

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

NOTE DE SYNTHÈSE

**Sous la responsabilité scientifique de
Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIÉS**

Auteur.e.s du rapport :

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

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

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

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

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

Juillet 2017



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

Sous la direction scientifique de Michelle GIROUX et Jérôme COURDURIES

L'équipe de recherche

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

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

Note de synthèse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Le vécu et les représentations des familles

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Quelques pistes de réflexion et propositions

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

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

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

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

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

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

- **Mieux distinguer origines et filiation**

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

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

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

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

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

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

- Ouvrir l'adoption aux non-mariés

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Participer à une convention internationale qui régulerait la GPA

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

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

- Pour conclure

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

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