



LA DÉSEXUATION DES LIENS DE FILIATION

THE GENDER-UNSUITABILITY OF PARENTAGE

Par Damien AFTASSI*

RÉSUMÉ

En dépit de l'admission juridique de l'engendrement, incluant la voie participative et partenariale que peuvent impliquer les méthodes reproductives, le lien de parenté n'y est reconnu que pour entretenir un modèle familial encadré, où l'expression de genre s'en retrouve limitée. Il convient alors de réfléchir à la possibilité pour toutes les personnes d'acquérir la pleine capacité à engendrer, sans distinction aucune.

MOTS-CLÉS

Assistances reproductives, Familles polymorphiques, Donneurs, Filiation intentionnelle.

ABSTRACT

Despite the legal recognition of a human parenthood through participatory and partnership-based approaches that may be implied by reproductive assistances, the kinship is recognized only in order to maintain a traditional family structure, where the expression of gender remains limited. It would be advisable then to consider ways, for all people, regardless of their gender, of acquiring the full capacity to procreate, without any distinction.

KEYWORDS

Reproductive assistances, Polymorphic families, Donors, Intentional filiation.

Si comme l'a affirmé Mme. Lochak, « la procréation n'est plus le décalque de la reproduction biologique »(1), les règles de filiation n'en obéissent pas moins à un modèle familial selon lequel les auteurs biologiques de l'enfant sont présumés être les parents juridiques(2). Pourtant, avec l'émergence des familles polymorphiques ne faudrait-il pas admettre que la filiation biologique issue de l'altérité sexuée n'est définitivement plus le sésame de cette symbolique de parenté ? Comme le rapporte M. Alain Giami dans son enquête sur la procréation et la parentalité des personnes transidentitaires, « les revendications des personnes trans en matière de procréation et de parenté interpellent les fondements de l'ordre établi fondé sur la différence ou la valeur différentielle des sexes »(3). Le mariage n'est plus le décalque du socle fondateur de la famille, dès lors qu'aucun modèle de filiation ne peut être déterminé par l'existence de liens conjugaux. D'aucuns pourraient ainsi considérer que le droit de la filiation ne repose aujourd'hui que sur la volonté, c'est-à-dire la souscription à un projet parental d'une part, et au fait de consentir à l'engendrement d'autre part, qu'importe les moyens, le droit à l'enfant faisant résonance commune. Ce serait pourtant occulter l'importance de la primauté accordée au lien biologique. C'est ainsi que dans le cas d'une filiation établie par possession d'état, l'apparence familiale, n'a force que de présomption, préalablement à une consolidation(4). La réalité d'une filiation présumée ne peut alors exister lorsque la durée des liens n'est pas

(1) LOCHAK. D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1988, p. 778.

(2) FENOUILLET. D., « La portée de la réforme sur le droit des couples », in LEQUETTE. Y., MAZEAUD. D., *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris, éd. Panthéon Assas, 2014, pp. 129-163, p. 134 et p. 151.

(3) GIAMI. A., « Procréation et parentalité dans la population trans. Genre, parcours biographique, parcours de transition » in *La parenté transgenre*, op. cit., p. 93.

(4) V. Articles 333 à 335 du Code civil.

* ATER, Université Paris VIII - damien.aftassi@orange.fr





corroborée par la volonté des intéressés de s'être comportés comme parent(s) et enfant(s). Dans le cas contraire, le lien biologique reprend ses droits, pas tant au regard d'un « biologisme » dominant, que du droit reconnu à l'enfant de connaître ses origines. Aujourd'hui, toute la logique de la filiation n'est déterminée que par la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence, sans méconnaître l'existence de ce lien irréductible. Faudrait-il pourtant admettre que la solution ne réside pas dans l'effacement de cette réalité biologique, mais dans sa négation. Chercher à la dissimuler ne fait que réduire le champs familial, et suscite des frustrations pour l'enfant, en quête d'une identité perdue.

C'est la raison pour laquelle, par une vision détachée du modèle procréatif fondé sur l'altérité des genres, certains auteurs comme Mme. Théry, ont orienté leurs travaux sur l'engendrement, qui « n'est pas réductible à un ensemble d'actes biologiques, mais qui inclut une dimension signifiante témoignant du fait qu'il est toujours inscrit dans un contexte : celui d'un monde humain »(5). L'acte provenant du corps pouvant être perçu comme un don de soi ou une réception de « son soi » implique de retenir d'autres éléments susceptibles de ne pas limiter sa qualification à l'apport ou la réception de « matériau », faut-il comprendre son sperme, ses ovocytes, son ventre. Mme. Théry réfute cette recherche de réalité filiative fondée sur le séparatisme entre biologique et social « *comme deux voies rivales* » pour définir le « *vrai parent* »(6). Le bien-fondé d'une réflexion sur une pratique est avant tout de savoir si elle est bonne ou mauvaise. Pour ce faire, une voie d'étude basée sur la défense de l'intérêt familial global et non celle d'intérêts isolés permet d'échapper à l'écueil de positions idéologiques pouvant avoir davantage à trait à la morale, qu'à l'éthique ou au positivisme juridique. A cet égard, comme l'explique Mme. Théry, au lieu « de séparer artificiellement le don d'un côté, la procréation médicalement assistée de l'autre, et enfin l'inscription de l'enfant dans la filiation, comme s'il s'agissait de scènes indépendantes, closes sur elles-mêmes, et ne faisant que s'ajouter les unes aux autres, on apercevra l'engendrement comme une unique action complexe à plusieurs partenaires [...] Ainsi, l'engendrement a beau être intentionnel, il a une dimension physique évidente qui engage non pas seulement le « corps » de ceux qui procréent (comme si leur « moi » était détachable de leurs corps), mais bien ces personnes elles-mêmes »(7).

(5) THERY. I., *Des humains comme les autres*, Paris, Editions de l'EHESS, Coll. « Cas de figure », 2010, p. 104.

(6) THERY. I., *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 106.

(7) THERY. I., *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 106.

Autrement dit, dans une vision mausséenne, chacun a un rôle vis-à-vis de l'enfant, autour d'un « tout concret signifiant »(8).

Une réflexion renouvelée sur l'engendrement nous incite à dépasser toutes les limites consistant à opposer les « vrais parents » aux « faux parents », incluant les donneurs, géniteurs et autres gestatrices irresponsables. En ce sens, la catégorisation parentale permet de mettre en évidence les inégalités de genre dans l'accès aux méthodes reproductives (I). La reconnaissance d'une filiation volontaire peut être alors permissive d'une multitude de liens entre l'enfant et tous les responsables de sa naissance, de sorte que le droit fasse doublon avec la réalité des différents protagonistes (II).

I. UNE RUPTURE D'ÉGALITÉ DES GENRES DANS L'ACCÈS AUX MÉTHODES REPRODUCTIVES

La vision inclusive de la participation humaine à un projet parental doit se confronter à un droit français, qui attache une primauté au genre « charnel ». L'appréciation de la maternité est au cœur des débats, car ce lien très particulier qui se noue entre la mère et l'enfant détermine la logique juridique de la filiation : *Mater semper certa est*. Mais l'idée reçue selon laquelle l'essor des techniques de fécondation in vitro puis la généralisation de la PMA auraient mis fin à l'attachement de ce principe, est chose vaine : « l'unité de la paternité et la maternité est une illusion », affirme M. Marc Pichard(9), de sorte que le recours à l'insémination artificielle avec tiers donneur inflige davantage de contraintes aux familles monoparentales ou comprenant deux femmes (A). Et pour cause, la problématique de la licéité de la GPA, soulève à elle seule la critique d'une parenté fondée sur la seule intentionnalité (B). En ce sens, la procréation et la gestation continuent d'être perçues selon les attributions genrées d'où proviennent les gamètes. Un autre traitement juridique des donneurs pourrait cependant aboutir à une représentation parentale assexuée afin de donner, dans une certaine mesure, une autre vision de la figure de parent (C).

(8) Mme. Théry précise : « *Sans l'acte intentionnel du don il n'y aurait pas eu de grossesse : le processus complet d'engendrement inclut donc cet acte et la personne de celui qui l'a fait* ». (THERY. I., « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment « éthique » ? » in *Esprit* 5/2009 (Mai), pp. 133-164, n° 47).

(9) PICHARD. M., DIONISI-PEYRUSSE. A., « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du Titre VII du livre premier du code civil) », B. la primauté reconnue à la maternité, in HENNETTE-VAUCHEZ. S., PICHARD. M., ROMAN. D., (dir.), *La loi & le genre. Études critiques de droit français*, Paris, éd. CNRS, 2014, (version numérique), p. 14.



A. L'ouverture de l'accès à l'insémination artificielle avec tiers donneur pour les couples de femmes

Autant sensible à la critique doctrinale qu'aux récentes positions de la Cour Européenne des droits de l'homme⁽¹⁰⁾, la Cour de Cassation, invitée à se prononcer sur les effets de la loi « Taubira », a reconnu en toute logique, par un avis rendu le 22 septembre 2014, que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »⁽¹¹⁾. Dans un communiqué, sans le motiver plus avant, la Haute Cour précise qu'elle tire « les conséquences de la loi du 17 mai 2013 qui permet l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe sans aucune restriction sur le mode de conception »⁽¹²⁾. L'adoption plénière d'un enfant par la conjointe d'une femme ayant mis au monde son enfant par IAD à l'étranger a donc été suivi comme un dogme par les juridictions⁽¹³⁾. Conformément au souhait du Président Macron, la situation devrait évoluer en faveur d'une ouverture entière à la PMA à toutes les femmes en capacité de procréer⁽¹⁴⁾. Et pour cause, en dépit de quelques réticences doctrinales dénonçant une méconnaissance du bien être de l'enfant, le droit de l'enfant à avoir un parent adoptant ne repose plus sur la « vraisemblance » d'une filiation biologique. Pour Mme. Leroyer, la position de la Cour de Cassation est justifiée car admettre « une distinction entre l'adoption et l'assistance médicale à la procréation [...] conduit, en effet, à considérer que ce qui est possible en matière d'adoption, avoir deux mères, ne peut pas l'être en matière de procréation

assistée, introduisant ainsi une intolérable hiérarchie des filiations ». Partant même de l'idée selon laquelle le lien biologique ne serait plus le substrat de la filiation, il faut alors admettre que la PMA n'a d'autre but que de servir « la thérapeutique du couple »⁽¹⁵⁾, que la cause soit d'ordre médicale pour un couple hétérosexué, ou physiologique pour un couple de femmes.

