

Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde



CEJESCO DE L'UNIVERSITE DE REIMS

MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE

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

RAPPORT FINAL

Sous la responsabilité scientifique de Clotilde Brunetti-Pons

Conformément à la Convention de recherche n° 14.19

5 janvier 2015 - 5 janvier 2017

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

COMITÉ DE PILOTAGE

Nathalie Baillon-Wirtz

Mise en forme du rapport.

Clotilde Brunetti-Pons

Direction scientifique.

Frédérique Granet-Lambrechts

Encadrement de l'équipe des chercheurs en droit comparé.

Martine Herzog-Evans

Encadrement des enquêtes et interviews.

ÉQUIPE DE RÉDACTEURS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introduction générale

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

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

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

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

Conclusion.

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

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

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

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

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

Droit du Royaume-uni.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gwenaëlle Hubert-Dias, Docteur en droit

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

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

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

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

Droit espagnol.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jordane Segura, Chargée de recherche au LISER¹

Droit luxembourgeois.

Bénédicte Palaux Simonnet, ancien avocat au barreau de Paris

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

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

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

PARTENAIRES ASSOCIÉS À LA RECHERCHE

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

Droit brésilien.

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

Transsexualisme : interviews, données.

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

Droit allemand.

Pierre Lévy-Soussan, Psychiatre, psychanalyste, Directeur de la consultation filiation du Centre Médico Psychologique pour l'enfant et la famille, depuis 1999 à Paris 15^{ème}.

¹ Luxembourg Institute of Socio-Economic Research.

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

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

Droit guinéen.

Fernando Machado, avocat à Rio de Janeiro

Droit brésilien.

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

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

Fernando Texeira da Silva, avocat au Portugal

Droit portugais.

Avec nos remerciements.

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

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

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

SOMMAIRE

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

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

Section Préliminaire. Réflexions liminaires à propos de la terminologie juridique

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

Section II. Le glossaire

Section III. L'approche sociologique

Chapitre II. Les pratiques

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

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

Section III. Le cas spécifique du transsexualisme

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

Section I. La procréation médicalement assistée

Section II. La gestation pour le compte d'autrui

Section III. L'adoption

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

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

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

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

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

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

Section II. L'impact des normes internationales

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

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

Chapitre préliminaire. L'approche sociologique

Chapitre I. Les retombées des pratiques recensées

Section I. Les retombées d'ordre psychique

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

Section III. Les retombées éthiques, médicales et sanitaires

Chapitre II. Les enjeux sociétaux

Section I. Les enjeux au regard du rôle des institutions

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

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

Bibliographie

Annexes

Table des Matières

SOMMAIRE DES ANNEXES

Annexe n°1 : Tableaux de mise en perspective des situations de « droit à l'enfant » au regard des pratiques de gestation pour le compte d'autrui

Tableau 1 : GPA avec implications sur le territoire français

Tableau 2 : GPA pratiquées à l'étranger sans implications sur le territoire français autres que la demande de documents de voyage ou de transcription

Annexe n°2 : Tableaux de synthèse de droit comparé

Tableau relatif aux dispositions relatives à l'AMP et à la gestation pour le compte d'autrui

Tableau des dispositions relatives à l'AMP et à la gestation pour le compte d'autrui, suite

Tableau des dispositions relatives à l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe

Tableau relatif à l'adoption de l'enfant par un couple de personnes de même sexe, suite

Tableau des informations complémentaires

Annexe n°3 : Questionnaires intermédiaires de droit comparé²

Questionnaire complémentaire pour l'Espagne

Questionnaire complémentaire pour le Royaume-Uni

² Pour les premiers questionnaires, v. le rapport intermédiaire.

Questionnaire complémentaire pour le Luxembourg

Questionnaire complémentaire pour la Belgique

Questionnaire complémentaire pour le Portugal

Questionnaire complémentaire pour la Suisse

Questionnaire complémentaire pour le Brésil

Circulaire de l'Inspecteur national de Justice n° 52 du 15 mars 2016

Annexe n°4 : Questionnaire n°3 sur le contexte politico-culturel dans lequel ont été réalisées les réformes dont les dispositions ont été analysées dans la synthèse de droit comparé.

SYNTHESE DU RAPPORT FINAL

La recherche, portée par le Centre de Recherche et d'Etudes Juridiques sur l'efficacité des systèmes de droit civil (CEJESCO) de l'Université de Reims, étudie ce que le développement des nouvelles pratiques de gestation pour le compte d'autrui (GPA) et d'assistance médicale à la procréation (AMP) implique sous l'angle du « droit à l'enfant et la filiation ».

1. La problématique

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

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

2. La nécessité de clarifier le droit positif

En l'état actuel du droit français, il existe des *contradictions et incohérences* dues notamment à la fragilité des fondements sur lesquels reposent les nouvelles dispositions. En particulier, et dès lors que le législateur, suivi sur ce point par le Conseil constitutionnel, ouvre la filiation aux couples de personnes de même sexe, les interdictions – inscrites dans le Code de la santé publique en matière d'assistance médicale à la procréation (art. L. 2141-2) et celles issues de l'article 16-7 du Code civil -s'agissant de la gestation pour le compte d'autrui– perdent leur sens premier, qui est d'abord de protéger la filiation de l'enfant.

Des conflits de filiation et corrélativement d'autorité parentale sont alors générés par la Loi et non plus endigués par le Droit.

Par exemple, les avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 penchent pour la validité de l'adoption par la conjointe de la mère de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur (IAD). En cas d'adoption plénière, l'enfant se trouve alors définitivement privé de père (caractère irrévocable de l'adoption), sauf à ce qu'une adoption simple par un homme vienne s'ajouter à l'adoption plénière qui aurait échoué. *Quid* si l'enfant exerce une action en recherche de paternité sur le fondement des dispositions du droit international, parmi celles directement applicables sur le territoire français (dont l'article 7° 1 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant) ?

En cas de séparation, l'enfant pourrait être confié à la conjointe de la mère qui a adopté l'enfant, au détriment de celle qui l'a porté. *Quid* si l'enfant souhaite habiter avec sa mère biologique et le revendique (l'action étant portée par cette dernière) devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de son intérêt supérieur ?

En cas de changement de sexe d'une personne qui se présente alors comme le père d'un enfant, *quid* si l'enfant cherche à faire établir, y compris en droit français interne, la maternité de la femme transsexuelle, etc. ?

Les conflits à venir s'annoncent difficiles à résoudre. Que dire de règles qui, sans aucune réflexion de fond, placent un enfant dans de telles situations ? Que penser de propositions doctrinales qui qualifient de mythe le principe d'indisponibilité de l'état des personnes lorsqu'il est avéré que le Droit joue sur ce fondement son rôle protecteur de la filiation de l'enfant ?

