de l'acte d'état civil ou du jugement étranger.

Cette solution, qui trouve un certain écho dans l'opinion publique, permettrait la régularisation complète de la situation des enfants concernés. Elle emporterait aussi consécration de la filiation créée par la GPA à l'égard des deux parents. Toutefois, par ses conséquences, elle irait plus loin que ce qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme. Surtout, vos rapporteurs observent qu'elle ferait perdre toute consistance à la prohibition de la GPA, en privant, dans les faits, cette interdiction de toute conséquence juridique. Le risque de susciter ainsi un appel d'air ne peut être exclu.

Pour toutes ces raisons, et parce qu'ils estiment peu judicieux d'affaiblir encore la prohibition de la GPA, vos rapporteurs ont écarté cette solution, préférant s'en tenir à une interprétation stricte des exigences européennes.

Seule la filiation biologique paternelle devrait pouvoir être établie au regard de l'ordre juridique français.

Deux questions se posent alors.

- *Exclure la reconnaissance ou la transcription de la filiation établie à l'égard de la mère d'intention*

La première concerne le sort qu'il convient de réserver aux filiations maternelles établies dans le cadre d'une GPA lorsque la mère d'intention est aussi la mère génétique.

Comme on l'a vu précédemment, il serait abusif d'étendre à la filiation maternelle ce que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu pour la filiation paternelle. En effet, une telle interprétation conduirait à remettre en cause, au profit d'une lecture exclusivement génétique, la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche. Or, vos rapporteurs estiment que cette règle est essentielle parce qu'elle traduit concrètement la prohibition de la GPA : tant que l'on considérera que la mère est celle qui accouche, il sera impossible d'accepter qu'on utilise le corps d'une femme pour faire naître l'enfant d'une autre.

- *La nécessité que le législateur se prononce et ne se défasse pas sur le juge*

La seconde question examinée par vos rapporteurs est celle de la procédure par laquelle la filiation biologique paternelle pourrait être reconnue par les autorités françaises.

Une solution serait de s'en tenir à la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, qui a considéré qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte

de la circonstance éventuelle de recours à une GPA pour transcrire à l'état civil français une filiation qui correspond à la réalité.

Une telle solution présente toutefois deux inconvénients. En premier lieu, la transcription n'a de valeur que probatoire. Elle n'emporte pas reconnaissance de la légalité de la filiation. Ceci signifie que le ministère public serait fondé à contester la filiation revendiquée par le père d'intention. Une circulaire du ministre de la justice pourrait toutefois recommander aux procureurs de la République de ne pas attaquer lesdites filiations, pour éviter de créer des situations insolubles dans lesquelles notre pays serait sommé d'accepter la transcription, mais pourrait tenir pour nulle la filiation revendiquée.

En second lieu, l'interprétation que l'on peut faire des décisions de la Cour de cassation demeure incertaine, puisque, dans chacune des affaires considérées, la filiation revendiquée correspondait à la filiation réelle au regard du droit français. On ne peut assurer que, dans une affaire plus classique de GPA, la Cour exclurait la transcription de la filiation à l'égard de la seule mère d'intention, par ailleurs mère génétique de l'enfant.

L'abstention n'est donc pas une solution satisfaisante : elle prolonge l'incertitude juridique créée par les arrêts de la Cour européenne. Seul le législateur est en mesure d'apporter, par sa décision, les éclaircissements qui s'imposent.

- *Les modifications législatives envisageables*

Par conséquent, vos rapporteurs jugent une intervention législative nécessaire pour garantir que les nouvelles règles n'iront pas plus loin que ce qu'impose une stricte interprétation des décisions de la Cour de Strasbourg.

Deux options paraissent envisageables.

Il serait possible de recommander la création d'un nouvel article du code civil, situé après l'article 48 sur l'effet des actes d'état civil étrangers, disposant que la transcription d'un acte ou d'un jugement établissant la filiation d'un enfant est reçue, quelles qu'en soient les circonstances, si cette filiation correspond à la réalité au regard des règles du droit français.

Ainsi, en vertu de l'article 325 du code civil, qui pose le principe que la mère est celle qui a accouché de l'enfant, seuls des actes ou des jugements désignant la mère porteuse pourraient être transcrits. En ce qui concerne le père, seuls les actes établissant sa filiation biologique seraient reçus.

Une autre option consisterait à ne pas accepter la transcription des actes d'état civil étrangers, mais à autoriser l'établissement de la filiation revendiquée par une procédure judiciaire. Il s'agirait d'ouvrir à l'enfant, et à lui seul, le bénéfice d'une action en recherche de paternité et en recherche de maternité, **dans les conditions actuelles du code civil.**

Ceci lui imposerait de prouver sa filiation biologique avec son père d'intention. En revanche, **sa filiation vis-à-vis de la mère désignée dans l'acte de naissance ne pourrait être établie qui si cette dernière est bien celle qui en a accouché**. Ce dernier point est tout à fait essentiel, car il permet de garantir que la prohibition civile de la GPA sera respectée, puisque la filiation maternelle d'intention ne pourra être établie. Dans le cas d'un couple d'hommes, la filiation d'intention du compagnon du père biologique ne pourra non plus être établie sur la base de cette action en recherche de filiation.

Cette deuxième option présente **trois mérites par rapport à la première option, qui justifient, aux yeux de vos rapporteurs, de la privilégier**.

Tout d'abord, **elle ne reconnaît qu'à l'enfant le pouvoir de faire établir sa filiation**. Symboliquement ceci sanctionne le fait que les parents ont contourné la loi française et qu'ils ne peuvent réclamer pour eux-mêmes la protection qu'elle accorde au mineur. La mesure pourrait ne sembler que symbolique, puisque, l'enfant étant mineur, ce sont ses administrateurs légaux qui l'exerceront à sa place, c'est-à-dire, le plus souvent, ses père et mère allégués. Toutefois, il est vraisemblable que le tribunal de grande instance sera conduit à désigner, sur le fondement de l'article 388-2 du code civil, un administrateur *ad hoc* pour représenter les intérêts propres de l'enfant dans cette action en recherche de filiation.

Ensuite, **l'option proposée offre à l'enfant une situation juridique plus solide** que dans le cas de la transcription de l'acte d'état civil étranger, puisqu'elle établit sa filiation paternelle au regard du droit français.

Enfin, elle évite de transcrire dans notre ordre juridique un acte d'état civil étranger contraire à la prohibition de la GPA. **Les parquets pourront donc continuer de refuser de transcrire ces actes contraires à notre ordre public¹**.

La modification législative correspondante pourrait consister à compléter l'article 16-7 du code civil qui pose le principe de la nullité des conventions de GPA, afin de préciser que cette prohibition ne préjudicie pas au droit de l'enfant de faire établir sa filiation sur le fondement des articles 325 (action en recherche de maternité) et 327 (action en recherche de paternité) du code civil.