De surcroît, une consécration légale de l'ouverture à la PMA pour les couples de femme sonnerait le glas d'un droit potestatif des mères biologiques sur leur compagne⁽¹⁶⁾. Une étude de droit comparé montre que des solutions ont déjà été apportées dans d'autres États⁽¹⁷⁾. En l'occurrence, nul doute que la tolérance à la monoparentalité et à l'homoparentalité est aujourd'hui indifférente à l'accès à la PMA en l'état du droit en vigueur. Mais les craintes sans cesse répétées sur les conséquences de la GPA ont retardé le législateur dans cette quête de normalisation, le gouvernement précédent ayant pris la fâcheuse habitude, pour éviter de choquer une branche de l'opinion publique, de régler les assistances procréatives par le jeu des circulaires⁽¹⁸⁾.

B. Les incertitudes juridiques liées aux effets de la Gestation pour autrui

Après l'arrêt du 31 mai 1991, la Cour de Cassation n'avait admis aucune dérogation à l'interdiction d'ordre public

(10) V. CEDH, 5^e sect, *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012, requête n° 25951/07.

(11) V. Cass., 22 septembre 2014, Avis n° 15011 du 22 septembre 2014 (demande n° 1470006).

(12) Communiqué relatif aux Avis n° 15010 et 15011 du 22 septembre 2014 (Demandes n° 1470006 et 1470007); Obs. COUSTET. T., « PMA : l'avis attendu de la Cour de cassation », *Dalloz Actualité*, 3 juillet 2014 ; BERDEAUX-GACOGNE. F., « Adoption d'un enfant né par PMA : irrecevabilité de la saisine pour avis de la Cour de cassation ? », *AJ Famille* 2014, p. 431.

(13) V. CA Aix-en-Provence 14 avril 2015 ch.6C, n° 2015/401, *JurisData* n° 2015-008086 ; CA Versailles 16 avril 2015, ch1. sec1, n° 14/04253, *JurisData* n° 2015-008400 ; CA d'Agen, 18 janvier 2016 n° 15/00850 ; note BERDEAUX-GACOGNE. F., *AJ fam.* 2016, p. 102.

(14) Des propositions de loi avaient déjà été soumises par le passé, v. Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, Assemblée Nationale, 28 mai 2014, n° 1979 ; Pour le Sénat, v. Proposition de loi relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance à la procréation, n° 517, 7 mai 2014.

(15) v. DEKEUWER-DEFOSSEZ. F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RtdCiv*, 1995, p. 249.

(16) Le Comité consultatif national d'éthique ayant rappelé l'importance du projet parental dans l'homoparentalité (v. avis du CCNE n° 126, sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), 15 juin 2017, p. 28).

(17) En Grande-Bretagne, le *Human fertilisation and Embryology Act* permet à deux partenaires de recourir à la Procréation médicalement assistée, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à des formalités (v. CAP. S., GALICHET. L., MAISONNASSE. F., MOLIERE. A., TETARD. S., « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé » in *Parenté, filiation, origines : le droit à l'engendrement à plusieurs*, op. cit., p. 132). Depuis la loi norvégienne du 27 juin 2008 légalisant le mariage entre deux personnes de même sexe, la situation est analogue avec toutefois la seule possibilité d'un lien de filiation établi automatiquement pour la « co-mère » dans le cas d'un enfant né d'une IAD. Pour la reconnaissance *a posteriori* de la « cohabitante » vivant avec la mère de l'enfant, celle-ci doit avoir donné son consentement à l'IAD dans un service de centre agréé par l'État. Au Québec, l'article 540 du Code civil québécois dispose que lorsqu'une personne non mariée ayant consenti à un projet parental commun avec la mère dans le cadre d'une assistance à la procréation ne déclare pas au registre de l'état civil son lien de filiation, celle-ci « *engage sa responsabilité à l'égard de l'enfant et la mère de ce dernier* ». L'article 524 du Code civil prévoit, qui plus est, un mode d'établissement de cette filiation *a posteriori* par possession d'état pour « *la personne qui a formé, avec cette femme, le projet parental commun* » (article 538-1 du Code civil).

(18) Outre la circulaire « Taubira », l'ex-ministre Marisol Touraine a abrogé l'instruction en date du 21 décembre 2012 « qui rappelait aux médecins les sanctions applicables en cas d'entremise pour recourir au don de gamètes rémunéré », sans pour autant que « l'article 511-9 code pénal qui sanctionne les cas d'entremise rémunérée ».



d'un « contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère », conformément aux principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain(19). Au surplus, les dispositions de l'article 16 proscrirent toute convention de gestation pour autrui de nul effet(20). Néanmoins, depuis la circulaire rendue par le Ministère de la Justice le 25 janvier 2013(21) suivie des décisions *Menesson et Labasse c/ France*(22), l'Assemblée plénière, dans ses arrêts du 3 juillet 2015(23) a posé comme condition d'admission à la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA, que celui-ci ne soit ni irrégulier ou falsifié. Les motifs quelque peu laconiques des arrêts du 3 juillet 2015 ont toutefois induit à une libre interprétation de ce que pouvait recouvrir une absence de falsification au sens de l'article 47 du Code civil. Fallait-il considérer que l'acte de naissance ne fasse mention que de la mère gestatrice et en ce cas, authenticité rime-t-elle avec liens charnels et/ou biologiques ? Ou réalité peut-elle faire doublon avec intentionnalité ? Jusqu'aux arrêts de principe rendus par la Cour de Cassation le 5 juillet 2017(24), ce vide juridique avait conduit le Service central de l'état civil de Nantes, ainsi que les juges bretons, à devoir trancher, sur l'interprétation de la réalité juridiquement admissible. Si l'on s'en tient à la position de la Cour européenne des droits de l'homme, il est contraire au droit au respect de la vie privée qu'un enfant puisse être privé de ses liens

biologiques en l'absence de circonstances le justifiant. Dans plusieurs cas d'espèce jugés entre 2015 et 2016, la Cour d'appel de Rennes a ainsi fait primer l'interprétation « charnelle » et/ou « biologique » de la filiation en ayant soit refusé d'ordonner la transcription d'actes de naissance établis à l'étranger, soit annulé un acte de naissance intégralement transcrit, au motif que, conformément à l'article 47, la réalité matérielle de l'événement sous-tend que la mère de l'enfant est celle qui accouche(25). Deux cas particuliers avaient néanmoins conduit les juges rennais à concéder une première évolution.

Dans l'affaire jugée le 7 mars 2016(26), le Ministère Public avait interjeté appel de la décision du TGI Nantes, ayant ordonné la transcription d'actes de naissance ukrainiens faisant mention des deux parents d'intention, conformément à l'article 123 du code ukrainien de la famille qui dispose que « si une épouse met au monde un enfant conçu au moyen de technologies auxiliaires, mises en places avec le consentement écrit de son époux, celui-ci est déclaré père de l'enfant ». La Cour d'appel a infirmé la décision de première instance, en n'ordonnant que la transcription des actes de naissance des enfants sans mention de la mère d'intention. Pour ce faire, s'est-elle d'abord appuyée sur une interprétation large de la « réalité » au sens de l'article 47 du Code civil, « qui est une notion commune, non définie par le législateur », pour admettre la force probante des actes de naissance ukrainiens en écartant le motif de la violation des règles relevant du droit international invoquée par l'association Juristes pour l'enfance, partie au procès. Afin de s'écarter des solutions précédentes, les juges rennais ont considéré que l'absence d'inscription à l'état civil français d'enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger était contraire à l'intérêt supérieur des enfants, en ce que le mode d'établissement de leur filiation paternelle leur confère un droit à la parentalité, conforme au droit à la protection de leur vie privée « dont l'identité est l'un des éléments », sans toutefois déclarer mal-fondé l'argument de l'association selon lequel « la transcription d'un acte de naissance n'est pas admise lorsque la femme désignée comme mère est la mère d'intention ». En d'autres termes, la Cour d'appel rennaise a admis dans cette affaire, la transcription « partielle » des actes

(19) Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, JCP, 1991, II, 21752, note TERRE. F. ; D., 1991, 423, rapp. CHARTIER ; Civ., 1^{re} 3 arrêts 369, 370 et 371 du 6 avril 2011 n° 09-66.486, 10-19.053, 09-17.130.

(20) V. Articles 16 et suiv, spé. 16-7 et 16-9 du Code civil.

(21) Circulaire n° CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C du 25 janvier 2013 relative « à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger », Ministère de la Justice, BOMJ n° 2013-01 du 31 janvier 2013. Suivant cette circulaire, les demandes de certificat de nationalité française fondées sur des actes de d'état civil faits à l'étranger ne doivent être refusées au seul motif que l'enfant ait été conçu véritablement ou supposément par GPA, dès lors que l'acte de naissance n'est pas entaché d'irrégularité au sens de l'article 47.

(22) V. CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France* : la France a été condamnée, pour violation du droit au respect de la vie privée des enfants nés par GPA au motif que la reconnaissance des liens de filiation « prend un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention est également 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 d'un 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 » (§ 100).

(23) V. Assemblée Plénière 3 juillet 2015, deux pourvois, n° 14-21-323 et 15-50-002.