La réflexion normative est compliquée par l'*évolution de certaines législations* et du *décalage* qui apparaît corrélativement entre les pays dans le Monde sur le sujet.

Même si les interdits demeurent très largement majoritaires, l'appréhension des nouvelles techniques, procédés et accès à la filiation, oscille entre interdits et autorisations selon les systèmes de droit considérés. Depuis quelques années, inspiré par un *law shopping* accompli en fraude à la loi française, un « tourisme procréatif » (encouragé par les difficultés que suscite l'adoption) s'est développé : assistance médicale à la procréation et gestation pour le compte d'autrui deviennent des voies privilégiées dans la recherche de législations avantageuses.

La France fait partie des pays qui permettent mais limitent l'accès à l'*assistance médicale à la procréation*. Il résulte de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés.

Un bon nombre de pays dans le Monde n'envisagent ni l'accès à l'assistance médicale à la procréation, ni les effets de telles pratiques en présence d'un élément d'extranéité, la filiation de l'enfant découlant juridiquement exclusivement du mariage.

Quelques pays en Europe ouvrent en revanche l'AMP aux femmes seules et aux couples de personnes de même sexe.

S'agissant de la *gestation pour le compte d'autrui*, la France pose également un principe clair. Selon l'article 16-7 du Code civil français : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

Dans d'autres pays, il arrive en revanche que la gestation pour le compte d'autrui soit autorisée, avec ou sans compensation financière. Des analyses de droit comparé et de droit international privé s'imposent donc et ont été réalisées dans le cadre du rapport ici synthétisé.

Le domaine de la recherche est vaste. Il fallait lui fixer des limites.

3. Les limites du cadre de l'étude

Pour mieux maîtriser une recherche, proposée par la Mission Droit et Justice du Ministère de la Justice, ambitieuse par son ampleur mais d'actualité, la réflexion a été menée dans certaines limites.

« **Droit à l'enfant** » : l'expression de « droit à l'enfant » recouvre en l'occurrence une revendication concernant d'abord les cas dans lesquels « l'offre d'enfant » répond à une « demande » qui ne vient pas pallier une stérilité médicalement constatée, plus largement une « demande » émise par des personnes ne remplissant pas toutes les conditions légales : celle des célibataires, des couples de même sexe, de couples trop âgés, etc.

Le sujet – *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde* – est abordé sous cet angle précis.

En conséquence, l'adoption n'est pas traitée dans sa globalité ; il n'est question de l'adoption que dans la mesure où celle-ci permettrait aujourd'hui l'établissement d'un lien de filiation *post* « tourisme procréatif ».

Tous les cas de gestation pour le compte d'autrui sont en revanche abordés pour la simple raison que c'est alors le procédé considéré comme « palliatif » qui pose problème en tant que tel.

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

- l'établissement de la filiation de l'enfant à la suite d'une convention de gestation pour le compte d'autrui dite GPA ;
- l'adoption par des couples de personnes de même sexe ;
- l'adoption par une personne seule et l'adoption de l'enfant du conjoint par une personne de même sexe ;
- la question, au regard de la filiation de l'enfant, de l'AMP pour des couples de femmes, de l'AMP pour des personnes seules et de l'AMP pour des couples de sexes différents au moment de la demande mais dont l'un des membres (ou les deux, le cas échéant) a changé de sexe à l'état civil.

La recherche est axée sur la mise à jour de telles situations de « droit à l'enfant », puis sur l'analyse des problèmes de statut de l'enfant qu'elles induisent (sachant que l'enfant a droit à un statut) et de leur impact.

PARTIE I. L'ÉMERGENCE DE SITUATIONS DE « DROIT À L'ENFANT » : QUELLES DONNÉES ?

La recherche, planifiée sur deux ans, s'est d'abord traduite par une collecte de données, puis par leur analyse. Des investigations, enquêtes, interviews (de magistrats, avocats et médecins), inventaires et recoupements se sont succédés.

Les situations de « droit à l'enfant » ont été recensées, puis analysées.

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

Plusieurs développements ont été consacrés à la terminologie, laquelle joue un rôle primordial en cette matière. La terminologie éclaire le débat lorsqu'elle est bien choisie, tandis qu'elle l'obscurcit lorsqu'on accueille les mots sans un examen préalable de la pertinence de leur usage.

C'est d'abord vrai sur le terrain de *la pertinence de la reconnaissance ou non d'un droit à l'enfant*.

Certes les droits de l'Homme sont une source fertile et, dans l'esprit commun, tout droit est un bienfait. Pourtant, les droits (subjectifs) sont avant tout une protection.

Tel est le cas pour les droits de l'enfant, puisqu'il s'agit de prérogatives octroyées afin de protéger l'enfant.

A l'inverse, tel ne serait pas le cas d'un « droit à l'enfant », s'il était consacré (ce qui n'est pas le cas en l'état du droit positif³). Un tel droit ne ferait que dissimuler un « droit de l'adulte à devenir parent ». Avant sa reconnaissance, tout « droit à » n'est qu'une revendication individuelle, à visée politique, qui ne justifie d'être adoubée au rang de droit (subjectif) que si elle institue une protection contre un mal, sans en créer un plus grand encore.

C'est ensuite vrai sur le terrain de *la pertinence ou non du recours à une technique scientifique sous couvert d'une dénomination médicale*.

Le recours à la science dans le but de contourner l'absence de complémentarité physiologique des sexes n'est pas une assistance médicale à la procréation mais la création, hors norme⁴, d'un statut qui ne saurait être assimilé à la filiation telle qu'elle ressort du titre VII du Livre 1^{er} du Code civil français.

C'est enfin vrai sur le terrain du *traitement juridique des situations créées en fraude à la loi française*.

Ainsi, la pratique évoque tantôt la « mère porteuse » tantôt la « mère d'intention ». Or, s'il y a bien une femme qui porte l'enfant comme une mère et une autre qui nourrit l'intention de le devenir, la qualité juridique de mère ne peut être accordée aux deux.

La réflexion d'ordre terminologique permet de souligner qu'*un « droit à l'enfant » ne pourrait être consacré législativement qu'en heurtant frontalement les droits de l'enfant et les*

³ C'est pourquoi il est mis entre guillemets dans la présente étude.

⁴ C'est-à-dire en dehors des règles juridiques de droit positif et même de leur logique intrinsèque.

principes d'indisponibilité (de l'état des personnes et de la filiation) donc, *in fine*, le principe de dignité.