Vos rapporteurs sont conscients qu'il est tout à fait improbable que les parents cherchent à faire établir la filiation maternelle avec la mère porteuse. Non seulement rien ne les y oblige, mais une telle reconnaissance

¹ Un tel refus ne poserait pas de difficulté au regard des jurisprudences *Mennesson* et *Labassée* de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où le juge européen ne s'est pas attaché à la question de la transcription de l'acte d'état civil étranger, mais seulement au refus de la France non seulement de reconnaître la filiation biologique paternelle, mais aussi de l'établir en droit interne.

de filiation ne présenterait aucun intérêt pour l'enfant, parce qu'elle n'engagerait pas la mère porteuse qui résiderait dans un autre pays et aurait abandonné tous ses droits sur le mineur. Toutefois maintenir cette possibilité permet de réaffirmer le principe selon lequel la mère ne peut être que celle qui accouche.

• *La confirmation des conséquences juridiques de la prohibition de la GPA*

Vos rapporteurs se sont interrogés sur l'opportunité de confirmer dans le code civil les conséquences tirées par la jurisprudence du recours frauduleux à la GPA.

Le principe retenu par la Cour de cassation en 2013 était que, dans la mesure où une action en reconnaissance de filiation, une action en possession d'état ou une action en adoption était l'aboutissement d'un processus frauduleux qui avait pour point de départ le recours à une GPA, il convenait de les rejeter.

Or, cette jurisprudence n'est en rien incompatible avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qui concerne la reconnaissance de l'autre filiation que la filiation paternelle biologique. Il est donc tout à fait envisageable de confirmer dans le code civil cette jurisprudence, **afin d'interdire expressément l'établissement de la filiation vis-à-vis de l'autre parent d'intention, par adoption, possession d'état ou reconnaissance.**

En revanche, afin de ne pas porter atteinte au droit des intéressés à une vie familiale normale, la fraude n'entraînerait pas invalidation des conséquences tirées de l'acte étranger s'agissant, par exemple, de l'autorité parentale.

Proposition n° 4

S'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme.

À cet effet, n'autoriser, dans le code civil, que la transcription ou la reconnaissance des filiations conformes aux règles du droit français, c'est-à-dire, d'une part, la filiation biologique paternelle et, d'autre part, la filiation à l'égard de la femme qui a effectivement accouché de l'enfant.

Confirmer qu'aucune autre action tendant à établir une filiation d'intention, en prolongement du processus frauduleux de recours à la GPA, ne puisse prospérer.

c) Faciliter, toutefois, la vie des familles constituées à partir de GPA

L'une et l'autre des deux options proposées précédemment créent, comme l'a souligné Mme le professeur Claire Neirinck, une inégalité entre le père et la mère d'intention, puisque seul le premier pourra faire établir sa filiation à l'égard de l'enfant né de GPA. **Cette inégalité, toutefois, est consubstantielle à l'opération de gestation pour autrui**, puisque celle-ci consiste en une substitution de maternité et non en une substitution de paternité. Il n'est donc pas possible d'y remédier sans faire tomber, dans le même temps, la prohibition qui frappe la GPA.

Pour autant, vos rapporteurs considèrent qu'il faut aussi faire preuve, en la matière, de compréhension et prendre en considération à la fois l'intérêt du mineur et la force de l'affection qui unit le parent d'intention et l'enfant. Il est souhaitable de leur permettre de vivre une vie familiale aussi normale que possible.

Pour cette raison, ils recommandent d'autoriser les parents à mettre en œuvre des délégations-partages d'autorité parentale qui permettront à l'autre parent d'apparaître, aux yeux des tiers, comme un titulaire légitime de l'autorité parentale, sans qu'elle ait besoin d'exciper de son lien de filiation avec l'enfant. Cette solution était déjà préconisée par le Conseil d'État, s'agissant de la mère, dans son avis précité sur la révision des lois de bioéthique.

D'autres aménagements pourraient être envisagés, comme la reconnaissance d'une vocation successorale privilégiée de l'enfant vis-à-vis de l'adulte titulaire, pendant toute son enfance, d'une délégation-partage d'autorité parentale. Une telle reconnaissance apporterait une solution au problème posé par l'impossibilité pour l'enfant d'hériter de son parent d'intention comme il le pourrait d'un parent légal. Vos rapporteurs considèrent toutefois, à la lumière des précisions apportées par le ministère de la justice, qu'une telle mesure ne devrait pas être nécessaire : il suffit en effet, pour résoudre la difficulté, que le juge judiciaire accepte de conférer à l'enfant la qualité de successible privilégié sur le seul fondement de l'acte d'état civil étranger probant et non contesté¹.

Proposition° 5

Permettre au parent d'intention dont la filiation n'aura pas été reconnue de bénéficier des dispositifs d'aménagement de l'autorité parentale qui lui permettront d'agir aux yeux des tiers comme un titulaire légitime de cette autorité parentale.

¹ Cf. infra, cette partie, C) 1. a).

CONCLUSION

Est-il un désir dont on peut moins contester la légitimité que celui de fonder une famille et d'avoir un enfant ? Pour autant, peut-on accepter qu'il prévale sur tout, au risque d'ébranler les principes humanistes qui fondent notre droit civil ?

Les évolutions des techniques de procréation médicalement assistées combinées à la facilité avec laquelle il est possible de chercher dans un autre pays ce que le vôtre vous refuse ont conduit à une remise en cause de la régulation éthique organisée par notre code civil. Saisi de la demande des couples concernés que soient reconnues les familles qu'ils avaient constituées, en contournant la loi nationale, les juges ont dû se prononcer et les solutions partielles qu'ils ont consacrées appellent l'intervention du législateur.

Dans la conduite de leurs travaux vos rapporteurs ont été animés par le souci de trois exigences.

La première est le pragmatisme. Comment prôner le respect d'un impératif dont il est impossible de s'assurer ? La deuxième exigence est celle de la défense de valeurs supérieures dans lesquelles s'incarne notre conception humaniste de la société. Le corps d'une femme ne peut être instrumentalisé. Un enfant ne peut être l'objet d'un contrat. Enfin, la dernière exigence est de ne pas troubler inutilement la paix des familles.

Les recommandations qu'ils ont formulées peuvent sembler modestes, parce qu'elles écartent l'option d'une refondation de notre droit de la filiation. Toutefois, elles rendent compte de l'attachement de nos concitoyens à certains principes majeurs de notre droit civil, qu'un modernisme inconséquent mettrait imprudemment à l'encan.

À cet égard, la question du recours par des femmes célibataires ou en couple à l'insémination avec tiers donneur et celle de la gestation pour autrui ne peuvent être mises sur le même plan. La première peut être acceptée, parce qu'elle ne porte pas atteinte à un principe éthique majeur. La seconde, en revanche, doit être prohibée.