(24) V. Civ 1^{re}, 5 juillet 2017, 4 aff : n° pourvois (16-16.901 ; 16-50.025) ; 15-28.597 ; 16-16.455 ; 16-16.495 sur les conditions de transcription de l'acte de naissance, et l'adoption simple du parent d'intention.

(25) V. CA Rennes ch. 6A., 28 septembre 2015 deux arrêts n° 491, 14/05537 : JurisData n° 2015-021765 et n° 492 14/07321 : JurisData n° 2015-021767 ; TGI Nantes, ord. réf., 3 déc. 2015, n° 15/99841, note. DIONISI-PEYRUSSE. A., AJ fam. 2015, p. 567 ; BINET-JR., Dr. fam. 2015. p. 201 ; HAUSER. J., RTD civ. 2016, p. 78 ; Pour une transcription en bonne et due forme de l'acte de naissance de l'enfant avec la gestatrice désignée comme mère, v. CA Rennes ch. 6A., 30 novembre 2015 n° 660, 14/01043, JurisData n° 2015-027635 ; 7 mars 2016, n° 180, 15/03859.

(26) CA Rennes ch. 6A., 7 mars 2016, n° 178, 15/03855.

de naissance ukrainiens, sans toutefois donner davantage d'explications sur l'absence de filiation maternelle établie en droit français.

L'affaire jugée le 27 juin 2016 va permettre aux magistrats rennais d'étayer leur raisonnement pour parvenir à une solution similaire⁽²⁷⁾. En l'espèce, il était question d'une famille monoparentale, avec une demande de transcription d'un acte de naissance indien dont il n'était indiqué que le père et la mention « mère de substitution » en guise de filiation maternelle. La mère de substitution n'était pas la mère biologique de l'enfant, tandis qu'au regard de l'article 47 du Code civil, l'acte n'était entaché d'irrégularité en ce que la législation indienne ne « prohibe pas l'établissement d'actes de naissance sans indication de l'identité de la mère pour les enfants nés de gestation pour autrui ». Pour rendre sa décision, la Cour s'est fondée sur l'article 57 du Code civil, invoqué par le Ministère Public, et qui « prévoit que si les père et mère de l'enfant, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier d'état civil [...] il ne sera fait sur les registres aucune mention au sujet de la mère », pour ainsi confirmer le jugement du TGI de Nantes ayant ordonné la transcription de l'acte de naissance avec seule mention du père ayant reconnu les enfants. Le raisonnement adopté sur l'absence de filiation maternelle ne convainc guère. Par une affirmation purement péremptoire, la Cour a-t-elle écarté la difficulté en énonçant « que l'absence de mention sur l'identité de la mère dans les actes de naissance litigieux n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale), en ce que le processus ayant conduit de leur conception à la parenté, rend impossible l'accès des enfants à leurs origines maternelles (don d'ovocytes par une tierce femme anonyme) ». Que reste-il alors de la règle : *mater semper certa est* ?

L'arrêt rendu par la Cour bretonne le 12 décembre 2016 semblait alors annoncer un revirement de sa propre jurisprudence⁽²⁸⁾. En l'espèce, après que le TGI de Nantes, ait ordonné en première instance la transcription d'un acte de naissance d'un enfant né en Californie, dans lequel était mentionné les deux parents d'intention, le Procureur a interjeté appel de la décision, en rappelant que la réalité juridique ne s'apprécie qu'au regard de faits, établie en droit, et non par une situation juridique créée par l'effet d'un acte de naissance étranger. Subtilement, par une inversion de motifs, au lieu raisonner sur le droit de la filiation,

les juges rennais se sont fondés exclusivement sur les dispositions de l'article 47, couplées à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant pour considérer que « l'enfant ne peut se voir privé de la filiation maternelle et paternelle que le droit ukrainien lui reconnaît, qui correspond à la réalité des liens familiaux unissant l'enfant à Mme F. et à M. H ». La présomption d'authenticité de l'acte de naissance a donc confirmé la position de la « réalité de la situation juridique », limitant ainsi l'imputation de la fraude aux seuls cas d'irrégularité. Si l'on ne peut que saluer un tel effort dans cette acception du « réel », que reste-il de l'ordre public international ? La Cour a révélé ses motivations profondes : « la transcription de l'acte naissance est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant qui est de bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et de la sécurité juridique lui permettant son intégration juridique complète dans sa famille ». Peut-on alors considérer que l'appréciation faite de la réalité des liens de filiations contenue dans l'acte de naissance, correspond à une juste application de l'apparence ? Le poids de la décision s'accompagne d'un redoublement de formules : « les maternités de substitution ne sauraient engendrer des fantômes de la République, alors que ces enfants partagent une communauté de vie effective et affective avec leurs parents d'intention ». Par une appréciation des intérêts en présence, les magistrats, en s'éloignant de la téléologie textuelle, ont donc choisi de se fonder exclusivement in concreto sur la pérennité familiale. En l'absence de position franche de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'appréciation du seul lien intentionnel au regard de l'article 8, l'admission du « principe d'égalité de tous les enfants quelle que soit leur naissance, conformément à l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme », est apparu comme une motivation juridique de « repli » qui ne saurait être amplement justifiée par la seule primauté de la posture juridictionnelle⁽²⁹⁾. Pour autant, ce type de raisonnement aurait-il pu suffire à y voir un début de tolérance de droit à la filiation purement intentionnelle ?⁽³⁰⁾ Loin s'en faut. D'une part, les cas d'espèce ne concernaient que des couples hétérosexués, de sorte que l'objet des litiges ne portait que sur la désignation de la « bonne mère », d'autre part, la transcription ne découlait que de la seule hétéroparentalité reconnue dans le droit étranger (ukrainien, ou ghanéen dans l'arrêt du 6 mars 2017).

(27) CA Rennes ch. 6A., 27 juin 2016, n° 422, 15/03856, AJ fam. 2016, p. 437. obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.* p. 455., obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

(28) CA Rennes, 12 décembre 2016, 6^e ch. A, n° 549, 15/08549, JurisData : 2016-027763, obs. VIGANOTTI. E., AJ fam. 2017, p. 68.

(29) « le juge contribue à la cohésion sociale, en mettant fin à l'incertitude et à l'insécurité juridique pesant sur le statut des enfants vivants avec un ou des parents français [...] ».

(30) Pour une solution similaire, v. CA Rennes, 6 mars 2017, 6^e ch. A, n° 142, 16/00393, JurisData : 2017-004179.



Cette position d'une certaine primauté accordée à la réalité familiale faisait ainsi écho à un autre pas franchi par le Conseil d'État. Dans une décision du 3 août 2016, ce dernier avait en effet confirmé une ordonnance du juge des référés sommant le Ministre des Affaires étrangères de délivrer à un enfant né d'une mère porteuse, mais dont l'acte de naissance arménien mentionnait la seule mère d'intention, un laissez-passer consulaire pour entrer sur le territoire français⁽³¹⁾.

A contrario, la Cour de Cassation s'est finalement montrée plus orthodoxe, en tempérant les modes d'établissement de la filiation d'enfants nés par GPA. Suite à deux affaires jugées par la Cour rennaise le 28 septembre 2015 et le 7 mars 2016⁽³²⁾, les magistrats du Quai de l'horloge ont confirmé la position de la réalité juridique, en rappelant que la désignation de la mère dans les actes de naissance, au regard de l'article 47, est celle qui accouche, sans préjudice de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽³³⁾. Néanmoins sensible à l'argument du principe d'égalité entre tous les enfants quelque soit leur naissance, la Haute Cour n'a pas manqué d'ajouter que le refus de transcription de la filiation d'intention ne porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, dès lors qu'elle ne fait obstacle à l'établissement de la filiation paternelle biologique (par acte de reconnaissance), et que le cas échéant, « l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et (le conjoint) de leur père »⁽³⁴⁾. A donc été consacré deux régimes distincts : l'un pour la transcription des actes de naissance étrangers, et l'autre pour l'adoption par le conjoint du père.

Cependant, avant qu'une telle solution ne soit entérinée, l'on pouvait s'attendre à ce que les demandes d'adoption simple entraînent des saisines du Ministère Public pour « fraude à la loi ». Une telle éventualité avait d'ailleurs été débattue et contestée avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013⁽³⁵⁾. L'affaire jugée par la Cour d'appel

de Dijon le 24 mars 2016 permet de bien comprendre les difficultés rencontrées par les juges pour apprécier le bien fondé de telles demandes⁽³⁶⁾. En l'espèce, un couple d'hommes, avait contracté une convention de GPA avec une mère porteuse en Californie. Après la naissance de l'enfant, la filiation est établie avec le père biologique et la mère de substitution à l'état civil américain. La transcription sur les registres français se fait sans difficulté par les autorités consulaires. Le couple se marie dans le courant de l'année 2014, et le père d'intention, celui n'ayant pas fourni son sperme, intente une demande d'adoption simple de l'enfant, avec le consentement de la mère. La Cour d'appel de Dijon avait confirmé le rejet de la demande d'adoption du TGI, en souscrivant à un raisonnement pour le moins inattendu. En combinant l'avis de la Cour de Cassation du 22 septembre 2014 sur l'adoption de l'enfant d'un conjoint né par IAD à l'étranger, avec la position admise par les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA, les juges du second degré ont écarté le motif de la décision rendue par les premiers juges, lesquels avaient caractérisé une éventuelle fraude à la loi dans cette démarche d'adoption. Malgré l'avis favorable du Ministère public, partie au procès, les juges d'appel ont été pris entre deux motifs contradictoires : celui relatif à l'interdiction légale de la gestation pour autrui, et la prétention du père d'intention à faire valoir une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant, conformément à son droit à une vie familiale. La Cour dijonnaise a écarté la difficulté en considérant que factuellement, l'absence de filiation élective ne serait aucunement préjudiciable pour l'enfant, les mécanismes juridiques actuels permettant déjà d'assurer ses droits au respect de ses intérêts. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur la tutelle que pourrait revendiquer le père d'intention, en cas de décès du père « biologique », ou du leg (majoré de droits de successions) pour pallier à la non-qualité d'hériter de l'enfant. Concernant la seule absence de titularité de l'autorité parentale au père d'intention, les magistrats ont considéré qu'elle ne constituait pas un point préjudiciable, la situation étant comparable à celle des familles monoparentales. Au surplus, la reconnaissance du lien paternel du père biologique, et du lien maternel de la

(31) V. Ord. du 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ M^{me} A.*, n° 401924.