A la suite de l'approche terminologique (synthétisée dans un glossaire), ***une approche sociologique*** offre une analyse des évolutions en cause à l'échelle des mœurs.

La sociologie de la famille permet d'approcher de près les liens de parenté et de filiation. De nombreuses enquêtes permettent d'appréhender le vécu de chacun, dans toutes les configurations traditionnelles ou nouvelles. Pour comprendre les innovations introduites par l'assistance médicale à la procréation, on recense de nombreuses enquêtes.

Les unes portent directement sur la situation des enfants issus de l'assistance médicale à la procréation, sur celle des couples stériles ou de même sexe.

Les autres invitent à raisonner par analogie, en étudiant la pluri-parentalité dans les familles recomposées ou l'accouchement sous le secret avec ses conséquences sur les enfants ayant cette ascendance anonyme.

Une conclusion teste l'interférence entre l'évolution des thèmes d'enquêtes et celle des lois.

Une telle précision du contexte permet, dans un deuxième temps, d'aborder, sous un angle juridique, les pratiques.

Chapitre II. Les pratiques

En droit français, les pratiques d'assistance médicale à la procréation sont encadrées juridiquement. Les règles à suivre sont sanctionnées. La gestation pour le compte d'autrui est interdite.

Le « désir d'enfant » conduit parfois des couples ou des célibataires à contourner ces règles sur le territoire français. Il existe ainsi des cas d'AMP artisanales ou de gestation pour autrui. L'existence de règles plus permissives dans certains pays favorise en outre ce que l'on a pu appeler « tourisme procréatif » pour souligner que le séjour à l'étranger a alors pour but la conception d'un enfant.

C'est entre les lignes qu'il est possible de rendre compte, hors cadre légal, de l'apparition d'une situation de « droit à l'enfant ».

Depuis les premières lois bioéthiques de 1994, le législateur s'est montré vigilant. Même si l'évolution des techniques médicales a ouvert l'accès à de nouveaux modes de procréation et fait miroiter à certains couples qu'ils allaient pouvoir enfanter avec l'aide de la science, un cadre strict a été posé pour endiguer les demandes de pure convenance personnelle ou incompatibles avec le droit commun de la filiation rattachant l'enfant à ses père et mère, dans l'intérêt de l'enfant.

1. L'assistance médicale à la procréation

L'encadrement législatif de l'assistance médicale à la procréation tend à éviter débordements et dérives. Cependant, de nombreuses personnes désireuses de fonder une famille s'affranchissent de ces contraintes. Elles se rendent à l'étranger ou contactent des officines étrangères par internet. Leurs démarches sont alors effectuées en marge des règles et valeurs véhiculées par les lois françaises dites bioéthiques, les grands principes de gratuité et d'anonymat, notamment, étant bafoués.

En raison de la disparité, à l'échelle mondiale, des encadrements législatifs et médicaux, ces pratiques se multiplient en toute impunité et en l'absence de tout contrôle, y compris sanitaire. Certaines se développent parfois clandestinement en France, grâce à des intermédiaires conciliants qui acceptent d'accompagner les demandeurs dans leurs projets et les aident à utiliser le « matériel humain » qu'ils se sont procurés sur internet. Il y aurait ainsi, à côté des centres agréés, des officines qui se développent en parallèle, plus ou moins artisanalement.

Devant les failles du système français, d'autres personnes en mal d'enfant n'hésitent pas non plus à franchir les frontières pour se rendre dans un pays plus permissif que la France. Elles sont en quelque sorte encouragées à le faire par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même qui, plutôt que condamner l'Autriche pour avoir refusé toute fécondation *in vitro* qui ne serait pas pratiquée avec les gamètes du couple, conseille aux ressortissants autrichiens de s'adresser à d'autres pays ayant ouvert l'accès aux gamètes de tiers. Il y a effectivement une certaine incohérence, au regard des restrictions posées par les législations et réglementations dans l'espace européen, et les couples ou individus ne se privent pas de profiter de cette diversité de réponses à leurs attentes. Les destinations varient selon l'offre.

Il ressort de l'enquête menée par des sociologues français depuis 2009 que les parcours procréatifs des français dépendent en grande partie de la technique sollicitée.

Lorsque les personnes sont en quête d'un don de sperme (pour l'essentiel des couples de femmes et des femmes célibataires), elles se tournent vers l'Espagne ou la Belgique selon des critères linguistiques et financiers ou encore d'accessibilité.

Les femmes qui choisissent le Danemark, la Finlande ou les Pays-Bas le font essentiellement pour bénéficier d'un don de sperme qui ne soit pas anonyme.

Lorsqu'il s'agit d'obtenir un don d'ovocyte, c'est-à-dire généralement de permettre à une femme trop âgée de devenir mère ou souhaitant accélérer le processus face à des délais très longs en France, les couples se tournent habituellement vers la Grèce et l'Espagne. Une tendance de tourisme vers la République Tchèque et la Croatie se dessine toutefois car le don y serait plus rapide et moins onéreux.

2. La gestation pour le compte d'autrui

Dans le cadre des lois de bioéthiques du 29 juillet 1994, la gestation pour le compte d'autrui a fait l'objet d'une stricte prohibition. A ce jour, les conventions de mère porteuse demeurent

interdites sur le territoire français. Les pratiques analysées recouvrent donc surtout des cas de gestation pour le compte d'autrui initiés à l'étranger. S'agissant des circuits de gestation pour autrui, les Etats-Unis viennent en tête en raison de la sécurité qu'offrent des agences spécialisées prenant en charge les démarches médicales, administratives et judiciaires. Beaucoup se rendent également en Inde (pays *low cost* de la GPA), en Russie ou en Ukraine. Quelques hypothèses de gestation pour le compte d'autrui avec implications sur le territoire français, en violation de la loi française, ont été recensées. Il arrive même que le parquet soit saisi d'une demande de don d'enfant.

La gestation pour le compte d'autrui recouvre des hypothèses très diverses. Il n'existe pas de statistiques fiables sur le nombre ou sur les circonstances des naissances en lien avec le « tourisme procréatif ».

Deux raisons l'expliquent.

La première est liée au secret qui entoure ces naissances particulières. Malgré des revendications de plus en plus fortes, la gestation pour le compte d'autrui fait l'objet d'une forte réprobation sociale, en France où les conventions de mère porteuse sont interdites, comme à l'étranger, y compris dans les pays qui l'autorisent.