Certes, l'intérêt supérieur de l'enfant et les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme nous obligent à reconnaître la filiation biologique paternelle établie par la GPA, mais il n'est pas nécessaire d'aller au-delà. Bien au contraire, il est souhaitable de redonner à la prohibition de la gestation pour autrui une force qu'elle a perdue, en tentant de prévenir le recours par nos ressortissants à cette technique à l'étranger. La négociation internationale, le renforcement des sanctions pénales et la confirmation des sanctions civiles attachées à cette prohibition peuvent y contribuer.

Ces préalables étant posés, il sera d'autant plus légitime d'œuvrer pour que les familles constituées à partir d'une GPA puissent malgré tout mener la même vie que les autres.

EXAMEN EN COMMISSION

MERCREDI 17 FÉVRIER 2016

Mme Catherine Tasca, rapporteure. – Nous avons travaillé en plein accord, et nous partagerons la présentation de ce rapport, qui porte sur un sujet présentant une grande difficulté technique.

Peu de questions suscitent autant de débats et de passions dans la société civile que celles que vous nous avez chargés de traiter. Sans doute est-ce parce que s’y confrontent des impératifs que leurs promoteurs présentent chacun comme plus légitimes que les autres : l’intérêt supérieur des enfants, le droit de mener une vie familiale normale, le droit à l’identité, ou certains principes éthiques majeurs comme l’indisponibilité de l’état des personnes, l’inviolabilité et la non-patrimonialité du corps humain. À cela s’ajoute le désir d’enfant, si subtilement décrit par le doyen Jean Carbonnier, dans son ouvrage *Droit et passion du droit* sous la Cinquième République : « Plus impalpable que le besoin, le désir : le désir d’enfant, intensément éprouvé, des couples sans enfant aspire à être transcendé en un droit à l’enfant ».

Ce désir d’enfant est bien le moteur des revendications qui se sont fait jour récemment en matière d’assistance médicale à la procréation (AMP) et de gestation pour autrui (GPA). Nous décrivons dans quelques instants plus en détail la stratégie suivie par ces couples qui ont cherché à mettre en échec les interdits structurants de notre droit national en recourant, à l’étranger, aux techniques prohibées en France.

Toute la difficulté vient de ce qu’au centre de cette politique du fait accompli, il y a un enfant, qui ne peut être tenu pour responsable des actes de ses parents et ne doit, par conséquent, pas être la victime de la répression qui s’ensuit. Cette dernière préoccupation doit-elle cependant primer toutes les autres et emporter la décision ? D’autres exigences, qui traduisent les principes humanistes qui inspirent notre code civil, ne doivent-elles pas, au contraire, prévaloir ? Telles sont les questions que nous nous sommes posées.

Le débat ne pourra progresser que si l’on parvient à avoir une vue sincère et authentique de l’état du droit et de la réalité de la situation des personnes concernées, débarrassée des slogans ou des anathèmes, qui desservent la vérité. Les enfants concernés sont-ils bien « des fantômes de la République » ? Leur vie est-elle impossible ? Tout est-il déjà écrit ou le législateur a-t-il encore la main ? Peut-on faire comme si les décisions des juges européens ou nationaux ne s’imposaient pas à nous ?

Nous avons cherché à concilier la défense légitime des principes éthiques qui traduisent notre conception humaniste de la société et la préservation du droit des familles concernées à vivre, autant possible, comme les autres. Nous ne pouvons plus nous contenter de laisser les juges décider seuls, comme ils ont été contraints de le faire, dans le silence du législateur. Il appartient aujourd'hui au Parlement et au Gouvernement de se saisir de la question.

La législation relative à l'AMP et à la GPA a été fixée par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994. Le régime retenu pour l'assistance médicale à la procréation est celui d'un encadrement strict : sont seules autorisées les inséminations artificielles ou les fécondations *in vitro*, avec recours ou non à des dons d'ovocytes, de spermatozoïdes ou d'embryons. Les techniques autorisées de l'AMP ne s'adressent qu'aux couples hétérosexuels en âge de procréer qui présentent une infertilité médicalement constatée. Un célibataire, un couple homosexuel ou un couple trop âgé ne peuvent y avoir accès. La notion d'infertilité sociale, parfois utilisée pour désigner le fait que les choix de vie légitimes de certaines personnes – en clair, les couples homosexuels – ne leur permettent pas d'avoir un enfant naturellement, est totalement étrangère au droit français, qui ne s'attache qu'à l'infertilité médicale.

La gestation pour autrui désigne l'opération par laquelle un couple – les parents d'intention – demande à une femme de porter pour eux un enfant qu'elle s'engage à leur remettre à sa naissance. Elle est traitée à part et fait l'objet d'une prohibition absolue, l'article 16-7 du code civil disposant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette prohibition civile s'accompagne d'une répression pénale assurée par les articles 227-12 et 227-13 du code pénal, qui punissent la substitution ou la dissimulation volontaire d'enfant, ainsi que la provocation à l'abandon d'enfant ou l'entremise en vue de cet abandon.

Le désir d'enfant a conduit certains couples qui étaient exclus du bénéfice des techniques procréatives précitées à y recourir, malgré tout, à l'étranger, dans des pays où celles-ci sont légales : par exemple, la Belgique ou l'Espagne s'agissant du recours à l'AMP par des femmes célibataires ou des couples de femmes, et les États-Unis, l'Inde, l'Ukraine ou le Canada s'agissant du recours à la GPA par des couples hétérosexuels ou des couples homosexuels. Nous ne disposons pas de statistiques fiables sur le nombre d'enfants français qui naissent chaque année dans le cadre d'une GPA. En 2014, le ministère de la justice a été saisi de 47 dossiers dans lesquels une GPA était suspectée. Il faut cependant tenir compte du caractère souvent clandestin de ces pratiques. Alors qu'au Royaume-Uni la pratique est légale sous certaines conditions, 271 couples britanniques ont eu recours à une GPA à l'étranger cette même année 2014.

Une fois l'opération réalisée, ces couples reviennent en France et certains revendiquent la reconnaissance de la filiation ainsi établie à

l'étranger. Pour les couples de femmes ayant eu recours à une AMP, il s'agit d'obtenir l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. Dans le cas de la GPA, une fois la filiation entre l'enfant et les parents d'intention établie au regard du droit étranger, les couples ont eu recours à deux stratégies. La première était, comme en matière d'AMP, de faire établir directement le lien de filiation avec le parent d'intention, par adoption, reconnaissance de maternité ou possession d'état. L'autre stratégie, plus récente, consistait à tenter d'obtenir la transcription de l'acte étranger dans les registres de l'état civil français. Cette transcription vise à faciliter la preuve de la filiation à l'égard des administrations, puisqu'elle permet d'obtenir la délivrance de copies d'état civil qui attestent de la filiation alléguée.