(32) V. CA Rennes ch. 6A., 28 septembre 2015 deux arrêts : n° 491, 14/05537 et n° 492 14/07321 ; 7 mars 2016, n° 178, 15/03855, précit.

(33) V. Civ 1^{re}, 5 juillet 2017, aff n° pourvois (16-16.901 ; 16-50.025) ; 15-28.597 : « le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

(34) V. Civ 1^{re}, 5 juillet 2017, n° (16-16.901 ; 16-50.025), 15-28.597 et 16-16.455.

(35) V. « Une Prohibition à lever : Les recommandations du Groupe

de Travail sur la maternité pour autrui » in 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, déposé le 25 juin 2008.

(36) V. CA Dijon, 24 mars 2016, n° 15/00057, obs. COUSTET. T., « L'adoption par le parent d'intention n'est pas simple », *Dalloz actualité*, 5 avril 2016 ; GALLMEISTER. I., « Gestation pour autrui : refus de l'adoption simple par le mari du père », D. 2016. p.783 ; MIRKOVIC. A., *JCP* 2016. 423 ; HAUSER. J., « GPA : la fin de la prétention et de l'hypocrisie ? », *RTD civ.* 2016, p. 335.

« mère de substitution », ne s'opposerait guère à ce qu'un droit de garde ou d'hébergement soit accordé au second parent d'« intention » en cas de séparation(37). Sur ce point, le Comité consultatif national d'éthique a d'ailleurs récemment recommandé de privilégier « le choix de la délégation d'autorité parentale [...] car elle respecte la réalité des conditions de sa naissance (l'enfant) »(38). La Cour d'appel a donc conclu qu'« il s'ensuit en définitive que le refus de faire droit à la demande d'adoption de Patrick en raison de la violation par Gilbert de la prohibition en droit français de la gestation pour autrui, ne porterait atteinte que dans une mesure relativement virtuelle aux droits et à l'intérêt de l'enfant, et en tout cas pas de façon disproportionnée ». A travers cette décision, l'on pouvait objecter que la différence de traitement juridique entre la PMA et la GPA, n'était que partiellement « corrigée » par une mesure « d'effectivité des droits acquis » dans le second cas. De plus, une persistance à l'imputation de « fraude à la loi » pour les demandes d'adoption d'enfants nés par GPA, induisait à un traitement globalement plus favorable de l'IAD pour les femmes seules ou en couple, et faisait persister une discrimination, non pas seulement à l'égard des enfants, mais aussi des parents dans l'utilisation des assistances reproductives en fonction du sexe, du genre, ou des attributs procréatifs. Saisie d'un pourvoi, la Cour de Cassation n'a finalement pas manqué d'écarter l'argument du défaut de consentement d'une mère de substitution « dépourvue de dimension maternelle », retenu par les juges dijonnais, pour censurer l'ingérence judiciaire dans l'interprétation de l'expression affective des rôles parentaux induits par le recours à une convention de gestation pour autrui, pour ne s'en tenir qu'aux strictes conditions d'admission à l'adoption maritale(39). D'aucuns diront cependant que si la Haute Cour a admis la transcription d'un acte de naissance étranger

d'un enfant né par GPA, en l'absence de démarches frauduleuses, et l'éventualité de l'adoption aux parents d'intention, rien ne ferait obstacle à la reconnaissance d'un lien intentionnel ab initio dans la filiation, en sus de la filiation biologique(40). La filiation paternelle n'est-elle pas déjà à la fois intentionnelle et biologique ? Le but de l'adoption est d'accéder à la parenté, pour une personne n'étant pas partie au projet parental initial. Admettre son recours a contrario de tels cas de figure, revient à accepter une acrobatie juridique inutile(41). De plus, le recours à l'adoption fait persister une différence de traitement entre les couples de femmes et les couples d'hommes. Dans le cas d'une IAD, l'enfant est privé de filiation paternelle, de sorte que le seul consentement de la mère biologique est nécessaire pour la conjointe adoptante, tandis que dans la GPA, le père d'intention est assujéti à un double consentement : celui des deux parents biologiques mentionnés dans l'acte de naissance de l'enfant(42). Il n'en demeure pas moins que le recueil du consentement de la mère de substitution ne peut s'apparenter à une simple formalité pour un certain nombre de couples, notamment hétérosexués, lorsque l'acte de naissance de l'enfant établi à l'étranger fait mention de la seule mère d'intention, ou ne fait mention d'aucune filiation maternelle. Comme il en était question dans plusieurs affaires précédemment abordées, comment obtenir un tel consentement lorsque précisément, il n'existe plus aucune trace administrative de la mère de substitution(43) ?

L'argument inverse fait aussi sens : si la convention de GPA peut stipuler le consentement de la mère de substitution, admettre l'authenticité judiciaire d'une telle manifestation de la volonté ne revient-il pas à reconnaître les effets juridiques d'une pratique illicite ? Comment pourrait-on encore interpréter la prohibition légale de la GPA, si sa finalité juridique pouvait être contournée ? Ces tergiversations judiciaires ne pourront éternellement résister au rationalisme juridique. L'absence de tout

(37) V. HAUSER. J., *RtdCiv* 1988, p. 328 : à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris où les juges ont considéré que le couple « d'intention », comprenant le père biologique, pouvait avoir un droit d'hébergement de l'enfant dans son intérêt, la mère d'intention l'ayant élevé depuis sa naissance. Plus récemment, dans l'arrêt rendu par la Grande chambre de la CEDH le 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, requête n° 25358/12 ; à la suite d'une demande de transcription d'un acte de naissance russe d'un enfant conçu par GPA pour un couple, une enquête fut ouverte, et les juges nationaux italiens ayant statué sur une fraude à la loi ont placé l'enfant en adoption chez une famille d'accueil. La CEDH a retenu, sans admettre l'obligation de reconnaître la filiation des parents d'intention, une violation de l'article 8 au motif que le changement de foyer de l'enfant constituait une atteinte à la vie privée et familiale du couple, car contraire à l'intérêt de l'enfant.

(38) V. Avis du CCNE n° 126, sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), 15 juin 2017, p. 41 : notons que cette position revient à invalider le raisonnement fourni par la Cour d'appel de Rennes.

(39) V. Civ 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 16-16.455.

(40) Dans l'intérêt de l'enfant, v. CHAIGNEAU. A., « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé » *RTD civ*, 2016, p. 263. GALLMEISTER. I., D. 2016. p.783 : « l'indifférence quant au mode de conception de l'enfant pourrait donc bénéficier à l'adoption intra-familiale dans un couple homosexuel ayant eu recours à une gestation pour autrui ».

(41) V. HAUSER. J., *RTD civ*, 2016, p. 335 : « *Tôt ou tard, au-delà même de la consécration de la gestation pour autrui, c'est, sur le strict plan technique, qu'il faudra régler la situation des parents d'intention : consacrer la filiation d'intention pour éviter le recours à l'adoption inadaptée et qui n'a rien à faire dans ce cadre ?* ».

(42) V. Articles 348 et 361 du Code civil.

(43) V. CA Rennes ch. 6A., 30 novembre 2015 n° 660, 14/01043 : « *Le pli destiné à Saeeda S (la mère de substitution), est revenu avec la mention inconnu à cette adresse* » ; 7 mars 2016, n° 15/03855 ; 27 juin 2016, n° 15/03856 (précit.) pour les transcriptions sans mention de la mère.



syllogisme convenable venant à s'aligner sur les positions défendues, d'une part par la CEDH, d'autre part par les législations de certains de nos voisins, mériterait que le législateur et les magistrats prennent ensemble leurs responsabilités(44).

Concernant l'adoption plénière, les conditions sont plus restrictives pour le conjoint tant que l'enfant reste affilié à la mère désignée dans l'acte de naissance. Néanmoins, les mères de substitution pourraient-elles se voir retirer l'exercice de leur autorité parentale par décision de justice, ou y renoncer expressément dans un tel cas de figure(45).

Pour que la situation évolue, faudrait-il une reconnaissance légale et encadrée de la Gestation pour autrui pour les parents d'intention. Les passions suscitées au sein de l'opinion publique se font ressentir au Parlement, puisque, sur la question de la GPA, des propositions de loi parfaitement contraires ont été déposées d'abord au Sénat puis à l'Assemblée Nationale. Comble de l'ironie, ces propositions ont été élaborées par des parlementaires du même groupe politique (Les Républicains), dans un intervalle de cinq ans(46). Pour autant, la solution d'un moratoire ne pourrait-elle faire office de position transitoire, jusqu'à un changement affirmé de nos législations désuètes au regard des tendances européennes ? Comme l'a reconnu M. Patrice le Maigat, « on a le sentiment que les autorités politiques, administratives et judiciaires françaises ne savent plus comment s'y prendre pour ralentir l'inexorable reconnaissance des pratiques de gestation pour autrui »(47). Il est alors intéressant

de rappeler, qu'avant l'arrêt du 31 mai 1991, Mme. Rubelin-Devichi nous informait déjà que, dans les années 80, des magistrats s'évertuaient à prononcer des adoptions par l'épouse du père biologique de l'enfant, dont ils savaient sciemment qu'il avait été conçu par Gestation pour Autrui(48).