La seconde porte sur les difficultés, pour les autorités judiciaires et consulaires, à être informées et à prouver le recours à cette pratique. Si des indices sérieux peuvent exister (l'âge des parents, le lieu de la naissance, la naissance d'un premier enfant, etc.), ils ne sont pas toujours suffisants pour éveiller les soupçons. Par ailleurs, la transcription de l'acte de naissance n'étant pas obligatoire, il se peut que certains parents se soient contentés d'une demande de laissez-passer pour rentrer en France, limitant ainsi les risques d'enquête. Ainsi, depuis 2008, une centaine de dossiers seulement a été traitée par le procureur chargé de ce service. Cependant, il semblerait que le chiffre noir du « tourisme procréatif » lié à une convention de mère porteuse soit, en réalité, beaucoup plus important.

En dépit de telles difficultés d'évaluation, il est possible de dresser les contours « du marché de la gestation pour le compte d'autrui » : portrait des commanditaires et destinations privilégiées ; portrait de la mère porteuse ; diversité des techniques de procréation ; intermédiaires ; contrats.

Dans le présent rapport, les clauses sont détaillées. On notera toutefois qu'il n'a pas été facile d'en obtenir et qu'il a fallu les traduire.

L'analyse des clauses de conventions de mère porteuse démontre de façon certaine qu'il existe un marché de la procréation : organisé, encadré par un *staff* bien étoffé, y compris des médecins, psychologues, etc.

Dans plusieurs pays, les pratiques sont dites éthiques, par opposition aux pratiques observées en Inde, par exemple. Toutefois, la notion d'éthique est alors utilitariste. En effet, au regard de l'éthique humaniste française, ces pratiques posent problème en ce que l'enfant et la femme font alors l'objet d'un droit patrimonial. Certes, les clauses du contrat sont rédigées par des juristes et la pratique est encadrée par des médecins. Cela justifie l'adjonction de l'adjectif « éthique » en Belgique, par exemple.

Toutefois, les clauses des contrats analysés, les traitements médicaux imposés aux femmes, le flou juridique autour du statut de l'enfant et donc les trafics d'enfants facilités dans un tel contexte, etc., invitent à la prudence.

3. Le transsexualisme

Dans le cas du transsexualisme s'y ajoutent d'importantes contradictions et incohérences. Le sujet est difficile à apprécier d'un point de vue scientifique pour plusieurs raisons.

En premier lieu, en l'absence de statistiques fiables et d'études sur le devenir des personnes transsexuelles.

En second lieu, du fait que le transsexualisme ne rime pas nécessairement avec stérilité, ce que beaucoup ignorent, et qu'il n'y a pas vraiment de changement de sexe au final (Docteur Chiland), ce qui conduit à considérer que, hormis le cas d'intersexuation qui est spécifique, la question devrait être traitée médicalement sur le terrain psychologique (Docteur Lévy-Soussan).

En troisième lieu, du fait que le régime juridique applicable est flou. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle a très récemment modifié l'état du droit en introduisant des dispositions à la fois spécifiques et nouvelles en matière de traitement des demandes de changement de sexe à l'état civil. Or, la portée même de cette loi n'est pas clairement dégagée ; les procureurs interrogés dans le cadre de la recherche s'en inquiètent. Cette loi rend, en outre, plus complexe la définition même du transsexualisme en se fondant sur le choix et la perception subjectifs d'un changement d'apparence et de comportement social. Les conséquences juridiques du changement de sexe à l'état civil s'en trouvent corrélativement décuplées, spécialement sur le terrain de la filiation de l'enfant.

Chapitre III. Le panorama des législations et jurisprudences dans le Monde

Sous l'angle du droit comparé, des tableaux ont été élaborés à partir de questionnaires envoyés à nos correspondants à l'étranger (v. rapport intermédiaire et annexes), d'enquêtes, d'analyse de documents d'ores et déjà établis en la matière et de recherches sur les bases de données des centres associés à l'étude.

1. Prolégomènes

Dans le cadre de la collecte de données menée de janvier 2015 à janvier 2017, il aura été intéressant de combiner les informations de droit comparé avec les retours de prises de contact avec nos correspondants (avocats, universitaires) ou avec des centres de recherche étrangers, puis de les croiser avec les analyses des différentes législations et décisions judiciaires.

Les législations dans le Monde ne consacrent pas des solutions uniformes. Il ne serait d'ailleurs guère envisageable de ne pas laisser, en la matière, les souverainetés nationales s'exercer.

Le Premier ministre français avait dévoilé en octobre 2014 l'intention de la France de « *promouvoir une initiative internationale, susceptible d'aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la gestation pour autrui n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent* ». La Conférence de la Haye y travaille. Toutefois, une harmonisation internationale du droit en la matière n'est pas à l'ordre du jour. En revanche, certains pays ont pris l'initiative de préciser les limites du domaine d'application de leur propre législation en matière de gestation pour le compte d'autrui, l'Inde par exemple.

Une réflexion devait également être enclenchée à l'échelle internationale sur l'assistance médicale à la procréation et l'adoption dite « sociale » en ce qu'elles créent des situations de « droit à l'enfant » à partir d'une filiation décrite comme « sociale » mais juridiquement en conflit avec d'autres filiations au regard de nos règles de droit.

L'élément de droit comparé est conçu dans la présente étude comme un instrument de comparaison permettant d'aiguiser la réflexion, et non le modèle de lois futures. Calquer sa conduite sur celle des autres reviendrait à ne consacrer légalement qu'un tout petit dénominateur commun, ce qui réduirait en la matière la protection de l'enfant à une peau de chagrin.

Enfin, la synthèse de droit comparé présentée dans la recherche n'est pas exhaustive. Les correspondants contactés en Jordanie, à Dubaï et, d'une façon plus générale, au Moyen Orient, n'ont pas souhaité poursuivre la collaboration initiée en France sur le sujet tel que formulé par la Mission Droit et Justice du ministère de la Justice. Nous avons pu ainsi constater des tensions sur ces sujets dans le Monde.

Par ailleurs, l'analyse de droit comparé n'a pas non plus pu être élargie à l'Asie, faute de correspondants sur place.

2. La synthèse de droit comparé

La synthèse concerne quelques pays avec lesquels nous avons des correspondants. Elle est toutefois approfondie et fiable, concentrée sur trois aspects fondamentaux qui permettent de cerner les contours du « droit à l'enfant » dans les différents systèmes juridiques étudiés : la procréation médicalement assistée, les maternités de substitution et l'adoption.

Les droits suivants ont été approfondis : allemand, espagnol, belge, suisse, brésilien, droit du Royaume-Uni, portugais, luxembourgeois, russe, grec, guinéen.

L'approfondissement et la compréhension du dispositif étranger ont été privilégiés. Des études de droit comparé trop superficielles peuvent conduire à des erreurs dans l'idée qu'un juriste français peut se faire d'un droit étranger, même voisin. Prenons ici deux exemples (et renvoyons pour le reste à la synthèse de droit comparé du rapport lui-même).