Le droit français s'est alors trouvé confronté d'une part à une situation légale qu'il n'autorise pas – dans le cas de l'AMP – et, d'autre part, à une situation qu'il prohibe expressément – dans le cas de la GPA.

Le recours à l'AMP à l'étranger par les couples de femmes semble s'être accéléré récemment. Selon des travaux de sociologie, au sein de couples de femmes avec enfants interrogés en 2012, pour les enfants les plus âgés, la proportion d'enfants issus d'une union hétérosexuelle est bien plus importante que la proportion d'enfants conçus par insémination artificielle avec donneur : 52 % des enfants de plus de 5 ans contre 24 %. Cette tendance s'inverse complètement pour les enfants plus jeunes. Seulement 2 % des enfants de moins de 5 ans sont issus d'une relation hétérosexuelle alors que 74 % ont été conçus par insémination artificielle avec donneur.

Une fois l'insémination artificielle avec donneur de spermatozoïdes réalisée à l'étranger, ces couples reviennent en France. La filiation de l'enfant est alors établie sans difficulté à l'égard de la mère qui accouche, en application de la règle *mater semper certa*, et l'épouse de la mère dépose une demande d'adoption, comme le lui permet la loi du 17 mai 2013 relative aux couples de personnes de même sexe, qui a ouvert l'adoption aux couples homosexuels.

Les juges saisis de la demande d'adoption se trouvent donc confrontés à une situation de conception de l'enfant que le droit français n'autorise pas.

Pour autant, bien que cette confrontation ait donné lieu à d'importantes divergences jurisprudentielles, elle ne se rencontre que rarement. Dans la plupart des cas, les juges ignorent purement et simplement les modalités de conception de l'enfant.

En effet, à moins de le révéler, le recours à une AMP est indécélable. Si le parquet peut le soupçonner, il est difficile à prouver car il suffit au couple concerné d'affirmer que l'enfant a été conçu lors d'une relation hétérosexuelle n'ayant pas donné lieu à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du père. La femme qui a eu recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger bénéficie, comme toute femme enceinte, d'un suivi

médical de sa grossesse et d'un accouchement en France, sans avoir à révéler, à aucun moment, les modalités de conception de l'enfant. Cet état de fait est confirmé par le nombre de décisions d'adoption de l'enfant du conjoint. Selon la chancellerie, entre le 13 mai 2013 et le 17 juillet 2014, 254 décisions ont prononcé l'adoption plénière et neuf décisions seulement l'ont refusée.

Ce n'est que dans les cas où le recours à une AMP a été révélé au cours de la procédure que les juges ont été amenés à se prononcer sur l'existence d'un contournement de la loi française. Dans ces hypothèses, certains tribunaux de grande instance ont choisi de prononcer l'adoption de l'enfant ainsi conçu alors que d'autres s'y sont refusés sur le fondement de l'existence d'une fraude à la loi française. Face à ces divergences jurisprudentielles, la Cour de cassation a été saisie de la question. Dans deux avis du 22 septembre 2014, elle a estimé que le recours à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger ne faisait pas obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, dès lors que les conditions légales de l'adoption étaient réunies et qu'elle était conforme à l'intérêt de l'enfant.

À notre tour, nous devons nous prononcer sur les suites à donner à de telles demandes. Nous avons écarté l'idée de faire échec à l'adoption, par la conjointe de la mère, de l'enfant conçu par AMP à l'étranger. Pour atteindre un tel objectif, le législateur aurait pu traiter l'AMP comme la GPA et prohiber expressément les AMP effectuées en violation des conditions du droit français. Nous n'avons pas retenu cette première option car l'AMP ne pose pas les mêmes questions éthiques que la GPA, puisqu'elle est d'ores et déjà autorisée dans notre droit à certaines conditions.

Le législateur aurait également pu prévoir, au moment de l'adoption, que le juge s'assure que l'enfant a bien été conçu en conformité avec les règles du droit français. Nous avons également écarté cette seconde option car, en droit français, sauf action particulière, la filiation est établie sans contrôle des conditions de conception de l'enfant. Prévoir le contraire aurait emporté un changement radical du modèle existant et risqué de porter atteinte au respect de la vie privée. Une telle réforme se serait en outre heurtée à d'importantes difficultés pratiques. En effet, comment prouver que l'enfant a été conçu par AMP à l'étranger ? Il suffirait au couple concerné de prétendre que l'enfant est né d'une relation hétérosexuelle antérieure.

Nous écartons également l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Une telle réforme suppose de modifier les conditions d'accès à ces techniques, en supprimant celle de l'altérité sexuelle du couple et l'exigence que son infertilité soit médicalement constatée.

Nous n'avons pas retenu cette proposition, car la suppression de l'exigence d'une infertilité médicalement constatée bouleverserait la conception française de l'AMP, en ouvrant la voie à un « droit à l'enfant » et

à une procréation de convenance. Cette réforme aurait également pour conséquence de bouleverser nos règles d'établissement de la filiation.

En effet, si le choix était fait d'ouvrir l'accès à l'AMP aux couples de femmes, l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant ne pourrait plus se fonder, comme actuellement, sur l'assimilation de l'engendrement avec tiers donneur à une procréation charnelle du couple receveur. Les règles du droit commun seraient désormais inapplicables.

Il faudrait prévoir un nouveau mode d'établissement de la filiation passant, par exemple, par une « déclaration commune anticipée de filiation » faite devant le juge ou le notaire, comme le proposent Mmes Irène Théry et Anne-Marie Leroyer dans leur rapport *Filiation, origines, parentalité*.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous avons choisi de ne pas proposer de modifier les conditions d'accès à l'AMP. Puisque nous ne proposons pas de faire échec à l'adoption de l'enfant conçu par AMP à l'étranger ni, à l'inverse, d'ouvrir l'AMP en France aux couples de femmes, nous nous sommes orientés vers la voie médiane tracée par la Cour de cassation dans ses deux avis du 22 septembre 2014. À cette occasion, la Cour a validé la possibilité pour l'épouse de la mère d'adopter l'enfant de celle-ci, sans modifier les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation fixées par le droit français.

Cette solution a le mérite de s'articuler sans difficultés avec les règles françaises. La mère est bien celle qui a accouché de l'enfant et l'adoption de celui-ci par sa conjointe est autorisée par la loi du 17 mai 2013, qui n'a pas subordonné le prononcé de l'adoption à un contrôle des modalités de conception de l'enfant.

Elle préserve, en outre, la structure des règles d'établissement de la filiation tout en tenant compte, de manière pragmatique, des situations de fait et de l'intérêt supérieur de l'enfant à voir sa filiation établie à l'égard de l'épouse de sa mère.

M. Yves Détraigne, rapporteur. - En dépit de sa remise en cause actuelle, il nous semble nécessaire de réaffirmer la prohibition de la GPA, dont la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a fragilisé l'effectivité.