Un régime comparable au Royaume-Uni, de « désintéressement » pour la mère porteuse, pourrait alors, servir d'exemple pour interdire le « commerce du ventre »(49). Le recours à une telle pratique serait alors limité au nombre de fois pour un couple(50), sous peine de s'exposer à des sanctions pénales(51). La toute puissance des contractants pourrait donc être assortie d'un encadrement patrimonial afin de limiter, autant que faire ce peut, les dérives d'une contractualisation du corps. La mère de substitution peut en effet être intéressée par la conception de l'enfant à la seule fin pécuniaire, du fait de la contrepartie financière motivée par le désir « d'enfant à tout prix » du couple commanditaire, comprenant un homme prêt à féconder avec son sperme. Il s'agirait donc de limiter les dérives d'un droit à l'engendrement fondé sur l'impunité contractuelle susceptible de dissimuler un rapport de classe entre les parties.

Cette position ne fait cependant guère l'unanimité. Pour Mme. Frison-Roche, l'ouverture d'une GPA « encadrée » ne recèle qu'une rhétorique sophistiquée appuyée par un « auditoire plus émotif, moins soucieux des principes, lesquels paraissent rigides et lointains : l'opinion publique

(44) V. GALLMEISTER. I., D. 2015, p. 1777 : l'auteur dénonce « la volonté de la Cour de cassation d'entreprendre la réforme que le législateur n'ose pas réaliser ».

(45) V. Article 345-1 du Code civil. Dans plusieurs affaires, les mères de substitution ont renoncé expressément à exercer leurs droits juridiques sur l'enfant né (v. Notamment CA Rennes ch. 6A., 27 juin 2016, n° 422, 15/03856 précit. : « Par un certificat de non-objection en date du 8 août 2012, la mère de substitution a déclaré n'avoir aucun lien biologique avec les enfants, renoncer à ses droits juridiques sur les enfants dont elle a accouché et a cédé tout droit de contrôle et de garde des enfants à M. H. pour qu'il puisse jouir des droits exclusifs de parentalité à leur égard »).

(46) V. Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, sénat n° 234, 27 janvier 2010 ; Contra : proposition de loi constitutionnelle visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain, Assemblée nationale, n° 1354 (rapp. Philippe Gosselin), 8 juin 2016 et proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, Assemblée nationale, n° 2706 (rapp. Valérie Boyer), 8 avril 2015.

(47) LE MAIGAT. P., « Gestation pour autrui (entrée sur le territoire) : délivrance d'un laissez-passer », D. 2016, p. 1700. La confusion est toute aussi prégnante parmi les juges strasbourgeois, la CEDH ayant fait un revirement inattendu de sa décision dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*, en considérant qu'un enfant né par GPA peut être retiré de ses parents d'intention, sans qu'il ne soit porté atteinte à l'article 8, les Etats étant libres de prendre des mesures de « protection des droits et libertés d'autrui » (v. CEDH, *Paradiso et Campanelli* c./ Italie, 24 janvier 2017, n° 25358/12).

(48) V. RUBELLIN-DEVICHI. J., « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation », JCP 1991. I. 3505, p. 184 cité par VIGANOTTI. E. AJ fam. 2016, p. 437.

(49) Au Royaume-Uni, depuis la loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie de 1990 à l'égard des maternités pour autrui, le couple d'intention peut se faire reconnaître la filiation de l'enfant né par GPA sans passer par l'adoption à ceci près qu'il ne doit pas avoir rémunéré la mère de substitution au delà du « dédommagement raisonnable » (compris entre 5 000 et 10 000 euros) des frais nécessaires à la gestation de l'enfant dans de bonnes conditions (v. 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, déposé le 25 juin 2008 au Sénat). En ce sens, v. L'article L. 2143-3 alinéa 4 du Code de la santé publique dans la Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, sénat n° 234, 27 janvier 2010. Par extension, la procréation « amicalement assistée » telle que disposée à l'article 538 du Code civil québécois, illustre un mode d'engendrement tacitement contractuel et extra-patrimonial ; Notons également qu'en Europe, la GPA est légalisée au Portugal, en Grèce, et au Pays-Bas.

(50) La proposition de loi faite par le groupe UMP du 27 janvier 2010, n° 234 faisait disposer à l'article L. 2143-3 alinéa 4 du Code de la santé publique une limitation à deux grossesses pour autrui pour chaque femme.

(51) Mme. Bandrac soulève pour sa part, la question de la sanction de la mère porteuse (BANDRAC. M., « L'inégalité des père et mère face à la transparence des origines » in BLOCH. P., DEPADT-SEBAG. V. (dir.), *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, Dalloz, 2007, p. 71).

et les médias »(52). L'auteure soutient par ailleurs que les hommes peuvent aller s'offrir le bénéfice d'un bébé choisi sur catalogue en fournissant leur gamète, alors que les femmes ne peuvent pas »(53). Il est vrai que l'IAD, en tant que pratique médicalement assistée s'oppose à cette « commercialisation » de la gestatrice. Dans le droit californien, il est permis contractuellement de renverser la présomption qui fait désigner la mère comme celle qui accouche, ce que Mme. Frison-Roche qualifie « de parentalité de convenance » par « déni contractuel de grossesse ». Les arrêts rendus par la Cour d'appel de Rennes ayant abouti à la transcription d'actes de naissance d'enfant, faisant mention de la filiation purement intentionnelle, font en ce sens office d'isolat en ce que la considération de l'intérêt de l'enfant a permis aux juges de renoncer à l'attachement donné à la « réalité » de l'accouchement(54). Faut-il pourtant voir une rupture d'égalité des genres entre l'IAD et la GPA, induite par le choix de la gestatrice dont dispose le couple ou le parent « commanditaire » ? Loin s'en faut. La sélection du donneur est une pratique tout autant reconnue dans certains États (Canada, États-Unis), de sorte que le « tourisme procréatif » concerne toutes les techniques de procréation.

En définitive, l'instrumentalisation de l'enfant demeure le motif retenu au premier chef des voix dissidentes. Le 11 octobre 2016, l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe n'a en effet rien concédé sur cette question de la GPA utilisée à des fins non lucratives. A 88 voix contre 77, l'Assemblée a rejeté une proposition émanant d'un rapport de la sénatrice belge, également chef du service de médecine reproductive à l'hôpital universitaire de Gand, Mme. Petra De Sutter. L'intérêt supérieur de l'enfant a été avancé, comme ne pouvant être dissolu dans le cadre contractuel de la GPA, entraînant « une promesse d'abandon », nous dit M. Jean Paillot(55). Le Comité consultatif national d'éthique a d'ailleurs réfuté l'argument de la liceité de la GPA, au nom d'une liberté des femmes à être gestatrices, ayant rappelé que « la personne humaine, ici celle de l'enfant, ne peut pas

être l'objet "d'actes de disposition" que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit »(56).

Quelques nouveautés législatives méritent tout de même d'être évoquées. Les évolutions issues de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle permettent dorénavant de pouvoir tempérer le principe d'autorité de la chose jugée avec la possibilité de bénéficier d'un réexamen d'une décision de justice. Le nouvel article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire prévoit en effet qu'« en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la CEDH que cette décision a été prononcée en violation de la Conv. EDH ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'art. 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la CEDH. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions ». Cette réforme présente des conséquences drastiques en matière d'alignement de la jurisprudence française sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Les craintes manifestées par une partie de la doctrine sur l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme font sens en ce que l'interprétation des juges strasbourgeois prennent une dimension « hyper-étatiste », par opposition à une appréciation « supra-étatiste » comme il en était de mise. En 2016, ont donc pu être adressées des demandes de réexamen(57), suite au dernier arrêt rendu par la Cour de Cassation sur l'interdiction de transcrire en toutes circonstances un acte de naissance d'un enfant né par GPA(58).

C. Un autre traitement juridique des donneurs

La desexuation de la filiation remet en cause tous les schémas catégoriels de famille. Pour autant, la législation en vigueur en matière de droit d'accès aux origines inflige à l'enfant une vision binaire quant à la considération parentale et sexuée de ceux ayant participé à sa naissance. En raison du principe d'anonymat, les non-parents « donneurs » sont aujourd'hui privés de tout rapport de

(52) FRISON-ROCHE. M-A., « Sophistique juridique et GPA », D. 2016, p. 85.

(53) FRISON-ROCHE. M-A., « GPA : La Cour d'appel de Rennes dans les pas du Procureur général près la Cour de cassation », publication du 19 octobre 2015, blog « MAFR » disponible sur <http://mafr.fr/fr/article/gpa-la-cour-dappel-de-rennes-dans-les-pas-du-pro/>

(54) V. CA Rennes, ch. 6A., 12 décembre 2016, n° 645, 15/08549 ; 6 mars 2017, n° 142, 16/00393 précit.

(55) Propos rapportés : <http://www.ieb-eib.org/nl/bulletins/conseil-de-leurope-gpa-rejet-definitif-du-rapport-de-sutter-392.html>

(56) V. Avis du CCNE n° 126, sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP), 15 juin 2017, p. 40.

(57) V. notamment les autres condamnations de la France pour les mêmes motifs que les arrêts *Mennesson et Labasse* : CEDH 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, n° 9063/14 et 10410/14 précit. Également, CEDH *Laborie c/ France* 19 janvier 2017, n° 44024/13.

(58) Civ 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138.



droit avec l'enfant, de sorte qu'il ne saurait être question pour l'enfant de se voir reconnaître un droit plénier à la « vérité » de ses origines(1). Cette séparation entre donneur et parent pourrait cependant être dépassée de sorte qu'une levée de l'anonymat permettrait à l'enfant de nouer des relations avec ses « géniteurs », sous réserve de leur consentement, sans que ne soit remis en question la filiation(2).