En **droit espagnol**, la loi n°14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée interdit la gestation pour autrui et la filiation d'enfants nés grâce à cette technique reste déterminée par la seule naissance.

Par une résolution du 6 février 2014, le Tribunal Suprême a refusé l'inscription de toute filiation à l'égard de la mère d'intention sur les registres espagnols d'état civil, sur le fondement de la fraude à la loi espagnole. Toutefois, il exhorte le Parquet à prendre les mesures appropriées pour déterminer la filiation paternelle de l'enfant, en vertu des règles générales, à l'égard du père biologique, mari ou concubin de la mère d'intention.

Le cas du **droit luxembourgeois** est, quant à lui, spécifique.

D'un côté, en comparaison avec les droits nationaux des États objets de la présente étude, le droit luxembourgeois peut apparaître parfois lacunaire. En effet, d'une part, la législation luxembourgeoise ne prévoit pas, actuellement, de dispositions concernant la procréation médicalement assistée, à l'exception de la seule évocation de l'insémination artificielle dans le cadre du désaveu de paternité. Cependant, même en l'absence de dispositions légales ou réglementaires concernant la procréation médicalement assistée, celle-ci se pratique au Luxembourg. Aussi, un projet de loi et une proposition de loi visant à réglementer les pratiques de la procréation médicalement assistée sont en cours de travaux parlementaires.

D'autre part, la législation luxembourgeoise ne comprend pas, actuellement, de dispositions concernant la gestation pour le compte d'autrui. Pour l'avenir, un projet de loi en cours de travaux parlementaires prévoit d'interdire expressément, dans la loi luxembourgeoise, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui.

De même, la législation luxembourgeoise ne comporte pas, présentement, de dispositions concernant le transfert d'embryon *post mortem*, ainsi que le don de sperme et/ou d'ovule. Cependant, dans cette dernière hypothèse, malgré le vide législatif existant, des établissements hospitaliers luxembourgeois pratiquent l'assistance médicale à la procréation avec don de gamètes.

D'un autre côté, comparativement aux droits nationaux des États objets de la présente étude, le droit luxembourgeois semble parfois faire preuve d'un grand libéralisme et d'une grande ouverture. C'est notamment le cas en matière de mariage et d'adoption, désormais possibles pour les couples de personnes de même sexe. En effet, avec le vote de la loi du 4 juillet 2014, entrée en vigueur au début de l'année 2015, le mariage a été ouvert au Luxembourg aux couples de personnes de même sexe.

Ainsi, des solutions très différentes existent sur notre sujet dans les droits nationaux concernés. De tels clivages sont essentiels à comprendre puisqu'ils entraînent des problèmes importants de coexistence au niveau international. Il est en effet tentant pour un couple ou une personne seule, dont la loi de l'État du domicile est restrictive, de chercher à bénéficier de règles étrangères plus favorables.

L'insertion de telles normes dans un environnement moins favorable pose des difficultés de coordination évidentes.

PARTIE II. LE « DROIT À L'ENFANT » ET LA FILIATION : QUEL STATUT JURIDIQUE POUR L'ENFANT ?

Des situations de « droit à l'enfant », recensées dans la première partie de l'étude, se développent rapidement, sous l'impulsion de réseaux organisés, à la faveur de législations comportant des contradictions en droit interne et disparates à l'échelle du Monde, soulevant des problématiques de droit international privé et amenant à s'interroger sur le coût de ces pratiques.

Par ailleurs, de nouvelles règles sont adoptées sans que d'autres, plus anciennes, aient été modifiées.

Surtout, des situations de fait apparaissent et induisent, peu à peu, du droit. Cette normativité, qui a sa source dans la société elle-même, prend d'autant plus de force que l'ordre imposé est de moins en moins accepté dans nos sociétés.

L'interaction des législations entre elles (2), aggravée par la rapidité des évolutions, suscite des difficultés juridiques inédites (1).

1. Le « droit à l'enfant » et la filiation

Dessiner les contours du statut juridique de l'enfant devient acrobatique. Or, l'enfant a droit à un statut juridique (filiation, nationalité, nom, etc.).

La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant (CIDE) le proclame, dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3).

En outre, il arrive que, sous un autre angle, les nouvelles pratiques privent l'enfant de ses droits, tels qu'énoncés par la Convention des Nations Unies. Jusqu'à quel point ces pratiques impactent-elles le statut d'un enfant et dans quelles nécessaires limites faudrait-il les contraindre ?

a. Le statut des enfants face aux pratiques d'assistance médicale à la procréation

Que l'assistance médicale à la procréation ait été menée en France ou à l'étranger, en cas de succès, il importe de s'attacher au sort de l'enfant. On regrettera cependant qu'il soit oublié en amont, au stade du projet procréatif, alors qu'il devrait être au centre de toutes les réflexions.

Son statut a été harmonisé par le législateur qui, depuis 1994, considère que sa filiation s'établit indifféremment qu'il soit issu d'une AMP endogène, avec les gamètes du couple demandeur, ou d'une AMP exogène, lorsque des gamètes de tiers ont conduit à la naissance. En effet, d'une part, aucun lien ne peut être établi entre l'enfant et les tiers donneurs et, d'autre part, le droit commun de la filiation s'applique pour créer des liens juridiques entre l'enfant et ses parents d'intention.

En outre, le fait que les enfants soient issus d'une technique utilisée à l'étranger, hors du cadre légal, n'influe pas directement sur leur statut. Ils naissent le plus souvent en France.

Cependant leur situation est fragilisée dans la mesure où les textes offrant aux enfants, issus de tiers donneurs, le même accès à la filiation qu'aux enfants procréés naturellement, ne sont pas applicables (exclusion des articles 311-19 et 311-20 du Code civil).

b. La filiation de l'enfant à l'épreuve de la gestation pour le compte d'autrui

Pendant longtemps, les fonctions de conception, de mise au monde et d'éducation de l'enfant ont été exercées par les mêmes personnes. Aujourd'hui, elles peuvent être diffractées entre plusieurs individus. Quelle filiation instituer face à ces formes de « pluriparenté » ?

La réponse à cette question est techniquement redoutable puisqu'elle suppose de choisir parmi les fondements de la filiation – la biologie, la volonté et l'affection – celui qui est le plus légitime pour construire le lien juridique.

Les récentes décisions rendues par les juridictions administratives et judiciaires ont tenté d'apporter des solutions pour définir la condition juridique de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui pratiquée à l'étranger, en tentant, sur des fondements incertains, de dégager, pour certains éléments de son état, des modalités de réception de sa filiation créée à l'étranger.