Jusqu'à récemment, la stratégie des couples qui cherchaient à faire reconnaître en France la filiation établie, par GPA, à l'étranger s'était heurtée au refus de la Cour de cassation, qui réaffirmait le caractère d'ordre public de la prohibition de la GPA et invalidait, par conséquent, les demandes de transcription, de reconnaissance de filiation ou d'adoption présentées par les parents d'intention. La Cour de cassation avait même durci sa position en 2013, en estimant que le recours à la GPA était constitutif d'une fraude et qu'en conséquence, cette fraude entachait tous les actes qui en découlaient, qui devaient être tenus pour invalides.

Cette jurisprudence a été remise en cause par les décisions *Mennesson* et *Labassée* de la CEDH rendues le 26 juin 2014, dont la portée a été beaucoup discutée en doctrine.

Dans un premier temps, ces arrêts reconnaissent le droit à chaque État membre d'interdire le recours à la GPA. Ils constatent aussi que les conditions de cette prohibition en France ne portent pas atteinte au droit des parents comme des enfants de vivre une vie familiale normale, en dépit des difficultés administratives qu'ils peuvent rencontrer.

Toutefois, ces mêmes arrêts concluent dans un second temps à une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée. En effet, la Cour estime que le droit à l'identité est une composante de ce droit au respect de la vie privée. Elle considère donc que l'identité des enfants nés de GPA est atteinte en ce que la France refuse de reconnaître leur filiation biologique paternelle.

Certains auteurs, ainsi que les promoteurs de la reconnaissance des filiations issues de GPA, ont défendu une lecture extensive de cette décision, en faisant valoir que le raisonnement de la Cour devait être étendu à la filiation biologique maternelle. Une telle interprétation obligerait la France à reconnaître la filiation maternelle si la mère d'intention a fourni à la mère porteuse ses ovocytes.

Toutefois la doctrine, dans son immense majorité, n'a pas retenu cette interprétation. En effet, celle-ci procède d'une assimilation abusive entre filiation biologique paternelle et filiation biologique maternelle. Or, le biologique ne se réduit pas forcément au génétique. C'est d'ailleurs tout le problème en matière de GPA, puisque la mère porteuse accouche biologiquement de l'enfant. Surtout, imposer la reconnaissance de la filiation génétique maternelle reviendrait, pour la CEDH, à invalider la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche. Or cette règle du droit civil est une règle fondamentale de notre droit de la filiation. La Cour s'est bien gardée de s'engager dans la voie d'une telle remise en cause.

En revanche, en ce qui concerne la filiation biologique paternelle, sa décision s'impose à la France et l'oblige à en accepter l'établissement ou la transcription à l'état civil, ce qui fragilise l'effectivité de la prohibition de la GPA, puisque la GPA réalisée à l'étranger ne peut être absolument privée d'effets en France.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation en ont d'ores et déjà tenu compte. Le premier a ainsi validé la circulaire de la ministre de la justice, qui visait à octroyer un certificat de nationalité aux enfants nés de GPA à l'étranger, si l'un de leur parent est français. On a ainsi résolu certaines situations inextricables dans lesquels la France refusait à l'enfant né de GPA les papiers nécessaires pour revenir en France, alors même que l'État sur le territoire duquel la GPA avait été réalisée refusait de reconnaître l'intéressé comme son ressortissant.

La Cour de cassation a, quant à elle, admis par deux arrêts du 3 juillet 2015 la transcription d'un acte d'état civil étranger résultant d'une GPA, après avoir toutefois constaté que les allégations de cet acte correspondaient à la réalité – en l'espèce, la mère désignée dans l'acte de naissance était bien la mère porteuse. La presse a hâtivement considéré que ces arrêts tranchaient la question. Or, compte tenu des particularités des espèces, la Cour de cassation a évité de se prononcer sur la question cruciale. En effet, le père biologique étant en couple avec un autre homme, l'acte d'état civil russe mentionnait seulement la mère porteuse comme mère de l'enfant, ce qui correspondait à la réalité de la filiation aux yeux du droit français. Ce n'est que lorsque le conjoint du père biologique demandera à adopter l'enfant que le juge judiciaire devra se prononcer sur les conséquences à tirer du recours frauduleux à la GPA. En effet, l'adoption apparaîtra alors comme l'aboutissement d'un processus visant à créer une double filiation paternelle à l'égard d'un enfant par le recours à la GPA.

Les arrêts de la CEDH ont nourri un intense débat, qui a vu s'affronter les promoteurs de la GPA, ses opposants et ceux qui, sans défendre cette pratique, souhaitaient faire prévaloir l'intérêt des enfants.

Ce débat est faussé par deux idées inexactes. La première est que les enfants issus de GPA seraient des « fantômes de la République », comme nous l'avons beaucoup entendu. Or, comme le ministère de la justice nous l'a confirmé, ces enfants peuvent vivre en France, sur la base de l'acte d'état civil étranger, exactement comme le font chaque jour les enfants de couples étrangers ou les jeunes Français, nés à l'étranger, pour lesquels les parents n'ont pas demandé la transcription de leur acte de naissance à l'état civil français. Certes, ils font face à quelques difficultés administratives, mais, comme la CEDH l'a d'ailleurs reconnu, ces difficultés ne sont pas constitutives d'une atteinte excessive à leur droit à mener une vie familiale normale.

Ainsi, un juge saisi d'un problème lié à l'autorité parentale ou à la nationalité de l'enfant s'appuiera sur l'acte d'état civil étranger pour le régler. De même, et contrairement à ce qui a pu être soutenu, il est vraisemblable qu'un enfant né de GPA pourra hériter de sa mère d'intention sur la base de l'acte d'état civil étranger.

Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de cassation de 2013 a créé un doute : la fraude corrompt tout. Devait-on en conclure qu'il fallait priver l'acte étranger de tout effet juridique ? Les décisions de 2015 ont levé tout doute à ce sujet, puisque la Cour de cassation a accepté la transcription de l'acte étranger, indépendamment de la circonstance du recours éventuel à la GPA. Ceci signifie que la Cour accepte de distinguer entre les conséquences qu'il faut tirer du recours à la GPA.

La seconde idée fautive est que l'instauration en France d'une GPA éthique réduirait le recours aux GPA à l'étranger. Or le pays européen dont

les ressortissants recourent le plus à des GPA à l'étranger est le Royaume-Uni qui a pourtant mis en place une GPA éthique depuis le milieu des années 1980. La raison en est toute simple : les vocations altruistes manquent pour satisfaire la demande des couples en désir d'enfant.

Quel équilibre proposer entre l'impératif qui s'attache à la prohibition de la GPA et le souci de permettre aux enfants concernés de vivre une vie familiale aussi normale que possible ? Commençons par écarter deux options opposées.