1. L'aporie du droit d'accès aux origines limité par le principe d'anonymat du donneur

La préservation de l'anonymat du donneur fait l'objet d'un arsenal législatif protecteur en droit français(59) et demeure à ce jour confortée tant par le Comité consultatif national d'éthique(60), que par la Cour européenne des droits de l'homme, si l'on s'en tient à sa position sur l'accouchement sous X(61). Mme. Mirkovic fait cependant une distinction entre l'accouchement sous X et le don de gamètes qui privent dans les deux cas l'enfant d'une ascendance biologique : « l'accouchement sous X répond à un besoin de protéger l'enfant [...] pour éviter les infanticides, les abandons d'enfant et de constituer une alternative à l'avortement pour la femme concernée [...] alors que le don de gamète ne sert pas l'intérêt de l'enfant qui n'existe pas mais vise à satisfaire le désir d'enfant d'autrui »(62). L'accouchement sous X reste en effet garanti à l'article 47 du Code d'action sociale et des familles. Mme. Théry et Mme. Dekeuwer-Defossez ne manquent toutefois pas de dénoncer les risques de dérives d'institution et de trafics d'enfants, soutenant qu'un droit « à la discrétion » serait davantage dans

l'intérêt de l'enfant, en ce qu'il lui causerait moins de souffrances(63). De surcroît, il nous semble que la préservation sans aucune réversibilité du secret de la femme qui accouche est contraire à la position soutenue par la Cour de Cassation sur la préservation du lien de filiation biologique en matière de gestation pour autrui.

Il est pourtant important de rappeler que dans le cas d'une adoption, l'enfant conserve un droit de principe à connaître l'identité biologique de ses géniteurs(64). Ce droit est par ailleurs protégé au regard de la Convention Européenne des droits de l'homme(65). Comme tempérament, le géniteur masculin non reconnu comme parent exclu de toute possession d'état d'un lien de filiation dispose donc d'un droit à la « non-parenté » : la situation d'un supposé géniteur à 99,9 % de probabilité selon une expertise, qui ne souhaite pas se soumettre à un test de paternité, et par conséquent établir le lien de filiation avec l'enfant, n'est pas considérée comme contraire à l'article 8(66).

Conformément à une nette tendance européenne, de nombreux auteurs militent en faveur d'une levée de l'anonymat du donneur au nom du droit d'accès aux origines(67). Pour autant, si l'intérêt de l'enfant est bien sûr, de ne pas « être amputé de ses racines »(68), des situations rendent compte que le droit d'accès à ses origines ne s'articule pas nécessairement avec le statut du donneur. En effet, d'une part, l'expertise biologique reste subordonnée à la décision du juge et à l'accord de

(59) L'article 16-8 du Code civil interdit l'accès aux données identifiantes du donneur. Les articles 311-19 et 311-20 du Code civil rendent impossible l'établissement d'un lien de filiation avec le donneur ; L'article 511-10 du Code pénal pose l'interdiction de révéler l'identité d'un donneur. L'article 1211-5 du Code de santé publique énonce que le donneur et le receveur ne peuvent bénéficier d'information l'un sur l'autre, sauf en cas de nécessité thérapeutique. L'article L-1244-7 du même Code fait préserver l'identité du donneur de gamètes. L'article 2146-6 alinéa 3 dispose que « le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives » ; Enfin, l'article 16-8 alinéa 2 du Code civil ne réserve l'accès à l'information du donneur et du receveur qu'aux seuls médecins.

(60) V. Avis CCNE, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », n° 90, 24 novembre 2005.

(61) V. CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, D. 2003, p. 1240 : les juges ont estimé que la loi française faisant obstacle à la recherche de maternité de l'enfant né sous X, et limitant l'accès des données biologiques de la génitrice, ne constituait pas une atteinte disproportionnée au regard des articles 8 et 14 de la Convention. La solution a été confirmée dans l'arrêt *Kearns c/ France* du 10 janvier 2008, n°35991/04 malgré la détresse avérée de l'enfant de ne pas connaître l'identité de sa gestatrice.

(62) V. MIRKOVIC-BERTRAND. A., « Genre et désengagement de la parenté » in *Bioéthique et genre, op.cit.*, p. 236 et 234.

(63) V. THERY. I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile Jacob, 1998, p. 46 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ. F. (dir.), « Renouer le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », septembre 1999, p. 9.

(64) La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat (JORF du 23 janvier 2002, texte 2, p. 1519.) permet à l'enfant adopté la recherche de ses parents biologiques, conformément aux articles 147-6 et suiv. Du Code d'action sociale et des familles. Il peut à cet effet demander à l'Autorité centrale pour l'adoption de connaître leur identité sous réserve de leur accord.

(65) Sur une action de recherche en paternité, qui constitue un « intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations [...] pour découvrir la vérité sur un aspect important de l'identité personnelle », la Croatie a été condamnée pour violation de l'article 8 pour non satisfaction à l'exigence d'un délai raisonnable (v. CEDH 7 février 2002, *Mikulic c./ Croatie*, n°53176/99, §66).

(66) V. CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c./ France*, requête n°19535/08.

(67) Cf. Les travaux de Mme. Irène Théry. Rapport Sénat, « L'anonymat des dons de gamètes » Étude de législation comparée, n° 186 ; V. également CADOU. E., « *Le droit de la filiation à l'épreuve de l'homoparentalité* » in ZATTARA-GROS. A-F. (dir.), *Bioéthique et genre*, éd. LGDJ, 2013, p. 192, note : 49 ; MALLAURIE. P., FULCHIRON. H., *La famille*, 3^e éd., Defrénois, n° 1048 : au regard de l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

(68) V. MARLIAC. C., « L'accès désiré aux origines : quel accès ? », *Journal International de Bioéthique*, n° spécial/2015 (Vol. 26), pp. 45-61.

l'intéressé dans le cadre d'une action en recherche ou de contestation de filiation au regard de l'article 16-11 alinéa 2 du Code civil. D'autre part, la réalité de la filiation a parfois été complètement niée pour des motifs tenant à un certain opportunisme juridique. C'est ainsi qu'en dépit d'un lien biologique avec l'enfant, un père revendiqué a pu être relégué à cette position de donneur « deshumanisé ». En effet, avec l'émergence de familles « polymorphiques », le droit à une parenté biologique a parfois été mis à mal par le « droit à l'enfant » en matière de reconnaissance de paternité(69). Selon M. Marc Pichard, ce déséquilibre en matière de parenté s'explique par un « intérêt social » qui est « supérieur pour la mère que pour le père »(70).

Le relativisme du droit d'accès aux origines, dont l'anonymat du donneur n'est qu'un avatar parmi d'autres, ne fait que révéler une réalité plus obscure : la dimension hiérarchisante de la désignation parentale. Lorsqu'un individu est reconnu parent, bien complexe sera la tâche de bousculer l'ordre établi. On peut ainsi affirmer que c'est l'exclusivité de la filiation qui diminue le droit d'accès aux origines.

Nous soutenons cependant que la participation d'un partenaire à l'engendrement, quelque soit son genre, ne devrait pourtant faire l'objet d'aucune hiérarchisation avec celle des parents mentionnés sur l'acte de naissance de l'enfant. Ainsi, le droit à la connaissance de ses origines devrait dépasser le droit d'accès à ses origines. Il ne s'agirait non plus seulement d'un droit reconnu à l'enfant de pouvoir accéder à ses origines, c'est-à-dire sa filiation, son histoire tout en préservant l'anonymisation du donneur, mais d'un droit de pouvoir connaître pleinement tous les acteurs de sa conception en tant que responsables juridiques de sa naissance(71).

(69) Peut-on ainsi critiquer les dérivés « du droit à l'enfant », contre le droit de l'enfant à être rattaché à son parent biologique à propos d'une affaire déferée devant la Cour d'Appel de Rennes (v. CA Rennes, 25 novembre 2014, n° 14/04384, *AJ Famille* 2014, p. 693, obs. HAUSER. J., « L'enfant conventionnel : procréation sous X... et accouchement sous X... », le désordre conceptuel des « droits à... », *Rtdciv* 2015, p. 112). L'enfant, placé en tant que pupille de l'état avait été cédé à une famille adoptante, alors que le père, ancien détenu évincé de ses droits parentaux, réclamait la garde de son fils après la décision de placement. Or l'article 352 du Code civil dispose que le placement en adoption exclut toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine.

(70) PICHARD. M., DIONISI-PEYRUSSE. A., « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du Titre VII du livre premier du code civil) », B. la primauté reconnue à la maternité, in *La loi et le genre*, op. cit., (version numérique), p. 22.

(71) V. THERY. I., LEROYER. A-M (dir.), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., pp. 208-209.

2. La levée de l'anonymat pour la tolérance d'une relation entre l'enfant et les partenaires de l'engendrement

Il existe une position écartée de l'affrontement entre le maintien de l'anonymat qui préserverait l'unicité des familles(72) et le droit à la vérité qui mettrait à mal le droit à l'enfant de ces familles(73). En considérant le don d'engendrement comme un acte volontaire inclus dans un partenariat entre le donneur et les parents d'intentions, le donneur ne devrait être réduit à « un fournisseur de matériel génétique »(74). D'une acceptation des parents à transmettre aux enfants la vérité sur leur propre conception, la levée de l'anonymat pourrait-elle permettre d'établir une relation parfaitement *sui generis* entre le donneur (le partenaire de l'engendrement), et l'enfant, concomitante avec une parenté intentionnelle(75). Aussi est-utile d'envisager un autre schéma que la parenté bi-identitaire du couple comme seul référent exclusif de la famille. L'enfant aurait accès à ses origines pour une perception bien comprise du rôle

(72) Pour Mme. Cailleau, docteur en psychologie, l'une des raisons qui persiste à maintenir l'anonymat est celle du « fantôme d'un adultère (qui) plane toujours. (v. CAILLEAU. F., « L'impasse du genre dans les procréations médicalement assistées » in *Droit des familles, genre et sexualité*, op. cit., p. 193, 198). Dans le même sens, v. LABRUSSE-RIOU. C., Textes réunis et présentés par Fabre-Magnan Muriel, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français » in *Écrits de bioéthique*, Paris, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2007, n° 19 : « Le premier secret [...] est celui de la stérilité du père ; à la honte, à la souffrance, voire pour certains à l'injustice de la nature, la médecine et la loi offrent des palliatifs en forme de simulacre ».