Cependant, la réponse ne suffit pas à assurer le maintien dans tous les cas de la relation de l'enfant avec les parents d'intention, ce qui amène à réfléchir sur les moyens d'aménager le droit français de la filiation, tout en ayant conscience des bouleversements qu'il devrait supporter et de l'effet d'entraînement attaché à la consolidation d'une situation illicite.

Les solutions d'espèce dégagées en jurisprudence représentent dans ce contexte une voie raisonnable dès lors que les principes directeurs du droit de la filiation (principes « essentiels » du droit français) ne sont pas corrélativement remis en cause.

c. Le transsexualisme au regard de l'union et de la reproduction : quelle filiation pour l'enfant ?

En autorisant le changement de sexe à l'état civil sur le fondement de l'apparence hors diagnostic médical, la loi du 18 novembre 2016 transforme l'état civil en outil permettant d'affirmer une identité subjective, sans égard pour la filiation et la protection de l'enfant déjà né ou à naître.

Le principe de non-rétroactivité de la modification du sexe pour l'établissement de la filiation des enfants nés avant le changement de sexe se trouve affirmé dans le Code civil par la loi nouvelle du 18 novembre 2016 (ce qui suppose que l'enfant ait une mère ayant l'apparence d'un homme ou l'inverse).

En revanche, pour les enfants nés après le jugement de changement d'état civil, la filiation de l'enfant serait *a priori*, selon certaines opinions et pratiques, établie en fonction de l'état civil modifié. Cette solution a de quoi étonner car il est perturbant d'admettre qu'une même personne puisse être la mère d'un enfant et le père d'un autre.

En outre, la filiation sera fragile car, dans les conflits de filiation et actions en recherche de

paternité ou de maternité, seul compte le sexe procréatif, autrement dit le sexe d'origine.

Les contradictions de textes et les tâtonnements législatifs sont aggravés par des conflits hiérarchiques de normes.

2. Le « droit à l'enfant et les conflits hiérarchiques de normes »

Les difficultés juridiques sont aggravées en la matière par l'existence de conflits hiérarchiques de normes. En dépit de l'existence d'un ordre public international protecteur de la famille et de l'enfant consacré, au moins pour partie, à l'échelle européenne et nationale, les dispositions juridiques favorables à ces nouvelles pratiques progressent, y compris devant les hautes cours : Conseil constitutionnel et Cour de cassation.

a. Les conflits de norme dans la jurisprudence des cours suprêmes en droit interne

L'évolution de la jurisprudence penche actuellement dans le sens du « favorable à » un « droit à l'enfant », à la suite du vote de la loi précitée du 17 mai 2013. Une analyse des décisions rendues par la Cour de cassation en rend compte.

Le Conseil Constitutionnel a, toutefois, proclamé au contraire, « *que les dispositions contestées (loi 17 mai 2013) n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un droit à l'enfant* ». La même décision a très clairement invité les juridictions compétentes à sanctionner les violations de nos textes d'ordre public et éventuels détournements de la loi, mais son appel n'a pas été entendu par la Cour de cassation, ni même par le Conseil d'Etat.

La Cour de cassation ne consacre pas pour autant un « droit à l'enfant ». Contrairement au Conseil constitutionnel, la cour suprême ne s'est pas prononcée directement sur cette question. En revanche, les fondements juridiques du raisonnement ayant permis à la jurisprudence de laisser progresser des revendications de « droit à l'enfant » transparaissent à l'analyse de ses arrêts.

Un tableau chronologique permet, dans le rapport, de retracer l'évolution des motivations de la Cour de cassation en ce domaine. Au terme de ce travail d'analyse, le développement d'un « droit à l'enfant » semble contingent aux lois qui, peu à peu, ont conduit à faire évoluer la position de la Cour de cassation.

Les problèmes que soulève la détermination du statut de l'enfant sont d'abord liés au fait que les questions juridiques se posent après coup, c'est-à-dire une fois que la situation de « droit à l'enfant » est constituée. L'ordre public familial international, protecteur de la famille et de l'enfant, devrait en conséquence chercher à développer son efficacité en amont.

b. L'impact des normes internationales

L'Union européenne n'a pas de compétence propre en matière familiale. Depuis le traité de Lisbonne, il est explicite que toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres. Or, le droit de la famille n'est pas visé dans les compétences exclusives ou partagées prévues aux articles 3 et suivants du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Malgré cela, un ordre public familial européen s'est constitué.

Sous l'angle des fondements, l'existence même d'un ordre public familial commun aux Nations européennes renvoie à une sorte de tradition commune, chez John Rawls à ces « intuitions premières » et aux « opinions communes » implicitement partagées, que l'on peut relier au mécanisme du contrat social en philosophie et, juridiquement, au principe de dignité.

L'*ordre public familial européen*, constitué des grands textes et de règles émanant des instances européennes, le plus souvent à portée transfrontière en raison des règles de compétence d'attribution étudiées, est conforté par les traités signés à l'échelle internationale, spécialement la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les conventions de la Haye et les conventions CIEC.

Ces grands principes protecteurs de l'enfant ont une portée supranationale et devraient prévaloir devant nos juridictions.

Différentes résolutions, avis ou décisions rendus par des organes européens, par dépassement de mandat et au mépris des principes directeurs, nourrissent toutefois un mouvement inverse faisant prévaloir les revendications individuelles sur le fondement de la non-discrimination.

Se profile peu à peu une contradiction, entre l'ordre public protecteur de l'enfant, d'abord axé sur la lutte contre les trafics d'enfants, et celles des règles européennes qui favorisent les revendications de « droit à l'enfant ».

La jurisprudence européenne s'émancipe elle aussi trop souvent des principes protecteurs de l'enfant. Or, la loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a considérablement accru la portée de ses décisions en droit interne dans le domaine de l'état des personnes. La Cour européenne pourrait toutefois ne plus raisonner exclusivement au vu des droits du couple, mais aussi en tenant compte des droits de l'enfant. Ses décisions récentes, reposant sur l'intérêt supérieur de l'enfant tel que proclamé par la Convention internationale des droits de l'enfant, permettent de l'espérer. Ses positions jurisprudentielles évolueraient dès lors nécessairement sur la question d'un « droit à l'enfant », ce qu'illustre une décision récente, du 24 janvier 2017, rendue par la grande chambre de la Cour dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, posant en conclusion (§215) : « la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent ». Sous les réserves qu'appelle cette récente évolution, il y a lieu de regretter une contradiction entre la finalité de l'ordre public familial européen, qui est en particulier de lutter contre les trafics d'enfants, et le rôle dont se sent investie la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle fait émerger en ce domaine de nouveaux droits individuels les favorisant.