D'une part, il faut refuser d'entériner le principe d'une transcription complète de l'acte d'état civil étranger, ce qui reviendrait à priver d'effets la prohibition de la GPA. D'autre part, il ne nous semble pas non plus opportun de s'en remettre à la sagesse de la Cour de cassation. Le législateur n'a pas à se défausser sur le juge d'une décision éthique aussi importante.

Il nous semble plus que jamais nécessaire, au moment même où elle est fragilisée, de réaffirmer notre attachement à la prohibition de la GPA, au nom des principes humanistes qui la justifient. Ce renforcement de la prohibition de la GPA est susceptible d'emprunter deux voies.

La première est celle du durcissement de la répression pénale, par le relèvement des quantum de peines encourues. Nous sommes conscients du caractère largement symbolique de ce renforcement, dans la mesure où rares sont les faits qui peuvent être poursuivis en France. Toutefois, les symboles ont aussi leur importance, et la réponse que nous vous proposons ne s'y limite pas.

La seconde proposition pour consolider la prohibition de la GPA est d'engager le Gouvernement à conduire des négociations internationales, multilatérales ou bilatérales, afin d'obtenir des pays pratiquant la GPA qu'ils interdisent aux ressortissants français d'y recourir.

Mme Esther Benbassa. – Impossible !

M. Yves Détraigne, rapporteur. – Nous sommes conscients que cette négociation demandera du temps. Toutefois il y a, nous semble-t-il, plusieurs raisons d'espérer.

Tout d'abord, il y a un précédent : la convention de La Haye sur l'adoption prévoit, en son article 17, qu'aucun État signataire ne peut prononcer une adoption en faveur de ressortissants étrangers s'il ne s'est pas préalablement assuré qu'ils étaient autorisés à adopter dans leur propre pays. Ensuite, on constate que plusieurs pays réfléchissent à interdire le recours à la GPA par des couples étrangers. C'est le cas au Royaume-Uni depuis l'origine. Ce fut le cas en Grèce jusqu'à très récemment. L'Inde et la Thaïlande ont pris des engagements en ce sens, suite à des scandales retentissants.

À nos yeux, la réaffirmation par la France de la prohibition de la GPA constitue un préalable, même s'il ne faudra pas attendre le succès de la

négociation internationale pour prendre, en France, les mesures qui s'imposent. En effet, une fois ce préalable posé, il conviendra d'apporter une réponse à la situation créée par la nouvelle jurisprudence de la CEDH. Comment concilier alors le respect de la prohibition de la GPA avec la prise en compte de la situation des enfants nés de GPA ? Nous recommandons de s'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la CEDH.

Prétendre qu'on puisse faire moins serait juridiquement faux : les juges français feront prévaloir la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la CEDH, sur toute loi qui y serait contraire. En revanche, nous n'avons aucune obligation juridique à aller plus loin que ce que demande la CEDH.

Quel est notre proposition dans ce strict cadre ? Nous aurions pu nous contenter d'inscrire dans la loi le principe selon lequel la filiation biologique paternelle dûment établie est transcrite à l'état civil français. Cette solution, assez simple, présentait deux inconvénients : d'une part, elle conduisait à la transcription, certes partielle, d'un acte étranger qui établit, par ailleurs, une filiation interdite au regard du droit français ; d'autre part, elle ne nous permet pas de réaffirmer symboliquement la prohibition de la GPA. Nous l'avons donc écartée.

La proposition que nous formulons est tout autre : autoriser expressément l'enfant, et lui seul, à faire établir sa filiation dans le respect strict des exigences du droit français. L'enfant pourrait donc agir en recherche de paternité ou de maternité, dans les conditions du droit actuel. Il pourrait ainsi faire reconnaître sa filiation paternelle biologique, ce qui satisferait les conditions posées par la CEDH. En revanche l'établissement d'un lien de filiation avec le parent d'intention ne serait pas possible, car ce serait contraire à la règle fondamentale de notre droit civil selon laquelle la mère est celle qui accouche. Dans le cas d'un couple d'hommes, la filiation d'intention du compagnon du père biologique ne pourra non plus être établie sur la base de cette action en recherche de filiation. L'impératif de prohibition de la GPA serait ainsi respecté.

À nos yeux, cette deuxième option présente trois mérites par rapport à la première, qui justifient de la privilégier.

Tout d'abord, elle ne reconnaît qu'à l'enfant le pouvoir de faire établir sa filiation. Symboliquement, cela sanctionne le fait que les parents ont contourné la loi française et qu'ils ne peuvent réclamer pour eux-mêmes la protection qu'elle accorde au mineur. La mesure pourrait ne sembler que symbolique, puisque, l'enfant étant mineur, ce sont ses administrateurs légaux qui l'exerceront à sa place, c'est-à-dire, le plus souvent, ses père et mère allégués. Toutefois, il est vraisemblable que le tribunal de grande instance sera conduit à désigner, sur le fondement de l'article 388-2 du code civil, un administrateur *ad hoc* pour représenter les intérêts propres de l'enfant dans cette action en recherche de filiation.

De plus, l'option proposée offre à l'enfant une situation juridique plus solide que dans le cas de la transcription de l'acte d'état civil étranger, puisqu'elle établit sa filiation paternelle au regard du droit français.

Enfin, elle évite de transcrire dans notre ordre juridique un acte d'état civil étranger contraire à la prohibition de la GPA. Les parquets pourront donc continuer à refuser de transcrire ces actes contraires à notre ordre public.

La modification législative correspondante pourrait consister à compléter l'article 16-7 du code civil qui pose le principe de la nullité des conventions de GPA, afin de préciser que cette prohibition ne préjudicie pas au droit de l'enfant de faire établir sa filiation sur le fondement des articles 325 et 327 du code civil, qui prévoient respectivement les actions en recherche de maternité et de paternité.

Bien sûr, il est tout à fait improbable que les parents cherchent à faire établir la filiation maternelle avec la mère porteuse. Non seulement rien ne les y oblige, mais une telle reconnaissance de filiation ne présenterait aucun intérêt pour l'enfant, parce qu'elle n'engagerait pas la mère porteuse qui résiderait dans un autre pays et aurait abandonné tous ses droits sur le mineur. Toutefois, maintenir cette possibilité permet de réaffirmer le principe selon lequel la mère ne peut être que celle qui accouche.

Il nous paraît aussi nécessaire, pour assurer le plein respect de la prohibition de la GPA, de confirmer qu'aucune autre action – par exemple une adoption ultérieure de l'enfant du conjoint ou une action en possession d'état – tendant à établir une filiation d'intention, en prolongement du processus frauduleux de recours à la GPA, ne puisse prospérer. Ceci évitera que le lien de filiation contraire à notre droit puisse être reconstruit ensuite par un autre biais.