(73) NEIRINCK. C., « La qualification du donneur dans l'assistance médicale à la procréation » in *Parenté, filiation, origines*, op. cit., p. 357 : « L'anonymat et le secret de la conception médicalisée avec recours à un don de gamètes permettent de donner entière satisfaction aux bénéficiaires ». Plus nuancée, Mmes Labrusse-Riou redoute tout de même des effets pervers quant à l'applicabilité d'une telle réforme : « dans les cas où la paternité serait contestée, comment refuser à l'enfant la connaissance du donneur mais comment faire pour que ce dernier ne soit pas, de fait, considéré comme un père, et par suite comment admettre un père sans droit ni devoir ? » (v. LABRUSSE-RIOU. C., Textes réunis et présentés par Fabre-Magnan Muriel, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français » in *Écrits de bioéthique*, op. cit., n° 27).

(74) THERY. I., *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 112.

(75) En 2011, une enquête réalisée en Suède démontre que 90% des parents receveurs de dons (sur un échantillon de 564), ont affirmé qu'ils révéleront le mode de conception à leurs enfants (ISAKSSON. S. et al., « Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden: are recipient couples ready to be open about using gametes donation? », *Human Reproduction*, 2011 january 5th). Mme. Théry et Mme. Leroyer proposent alors de réformer l'article 311-19, alinéa 3 de la manière suivante : « La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs (*ibid*, p. 236) », tout en proposant de laisser le choix au donneur de rencontrer ou non l'enfant (*ibid*, p. 237). Le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles et le Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme auraient ainsi des prérogatives élargies prévues à cet effet.



de chacun dans sa conception⁽⁷⁶⁾, pouvant à son libre choix l'amener à tisser des liens sans que ne soit remis en cause la parenté adoptive. En ce sens, la proposition de Mme. Théry et de Mme. Leroyer va dans le sens d'un rétablissement du rôle donné à la volonté. L'épistémologie juridique de l'identification n'enjoindrait guère les protagonistes à se voir infliger une parenté forcée, involontaire, par le seul désir manifesté de l'enfant de connaître l'identité de son/ses « donneurs ». De plus, le schéma contractuel aux dérivées pécuniaires serait *de facto* écarté par des dispositions d'ordre public respectueuses à la fois de la volonté, mais aussi de l'intimité.

II. LA FILIATION VOLONTAIRE EN FAVEUR D'UNE RUPTURE DE L'ATTACHEMENT AUX LIENS BIOLOGIQUES

Reconnaître la primauté de la volonté (de chacun) en matière de filiation reviendrait à rompre avec tout stéréotype de genre quant à la désignation des parents de l'enfant. Une étude de droit comparé illustre que la dénaturalisation de l'altérité parenté est déjà intervenue au sein de plusieurs États (A), ce qui nous amène à une réflexion sur la multi-parenté pour impliquer tous les partenaires de l'engendrement, indifféremment des liens biologiques et sociaux, dans l'intérêt de l'enfant (B).

A. La desexuation des liens de filiation

La desexuation des liens de filiation peut s'envisager selon deux modalités. Soit, en reconnaissant l'homoparentalité filiative dans le Code civil, c'est-à-dire la possibilité pour l'enfant d'avoir deux mères ou deux pères. Soit, cumulativement, ou alternativement, la rupture de l'association du lien de filiation à la notion d'homme et de femme. Dans ce second cas, les notions de père et mère ne seraient pas abandonnées par les juristes, car tout au moins indispensables pour les règles de présomption de paternité ou de maternité. Il ne serait fait mention que des liens de filiation du ou des parent(s) dans l'acte de naissance de l'enfant et le livret de famille.

A titre d'exemple, l'article 115 du Code civil québécois dispose que « lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon les cas ». Dans la législation québécoise, la notion

de père et de mère n'a individuellement aucun sens mais « seulement l'un par rapport à l'autre, dans la perspective de l'altérité sexuelle des parents exigée par la nature pour procréer »⁽⁷⁷⁾. Par commodité, des États sont donc parvenus à une desexuation des liens de filiation en supprimant les mentions de « père » et « mère » pour désigner la filiation de l'enfant selon une épistémologie, certes desexuée mais numéraire: Parent 1, Parent 2⁽⁷⁸⁾. Or dénommer le parent ne revient-il pas à le confiner dans une filiation biparentale, pouvant nier la réalité de sa conception ? (1, 2, ou A et B signifiant simplement que l'enfant ne doit avoir que deux parents) Les nouvelles méthodes propres aux assistances procréatives peuvent impliquer une multitude de partenaires, lesquels ne sauraient s'effacer de leur existence incluse dans la mémoire de l'enfant, surtout lorsque ce dernier ressentira le besoin, à son âge de maturation, de connaître ceux qui l'ont engendré. Le désir d'avoir un enfant ne peut en effet être réduit à de simples facultés procréatives ou au droit d'être reconnu parent.

Les personnes désireuses d'avoir un enfant peuvent-elles ainsi s'éloigner de la norme familiale, en acceptant le nouage de liens entre des personnes tierces à leur projet parental et l'enfant, ce qui, par voie de conséquence inviterait les juristes à une réflexion prospective sur l'égalité des genres dans la parenté. Le seul argument naturaliste de la procréation ou de l'intérêt de l'enfant à être exclusivement élevé par deux parents, l'un de sexe masculin et l'autre de sexe féminin en opposition avec la déviance que susciterait la parenté monoparentale ou homoparentale, s'effacerait au profit de l'idée selon laquelle l'enfant pourrait avoir un intérêt à avoir une multitude de parents. Ainsi, la desexuation de la filiation pourrait-elle inculquer dans l'esprit des individus, une conception plus généreuse de la famille ?

B. La perspective d'une multi-parenté

La perspective d'une conception partenariale de l'enfant dans le cadre de la GPA, peut aller jusqu'à cinq protagonistes. Cette désaffectation des liens biologiques, induit selon Mme. Marie-Thérèse Hermange, Sénatrice des Républicains, à une « *taylorisation de la production d'humains, de la conception à la mise au monde* » par laquelle « *le cadre naturel de la filiation est bouleversé* »

(76) Récemment, un couple homosexuel ayant eu recours à la GPA avait déclaré : « Cet enfant est le fruit d'une belle histoire d'amour. Sa mère et sa famille font partie de notre vie » (v. RIDET, P., « Tobia Antonio ou l'enfant de la discorde », article paru le 1/03/2016 sur le blog du monde disponible sur <http://italie.blog.lemonde.fr/2016/03/01/tobia-antonio-ou-lenfant-de-la-discorde/> date d'accès : 3/03/2016).

(77) V. MIRKOVIC, A., « assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2010, étude 21.

(78) V. Cour suprême de Virginie, 22 avril 2005, Record n° 041180; Pour l'Espagne, v. ORDEN JUS/568/2006, 8 février. 2006, *sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia* : BOE n° 53, 5 mars 2006, p. 8659, n° 3764.

puisqu'il devient un *droit octroyé qui aboutit à une filiation fragmentée et amputée* »(79). Mme. Hermange considère en outre que le droit à la GPA constitue un « *droit à l'abandon* »(80). Elle poursuit en avançant que « *si le biologique n'a jamais été de taille à épuiser le symbolique des rapports de filiation qui sont toujours l'objet d'une construction personnelle, rien ne pourra effacer les différentes mères dans la conscience ou l'inconscient de chacun des protagonistes. Pourtant, ces cinq personnes peuvent aussi aboutir à avoir des enfants sans père ou sans mère* ». Dans un premier temps, convient-il de modérer cet avis en rappelant que les réalités de l'adoption simple peuvent, dans une certaine mesure, sonner le glas des craintes fondées sur la perte symbolique des liens biologiques. En effet, l'adoption simple permet déjà d'établir une filiation successive (article 366 du Code civil), qui confère à l'adoptant tous les droits d'autorité parentale, sans que l'adopté ne soit privé des droits acquis de sa famille d'origine, notamment ses droits héréditaires (article 364 du Code civil). Les articles 368, 368-1 et 368 du Code civil consacrent ainsi un régime de succession distributif entre la famille de l'adoptant et celle de la famille d'origine de l'adopté. Le Professeur Hauser avait ainsi lui-même révélé qu'il y avait deux fois plus d'adoption simple que d'adoption plénière en France et que « sa souplesse permet de répondre à toutes sortes de demandes de filiations volontaires »(81).

Dans un second temps, est à envisager l'aspect pratique, dans lequel le droit s'astreint en tout et pour tout à faire respecter l'intérêt de l'enfant. Somme toute, en dehors de la qualité de deux époux des adoptants (articles 346 et 360 alinéa 3 du Code civil), la seule limite à la perspective pratique d'une multi-parenté est la situation dans laquelle l'enfant serait « partagé » entre plusieurs familles(82).

(79) V. Contribution HERMANGE. M-T., Rapport d'information n° 421 (2007-2008), « Contribution à la maternité à la réflexion sur la maternité pour autrui » 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, déposé le 25 juin 2008.

(80) En opposition avec l'article 227-12 du Code pénal qui proscriit le droit à l'abandon.

(81) V. Contribution HAUSER. J., Rapport n° 437 (2012-2013) de M. Jean-Pierre MICHEL, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mars 2013.