Au fil du rapport, il est apparu qu'une impasse se dessine de plus en plus nettement : l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard d'une situation de fait déjà constituée fausse non seulement son efficacité mais aussi l'analyse du contenu de la notion (appréciation abstraite / appréciation concrète). Toutefois, la meilleure articulation possible peut être recherchée, en interne et à l'international, entre le jeu des règles de droit dont la mission est

d'endiguer la constitution, en amont, de « situations de droit à l'enfant » contraires aux principes internationaux protecteurs de l'enfant, et celui des règles permettant d'offrir à l'enfant placé dans de telles situations, en aval, un statut juridique par application, également, des principes internationaux.

Cette recherche d'articulation ne doit pas occulter l'importance de la proclamation, à l'international et en interne, de règles protectrices de l'enfant.

La Convention de la Haye relative à l'adoption (1993) en représente un bon exemple : il n'est pas question en l'occurrence de fixer des critères en partant des faits mais de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption, donc dans la constitution des situations de filiation adoptive. En outre, les Etats n'ont le droit que d'ajouter aux conditions protectrices de l'enfant, pas d'y retrancher. Il s'agit là d'un exemple, sachant que l'autorité d'une telle convention n'a pas suffi à empêcher la promulgation de la loi du 17 mai 2013, ni celle de ses décrets d'application, le Conseil d'Etat ayant d'ailleurs décidé à cette occasion que les conventions CIEC relatives à l'état civil n'ont pas d'effet direct sur le territoire français.

<p style="text-align: center;">PARTIE III. LES CONSÉQUENCES DES ÉVOLUTIONS ANALYSÉES : QUEL IMPACT SUR L'ÊTRE HUMAIN, L'ENFANT, LES FAMILLES ET LA SOCIÉTÉ ?</p>

A l'heure actuelle et en l'absence de principes juridiques incontestés en la matière, sauf ceux de la CIDE – repris en partie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne –, mais avec cependant des difficultés pour en rendre l'application effective dans les différents Etats signataires, les législateurs sont libres de favoriser et d'instituer les pratiques d'assistance médicale à la procréation, dans les limites fixées par les constitutions ou, à l'inverse, de les freiner et même de les interdire. Corrélativement, les responsabilités à venir pourraient aussi être celles des Etats. Pour l'instant, seule la Cour européenne des droits de l'homme a infligé des sanctions, mais dans le sens du libéralisme parce que la situation était d'ores et déjà constituée et portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Etudier les retombées et les enjeux de telles situations est de nature à aider à la prise de décision en la matière, que celle-ci soit législative ou jurisprudentielle.

Situer tout d'abord le débat sur le terrain sociologique permet de révéler à quel point l'aspect compassionnel, émotionnel ou passionnel aveugle.

En passant de la sociologie de la famille à la sociologie politique, on s'aperçoit que les débats ou engagements à propos des liens de filiation sont parmi les plus clivants qui soient. Même chez les scientifiques qui devraient rester neutres, la passion ou l'intérêt l'emportent. En particulier, la sociologie sert souvent ici de « sport de combat ».

Une chose est sûre : derrière tout cela, des lobbys influents poussent leurs avantages. Peut-être est-ce pour cela que trois sujets restent tabous : l'avenir des enfants, les repères généalogiques et les enjeux financiers du marché de la filiation.

Dans ce contexte, il est absolument indispensable d'évaluer les conséquences de ces pratiques sur l'enfant, l'humain, la famille et la société.

1. Les retombées

Les pratiques de « droit à l'enfant » et les évolutions juridiques corrélatives ont un impact peu étudié. De grands chercheurs s'en inquiètent toutefois, par exemple le Professeur Jacques Testart. Indéniablement, le recours à la logique techno-industrielle dans le domaine de la procréation humaine a des conséquences d'ordre anthropologique, psychique et éthique. Le droit de la filiation s'en trouve nécessairement ébranlé, spécialement dans ses fondements.

a. Les retombées au regard des liens entre la filiation juridique et la construction psychique de l'enfant

Presque tous les auteurs s'accordent pour reconnaître un enjeu primordial dans la pesée des intérêts en la matière : l'avenir psychologique de l'enfant. Or, la construction filiative d'un enfant se fait à partir de la scène d'engendrement. A défaut, il faut aider l'enfant à réassocier les différents éléments de sa conception. Dans ce processus de réassociation, tout obstacle supplémentaire est un risque (un défi) pour l'enfant.

Il n'est pas facile pour un enfant de se construire dans le cadre d'une AMP venant pallier une stérilité médicalement constatée ; c'est encore plus difficile en présence d'une AMP ou d'une adoption « sociétale » et, pire encore, si vient s'y ajouter une convention de mère porteuse ou un changement de sexe. Tout autant de défis que chaque intervenant, impliqué lors de cette conception, devra élaborer pour « faire comme si » l'enfant venait du couple.

L'interview du Docteur Lévy-Soussan sur les répercussions et enjeux d'ordre psychique sont inquiétants, et c'est un euphémisme, lorsque les combinaisons associées au schéma de base de l'adoption, de l'AMP ou de la GPA, des éléments de nature à entraver la réassociation nécessaire à la construction psychique de l'enfant, en particulier l'absence de différence de sexe. Dans le cas de la GPA s'y ajoute non seulement la difficulté supplémentaire d'un enfant porté et mis au monde par celle qui n'est pas définie dans la convention comme la mère de l'enfant, mais encore l'importance particulière de la loi (donc de l'absence de violation du droit).

b. Les retombées éthiques, médicales, juridiques et sanitaires

De nombreuses retombées de l'AMP restent méconnues. Indépendamment des questions liées à l'accès à l'assistance médicale à la procréation et à l'établissement des liens de filiation, le recours aux techniques reproductives n'est pas anodin. Des conséquences en découlent, qui affectent notamment la santé des membres de la famille et les relations familiales.

S'il est vrai que les médecins vont avoir pour patients les futurs parents et se focaliser sur les suites de l'assistance médicale à la procréation les concernant, il est indispensable de porter aussi un regard sur les conséquences que peuvent avoir pour l'enfant les prouesses médicales, réalisées en France ou à l'étranger, qui ont favorisé sa naissance.

Il est important que les parents qui ont contourné les interdits légaux aient conscience des difficultés auxquelles vont être soumis leurs enfants, mais toute vérité n'est peut-être pas bonne à dire à des familles fragilisées. Il appartient donc au droit qui ouvre l'accès à l'assistance médicale à la procréation, en amont, de prévenir au mieux les dérives et retombées éthiques, médicales et sanitaires pour les parents et pour l'enfant. S'il s'avérait incapable de les endiguer, il faudrait repenser l'encadrement juridique de ces pratiques.