La proposition que nous vous soumettons vise, comme vous l'aurez noté, à consolider la prohibition de la GPA, tout en assurant la situation de l'enfant. Cela étant acquis, il nous a paru nécessaire de faciliter la vie des familles constituées à partir de GPA. Le point crucial est certainement de conférer au parent d'intention une place privilégiée auprès de l'enfant. Nous recommandons de l'autoriser à recevoir une délégation d'autorité parentale pérenne, qui lui permettra d'être, dans la vie quotidienne, à égalité avec l'autre parent, pour s'occuper de l'enfant.

S'agissant de la GPA, nous avançons forcément sur un chemin de crête. Tout n'est pas possible, et il serait illusoire de le prétendre, comme il serait illusoire de penser que nous pourrions faire comme si la décision de la CEDH ne s'imposait pas à nous. Nous avons tenté de ne pas déroger aux principes humanistes qui justifient, à nos yeux, la prohibition de la GPA. La solution que nous avons trouvée consiste à reconstruire la filiation litigieuse à partir des règles du droit français. Ceci suppose, toutefois, une modification législative.

M. Philippe Bas, président. – Merci pour cette communication prudente : vous ne remettez pas en cause les règles votées à trois reprises par le Parlement sur ces questions depuis la loi de 1994, présentée par Mme Veil, après avoir été élaborée par M. Kouchner en 1992. Le Parlement a toujours défendu les mêmes conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation, et a toujours maintenu son interdiction de la GPA. Cependant, nos engagements internationaux nous lient, et nous devons tenir compte de la CEDH. Nous le faisons avec circonspection, en restant fidèles aux votes renouvelés depuis plus de vingt ans.

Mme Esther Benbassa. – Merci pour ce rapport riche et éclairant. De culture américaine – j'ai étudié et enseigné pendant des années à Stanford – je suis d'accord, en principe, avec vous sur la PMA. Notre position est toutefois hypocrite, puisque vous rappelez vous-même que le recours à des PMA à l'étranger se développe. Pourquoi la garder ? Pour des raisons politiques ? Vous préconisez l'adoption par la mère d'intention, qui participe au projet familial, ce qui revient à reconnaître la PMA. Pourquoi, dès lors, l'interdire ?

La GPA ne met pas en cause l'humanisme mais l'éthique : j'ai vu à Stanford des couples choisir sur catalogue un ovocyte selon des critères de QI, pour 60 000 dollars... Il est vrai qu'il y a aussi quelques rares GPA effectuées gratuitement, par conviction. Je ne sais pas si je suis pour ou contre la GPA : ce n'est pas comme choisir un produit en magasin...

M. Pierre-Yves Collombat. – Justement, si !

Mme Esther Benbassa. – La GPA découle d'un projet de longue haleine. Pourquoi renforcer sa prohibition ? Pourquoi placer les enfants qui en sont issus dans des difficultés extrêmes ? C'est cela qui manque d'éthique ! D'ailleurs, en France, suite à une circulaire de Mme Taubira, les tribunaux ont déjà reconnu des enfants issus de la GPA. Dès lors que ces enfants existent, ils ont droit à une identité, à des papiers ! Ce n'est pas à eux d'effectuer une recherche en paternité ou en maternité... Puisque nous avons voté le mariage pour tous, reconnaissons qu'on se marie aussi pour fonder une famille.

M. Jean-Pierre Sueur. – Votre communication a été écoutée dans un silence impressionnant. Instaurer le droit à l'enfant changerait le fondement de plusieurs de nos conceptions. Il est plus juste de considérer que l'enfant a des droits, et la société des devoirs envers lui. Ce que vous proposez est raisonnable. Toute autre solution entraînerait des contradictions. Le père génétique est le père, et il ne peut y avoir deux mères. Très pédagogique, votre rapport est conforme à ce qu'ont déclaré ceux – j'en étais – qui ont voté le mariage pour tous : cette loi n'induisait pas de modifications en matière d'assistance médicale à la procréation. La circulaire de la garde des sceaux et la Cour de cassation ont reconnu à juste titre une identité aux enfants conçus dans des conditions illégales en France.

- Présidence de Mme Catherine Troendlé, vice-présidente -

M. Alain Vasselle. – Bravo pour ce rapport sur un sujet sensible et complexe. Le sujet est ardu. On a l'impression que vous avez dû effectuer des contorsions pour arriver à la solution qui nous donnera bonne conscience. Mais *quid* de l'enfant dans tout cela ? Un couple homosexuel voulant satisfaire un désir d'enfant pense-t-il vraiment à l'avenir de celui-ci ? Dès lors que l'enfant est là, il doit avoir tous les droits qu'a un enfant né d'un couple hétérosexuel. Quant à la GPA, il faut des mesures fortes pour en dissuader. Les juges qui acceptent l'adoption après une PMA sont-ils fondés à le faire ? Il ne saurait y avoir deux mères.

Mme Catherine Troendlé, présidente. – Il existe un rapport de Mme André, M. Milon et M. de Richemont sur la GPA.

M. Jean-Yves Leconte. – Le vertige des possibles rend difficile de s'arrêter à des solutions absolues et définitives. Néanmoins le droit doit viser à assurer la cohésion de la société malgré ses transformations. La Russie, pays qui a le plus été choqué par le vote du mariage pour tous, pratique la GPA sans aucun scrupule. Les tests ADN que l'on utilise pour établir une paternité pourraient ne plus suffire à identifier une mère. Le monde évolue. Nous tâtonnons pour trouver des solutions. Avec davantage de coopération internationale, on éviterait des aberrations. Dans les pays où la GPA se pratique, les actes de naissance intègrent déjà les parents d'intention. Vos propositions peuvent contribuer à régler la situation ; je doute qu'elles soient suffisantes. Les Français ne sont pas des sujets de la Nation, mais des citoyens. On ne peut pas les traiter différemment lorsqu'ils sont hors du territoire. Cela suppose une gestion de l'état civil ambitieuse, dans un cadre multilatéral, sans lequel par transitivité tout ce que vous proposez pourra être détourné.

Mme Esther Benbassa. – C'est déjà le cas.

M. Jean-Yves Leconte. – Ceux que l'on considère comme des enfants de Français nés à l'étranger doivent pouvoir bénéficier de tous leurs droits. Vous y êtes attachés, et le Défenseur des droits aussi.

- Présidence de M. Philippe Bas, président -

M. Philippe Bas, président. – Il faut effectivement aborder ces sujets avec humilité.

M. Pierre-Yves Collombat. – Ma position est simple, pour ne pas dire sommaire. L'argument du « cela se fait à l'étranger » est un peu court. Pourquoi alors refuser la polygamie, la polyandrie, la consommation de khat ? Des droits de l'enfant, on est passé au droit à l'enfant, ce qui signifie que l'enfant n'est plus considéré comme une personne, mais comme le produit d'un projet. En obtenant le droit de se marier, les homosexuels ont aussi découvert ce qu'était le divorce. Un projet d'enfant ne donne pas droit à un enfant. Il faut évidemment adopter le point de vue des enfants et

comprendre qu'on les met dans une situation invraisemblable en décidant qu'ils sont notre propriété.