(82) V. Civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, n° 09-16.527, D. 2011, p. 239 ; *ibid.*, p.1585., obs. GRANET-LAMBRECHTS. F. ; AJ famille 2011, p. 100, obs. CHÉNEDÉ. F. ; AJCT 2011, p. 188, obs. GALLMEISTER. I, publié au Bulletin ; Dr. fam. 2011. comm. 20, obs. NEIRINCK. C. ; RJPF 2011-4/32, obs. GARÉ. T. ; RTD civ. 2011. p. 337, obs. HAUSER. J. : Dans cette affaire, l'enfant avait été adopté par un premier beau-parent, conjoint respectif de sa mère. Le second beau-parent, « épouse en seconde noce » du père (décédé en cours d'instance), avait aussi souhaité adopter l'enfant. La Cour d'appel de Montpellier reconnut l'adoption de la belle-mère, ayant considéré qu'un refus d'une telle

C'est alors que par une approche contractualiste du droit de la famille, pourrait être consacré un partenariat entre tous les responsables de la naissance de l'enfant. Il reviendrait à la charge pour les signataires d'une convention de respecter leurs obligations, sans que toutes les parties se voient confier les mêmes prérogatives. Il pourrait ainsi exister deux catégories de parents, ceux partis à un projet de parentalité d'une part, et ceux simplement partis à un projet de parenté d'autre part, de sorte que la dichotomie entre le lien biologique et le lien intentionnel perdrait de son sens, qu'il soit question de procréation charnelle, d'assistances médicales à la procréation, voir de gestation pour autrui.

Il y aurait donc dans un premier cas, les parents « partis à un projet de parentalité », c'est-à-dire ceux qui auraient manifesté le souhait d'assumer toute la charge de l'autorité parentale dans le cadre d'une communauté de vie. Il conviendrait de les appeler « parents primaires ». Ces parents seraient titulaires d'une autorité parentale élargie, comprenant une exclusivité des décisions graves concernant l'enfant. Dans un second cas, les autres parents n'auraient que des prérogatives de « parenté », portant simplement sur les actes de la vie courante(83), et sans droit d'hébergement, sauf en cas de circonstances exceptionnelles émanant du foyer de « parentalité ». Ces parents « secondaires », ou anciennement « contributeurs génétiques » pourraient également se voir reconnaître un droit de garde. Le cas échéant, ces derniers pourraient à leur demande, renoncer à toute prérogative de l'autorité parentale, de sorte qu'ils ne seraient sollicités que pour des motifs médicaux dans l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, à travers leur engagement, les parties s'accorderaient sur l'étendu de leurs responsabilités parentales.

Ainsi, à la différence des solutions de délégation d'autorité parentale ou de co-titularité, les liens de filiations de parenté seraient entièrement reconnus entre l'enfant et tous ses parents. La convention signée pourrait être modifiée au cours de la vie de l'enfant dans son intérêt exclusif, après consentement unanime de toutes les parties et homologation par le juge aux affaires familiales. Au surplus, un modèle comparable à la convention parentale, pourrait tout à fait être conforme à une parenté multiple dès lors que ladite convention pourrait stipuler toutes les questions relatives à la gestion de partage de

demande aurait entraîné une discrimination entre les beaux-parents sur le fondement des articles 8 et 14 de la CEDH. La Cour de Cassation a censuré ce raisonnement en considérant que : « *le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption tous les liens d'affection fussent-ils anciens et bien établis* ».

(83) Comparable à un mode de délégation de l'autorité parentale (V. supra sur l'autorité parentale).



l'autorité parentale en cas de rupture du couple de parents titulaires de la parentalité. Cette proposition donnerait ainsi une place de premier ordre au dialogue, puisqu'il s'agirait en l'occurrence de reconnaître une multi-parenté ab initio sans recourir au mécanisme de l'adoption, cette dernière maintenant de facto la supériorité des parents biologiques, puisque les adoptants ne peuvent accéder à la filiation sans leur accord. Quelques aménagements seraient nécessaires à un tel projet, l'article 320 du Code civil disposant par exemple que « la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait », ce qui proscriit l'addition de plusieurs filiations parentales autres que celles d'une mère et d'un père. Ajoutée à une desexuation des liens de filiation, la convention de parenté multiple mettrait fin à la contradiction d'avoir plusieurs « pères » ou plusieurs « mères ».

A titre d'illustration, le Québec a déjà engrangé le pas en reconnaissant dans sa législation la notion de projet parental commun, qui définit le lien de filiation au-delà du lien biologique(84). Ce modèle donne une importance primordiale à la fois à la volonté, mais aussi à la responsabilité « privée » des divers protagonistes. Le droit civil québécois donne en effet la possibilité de recourir à la « procréation amicalement assistée », qui permet dans le cadre d'une procréation charnelle de faire reconnaître le lien de filiation du père d'intention, en l'absence de contestation du « père » géniteur ayant eu une relation charnelle avec la mère biologique, dans un délai d'un an après la naissance de l'enfant(85).

Aux États-Unis, la Cour d'appel de Californie, dans l'affaire Johnson vs Calvert(86), était sollicitée par les revendications de deux mères potentielles biologiques (l'une ayant porté l'enfant, et l'autre ayant fourni ses ovocytes). Les juges californiens ont reconnu mère de l'enfant celle qui avait mené le projet parental, et qui avait conclu un accord préalable avec la gestatrice. Ils ont donc désigné la mère porteuse du projet parental comme la mère légale, et ce, dans l'intérêt de l'enfant. La Californie autorise de faire mentionner dans l'acte de naissance de l'enfant le couple intentionnel « d'où il résulte une termination of "parents rights" »(87). En faisant le lien avec la France, il peut être ainsi pertinent de rappeler un attendu de principe rendu par la Cour

d'appel de Nîmes en 2007, dont la lecture a contrario, permet de reconnaître la primauté de la volonté pour un projet parental commun : « en l'état des mœurs et des moyens de contraceptions existant dans la société française, la conception d'un enfant par un couple marié doit relever d'un choix conjoint et d'un projet parental commun »(88). Une mère avait décidé de concevoir un enfant au détriment du choix de son mari, et le divorce pour faute a été accordé. Les juges ont retenu l'absence de projet parental commun en opposition avec l'unique désir de maternité de la conjointe. Un consentement mutuel est donc nécessaire pour devenir parent au sein d'un couple marié.

Un arrêt rendu le 2 janvier 2007 par la Cour d'appel d'Ontario, fait enfin état d'une filiation multi-parentale(89). Dans cette affaire, la conjointe de la mère biologique a été reconnue en qualité de « troisième » parent, postérieurement à la naissance de l'enfant. L'enfant avait été désiré et planifié par les deux femmes, et l'enfant considérait la conjointe de la mère biologique comme sa seconde mère. En outre, les deux femmes demandaient un droit de visite pour le père, et les juges ont fait droit à leur demande, en s'appuyant sur la loi canadienne de 2005 autorisant le mariage entre personnes de même sexe. Cette décision, décriée par une partie de la doctrine comme une déconstruction regrettable de la parenté(90), n'est toutefois pas exclue de conditions particulières. La conjointe de la mère n'a été reconnue parent que parce qu'elle était partie au projet parental commun, avant la naissance de l'enfant. Autrement dit, cette décision permet simplement de reconnaître juridiquement, sur un pied d'égalité, une filiation fondée à la fois, sur le lien biologique pour le parent non parti à un projet de parental (le père), et à la fois, sur le lien social pour les parents intentionnels partis à ce projet. Il s'agissait donc de reconnaître juridiquement le statut de parent ab initio d'une mère non biologique.

La reconnaissance de liens de filiation fondés sur la participation à un projet parental, présenterait un intérêt considérable, de sorte que tous les individus, qu'importe

(84) V. Article 538 du Code civil québécois : « *Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental* ».

(85) V. Article 538-2 du Code civil québécois.

(86) (1993) 5 Cal. (4th) 84.

(87) GISSEROT-LAROCHE. V., « La gestation pour autrui à l'étranger » in *L'identité génétique de la personne*, op. cit., p. 145.

(88) CA Nîmes, 21 mars 2007, JCP G, 2007, 2, 10149, obs. VASSAUX. J.

(89) V. CA Ontario, 2 janvier 2007. A.A. c/ B.B. (2007), ONCA 2.

(90) V. MIRKOVIC. A., « assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2010, étude 21, n° 11 : l'auteur déplore le détachement du lien de filiation à l'engendrement. THORN. A., *L'intrusion homoparentale*, Groupe de Boeck, 2011, p. 147 : « la fin des pères... » ; AGRESTI. J-P., PUTMAN. E., SIFFREIN-BLANC. C., *Lien familial, lien obligationnel*, Livre 1, PUAM, 2015, p. 132 : selon ces auteurs, la triparenté est la conséquence « d'une contractualisation excessive ».



leurs facultés procréatives pourraient être parents. Un couple constitué de deux personnes qui n'aurait la faculté d'engendrer, pourrait accéder à la parenté en dehors de l'adoption, sans faire appel à de simples contributeurs pour la « location d'un ventre » et/ou, pour la fourniture « de matériau » génétique. La perspective d'une nouvelle structure familiale dépassant le cadre occidental de la présence du seul père et de la mère, ne constitue pas en soi, un revirement si novateur⁽⁹¹⁾.

(91) Saraï, épouse d'Abraham qui se croit stérile, lui propose alors Agar, leur servante égyptienne, comme mère de substitution pour assurer sa descendance (*Ancien testament*, Génèse 16) ; En effet, « la filiation charnelle (filii carni) peut être dévaluée au profit de la filiation

Le détachement de l'importance accordée aux schémas parentaux est un objectif difficile à atteindre en droit de la filiation, malgré une idéologie volontariste encline à repousser les frontières des différences. La biologie et la sexuation persistent à demeurer les leviers privilégiés d'un système fondamentalement naturaliste. Et si les liens noués avec l'enfant apparaissent de plus en plus dissociés d'une identification parentale genrée, la peur d'une cellule familiale éclatée ralentit le législateur dans cette quête de renouvellement. ■

de la promesse (filii promissionis) » (v. LACROIX. L., « Le patriarcat, la filiation charnelle et les pères », *Cahiers de psychologie clinique* 2011/2 (n° 37), pp. 103-122 n° 12).