S'agissant de *la gestation pour le compte d'autrui*, il est difficile d'évaluer les retombées des pratiques. Les sociétés qui promeuvent la gestation pour autrui publient sur leurs sites des photographies de mères porteuses rayonnantes et de bébés souriants. Des auteurs, surtout à l'international mais également dans les pays occidentaux, défendent une « GPA éthique » en utilisant des expressions du type « la filiation et l'Odyssée », « faire de l'éthique », défendre une « filiation métissée », tout en critiquant l'acharnement procréatif.

De fortes manipulations et même reprogrammations cognitives des femmes, dont la réussite est évoquée par certains chercheurs occidentaux comme preuve de l'efficacité des agences de GPA, doivent cependant être menées inlassablement par les médecins et agences de placement afin que les mères porteuses ne s'attachent pas à l'enfant. La réalisation de cet objectif s'effectue le plus souvent dans un cadre semi-carcéral (Inde) ou de contrôle total sur les femmes et leur comportement (USA), ou parfois dans un cadre intra-familial mais avec, alors, des risques de dérives graves comme l'illustre l'affaire africaine relatée dans le rapport.

Sous l'angle juridique, il est apparu que les conventions de mère porteuse recouvrent une « commande d'enfant » ainsi qu'une marchandisation du corps de la femme et de l'enfant.

Enfin, les enjeux sociaux corrélatifs, y compris de l'AMP « sociétale » en général, ne doivent pas être négligés.

2. Les enjeux sociétaux

Les retombées des pratiques de « droit à l'enfant » impactent aussi la structure, l'organisation et le fonctionnement de la société, spécialement lorsque le droit les consacre, ou les favorise.

Le *rôle des institutions* se trouve ébranlé dans le domaine du droit des personnes et de la famille. Il est inutile, difficile et dangereux, ce que la loi du 17 mai 2013 réalise pour le droit français, de dissocier filiation réelle et filiation volontaire. En effet, les deux sont liées : dans la très grande majorité des cas, elles se confondent et, dans les cas d'adoption ou d'AMP avec tiers donneur, un mécanisme juridique d'assimilation (C. civ., art. 358 et art. 311-20) maintient l'association des deux. Notre droit positif les combine non sans raisons ; les dissocier fragilise, par rupture de causalité, l'enfant et les institutions dont le rôle est d'abord de servir la protection de ce dernier : filiation, parenté, généalogie.

Ces nouvelles pratiques impactent aussi *l'exercice de la médecine*. Au-delà du constat selon lequel la fabrication des enfants entre dans l'ère industrielle et offre une perception de plus en plus technique d'un fait naturel, le patient n'est plus souverain. Les pressions exercées sur les mères gestatrices questionnent au demeurant l'intégrité du consentement contractuel, mis en avant par les commanditaires et la littérature qui entretient leur déni. Le mythe de l'autonomie

de la volonté contractuelle touche ici ses limites face à l'exploitation des pays pauvres et des corps de femmes et face à la domination occidentale. En outre, le « médical technico-logique » peut mettre la vie des patients en danger (décès de la mère porteuse ou de la donneuse d'ovocyte ; risques pour la santé, notamment liés à l'immersion dans les hormones, etc.). Enfin, l'un des « écueils éthiques les plus frappants » de telles pratiques tient au fait que, dans la GPA, ce sont en réalité les couples commanditaires qui contractent avec une « structure de soin-agence de placement », laquelle va alors administrer des « soins » à une tierce personne, la mère gestante.

Dans les cas de « tourisme procréatif », *la souveraineté nationale en matière de coercition* est en jeu. Dans le cadre de la gestation pour le compte d'autrui, la naissance d'un ou de plusieurs enfant(s) constitue l'aboutissement d'une stratégie mise en œuvre par le ou le(s) commanditaire(s) pour mettre en échec l'interdit français de la disponibilité du corps humain. Le droit français se trouve alors expressément confronté à une situation qu'il a formellement prohibée mais qu'il lui faut pourtant régler. Dans le cas d'une APM « sociétale », le phénomène est comparable.

Sous l'angle de la souveraineté nationale en matière de coercition, les solutions préconisées dans le présent rapport doivent combiner deux finalités distinctes : le respect de l'intérêt de l'enfant (auquel revient d'avoir un statut juridique) et la limitation des effets du tourisme procréatif sur le territoire français.

Conclusion :

Les principes directeurs du droit de la famille doivent conduire, dans le processus normatif, à mettre en avant l'intérêt supérieur de l'enfant, en amont des situations de « droit à l'enfant ». A terme, cela devrait permettre d'en limiter le nombre.

En droit interne, nos principes essentiels du droit français (principe d'indisponibilité de l'état des personnes et de la filiation) ont montré leurs limites ; le principe de dignité, à valeur constitutionnelle, pourrait être sollicité, mais il ne l'a pas été pour l'instant.

Les solutions sont donc à rechercher non seulement dans la cohérence de nos lois internes, dans le respect des principes directeurs de droit positif, dans la constitutionnalisation, peut-être, de ces principes qualifiés d'essentiels parce qu'ils représentent l'armature de notre droit de la filiation, mais aussi à l'international.

A l'international, il existe d'ores et déjà un ordre public familial constitué des grandes Déclarations de droits et libertés fondamentales ainsi que des règles émanant des instances européennes, le plus souvent à portée transfrontière. Il invite clairement à envisager l'intérêt supérieur de l'enfant en amont des situations constituées. Une fois le fait accompli, il ne peut être question que de faire au mieux, dans l'intérêt de l'enfant. La Cour européenne des droits de l'homme a très récemment souligné l'importance qu'il y a à éviter, dans la résolution des affaires, le risque que le simple écoulement du temps n'amène à une résolution de l'affaire. La décision rendue par la grande chambre le 24 janvier 2017 dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie* représente en cela un important pas en avant.

Pour prendre encore mieux en compte la personne de l'enfant et son intérêt supérieur, en amont des situations de « droit à l'enfant », de nombreuses pistes sont envisageables à l'échelle internationale : des traités bien ciblés comme le fut la Convention de la Haye, sur l'adoption, dont le but était précisément d'éviter les trafics d'enfants ; des protocoles, précisant par exemple

que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant s'applique aussi devant la Cour européenne ; des dispositions de l'ordre juridique internes limitant la portée de telles pratiques lorsqu'elles sont autorisées ailleurs, etc.