Déjà dans la Rome antique, l'adoption séparait clairement le projet intellectuel et le projet biologique. Je souscris à votre point de vue tout en m'interrogeant sur la proposition n° 4 : en incitant l'enfant à chercher sa filiation paternelle, ne complique-t-on pas encore davantage la perception de son identité ? Avec l'adoption, on échappe à ces problèmes contestables d'hérédité.

Mme Esther Benbassa. – La délégation d'autorité parentale que vous accordez aux parents d'intention vaut-elle dans le cas d'une GPA ?

M. Yves Détraigne, rapporteur. – Oui.

M. Philippe Bas, président. – La formule n'a rien de nouveau. La Cour de Cassation s'est prononcée en 2006 sur une affaire concernant un couple de femmes. Elle a accordé la délégation de l'autorité parentale à la compagne de la mère, qui s'occupait le plus souvent de l'enfant. C'est une mesure qui ne peut se prendre que dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La proposition n° 5 applique les principes de cette jurisprudence à la situation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger et dont la filiation paternelle est reconnue. Le compagnon ou la compagne du père peuvent alors bénéficier de la délégation de l'autorité parentale.

Mme Esther Benbassa. – Cela suppose que la filiation ait été reconnue. N'est-ce pas contradictoire avec ce que vous proposez ?

M. Philippe Bas, président. – Non : la filiation du père est reconnue dans ce cas de figure.

M. Jean-Pierre Sueur. – La proposition n° 5 n'est pas claire. Par mère d'intention, on désigne celle qui a souhaité avoir recours à la GPA. Vous lui déléguez l'autorité parentale...

M. Philippe Bas, président. – Ce cadre existe déjà.

M. Jean-Pierre Sueur. – Mais ici, la délégation ne se fait-elle pas au préjudice de la mère biologique ?

M. Yves Détraigne, rapporteur. – Dans la GPA, la mère porteuse n'a pas de droits. Elle n'en réclame d'ailleurs pas.

M. Alain Richard. – Elle n'en a pas... au regard du droit français. Il n'en va pas forcément de même dans son pays d'origine. On ne peut pas écarter la possibilité d'un conflit entre les droits.

M. Yves Détraigne, rapporteur. – Si la GPA est menée dans un pays où la pratique est acceptée, la mère porteuse perd ses droits.

Mme Catherine Tasca, rapporteure. – Nous avons procédé à de nombreuses auditions. Entre les partisans du *statu quo* absolu et ceux de l'ouverture à tout vent, l'écart est irrémédiable. Ces questions sont

passionnelles. Notre rôle est de privilégier une approche juridique et médiane. Bien sûr, nous risquons de prêter flanc aux critiques du trop ou du trop peu. Il n'est pas souhaitable pour autant de mettre à bas l'édifice de notre droit civil qui garantit la stabilité de notre société. Par conséquent, nous avons cherché à consolider notre État de droit tout en apportant des réponses pour les enfants issus de ces nouvelles pratiques. L'intérêt supérieur de l'enfant : comment savoir quel il est ? Il n'existe aucune étude définitive sur ce concept, que seuls invoquent les adultes qui recourent à ces pratiques.

Quant à « l'hypocrisie » de la PMA, je précise que notre souci premier est de permettre l'application du droit français. Nous ne souhaitons pas ouvrir cette possibilité à toutes les femmes au prétexte que cela se fait au-delà des Pyrénées. Notre vision de la société est plus ambitieuse. La loi de 2013 a ouvert le droit à l'adoption aux couples homosexuels. Ce droit doit pouvoir se concrétiser quelles que soient les circonstances de la conception de l'enfant.

M. Yves Détraigne, rapporteur. – Ce qui compte, c'est la consolidation des principes de notre droit français. Nous devons également veiller à donner des droits aux enfants nés de ces nouvelles techniques sans forcément encourager celles-ci.

La commission autorise la publication du rapport.

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

Ministère de la justice

Direction des affaires civiles et du sceau

Mme Carole Champalaune, directrice

M. François Ancel, sous-directeur du droit civil

Mme Caroline Azar, cheffe du bureau du droit des personnes et de la famille

Direction des affaires criminelles et des grâces

Mme Caroline Nisand, adjointe au directeur

Mme Marion Adam, magistrate, bureau de la législation pénale spécialisée

Ministère des affaires étrangères et du développement international

Mme Florence Merloz, sous-directrice des droits de l'homme

M. Sylvain Riquier, sous-directeur de l'administration des Français

Mme Géraldine Auvolat, conseillère juridique, sous-direction du service central de l'état civil

Mme Mathilde Janicot, rédactrice, sous-direction des droits de l'homme

Le Défenseur des droits

M. Jacques Toubon, Défenseur des droits

Mme Geneviève Avenard, Défenseure des enfants

Mme Nathalie Bajos, directrice du département Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits

Mme France de Saint-Martin, attachée parlementaire

Comité consultatif national d'éthique

M. Jean-Claude Ameisen, Président

Union nationale des associations familiales (UNAF)

M. François Édouard, vice-président, président du département
« *Droit de la famille et Protection de l'enfance* »

M. David Pioli, coordonnateur du pôle « *Droit, psychologie et sociologie de la famille* »

Mme Claire Ménard, chargée des relations parlementaires

Association des parents gays et lesbiens (APGL)

Mme Marie-Claude Picardat, co-présidente

M. Dominique Boren, co-président

Association C.L.A.R.A.

M. Dominique Mennesson, co-président

M. Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Association « Les Enfants d'Arc en Ciel - l'asso ! »

Mme Nathalie Allain Djerrah, présidente

Mme Noémie Khenkine-Sonigo, avocate au Barreau de Paris

Personnalités qualifiées

Mme Élisabeth Badinter, philosophe

M. Hugues Fulchiron, professeur à l'université de Lyon III Jean Moulin

Mme Anne-Marie Leroyer, professeur des universités

Mme Astrid Marais, professeur de droit privé à l'Université de Bretagne occidentale, directrice du master 2 « *Droit privé* »

Mme Caroline Mécary, avocate au Barreau de Paris

Mme Aude Mirkovic, maître de conférences en droit privé à l'Université d'Évry, directrice du master 2 « *Droit des biotechnologies* »

Mme Claire Neirinck, professeur émérite de l'université de Toulouse I Capitole

Mme Irène Théry, directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales

Contributions écrites

Mme Sylviane Agacinski, philosophe

Mme Frédérique Granet-Lambrechts, professeur à la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de l'université de Strasbourg