

UTB – Atelier Ethique

Le « droit à l'enfant » et la filiation

Il s'agit du rapport final d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice et publié par Lexis-Nexis en 2018. Il regroupe sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, Maître de conférences à l'Université de Reims, un aréopage de 24 chercheurs.

Etant donné le volume (600 pages très denses), j'ai oublié l'idée d'entreprendre un résumé général. J'ai abandonné tous les développements sur la notion controversée de « droit à l'enfant », et toutes les comparaisons internationales, pour me limiter à un passage spécifique (2^{ème} partie, 1^{er} chapitre, section 2) qui s'intitule *La filiation et les pratiques de « droit à l'enfant »*. Il semble qu'elle émane d'Isabelle Corpart, Maître de conférences à l'Université de Mulhouse.

Ce passage étudie le statut juridique des enfants, face aux pratiques d'assistance médicale à la procréation. Je m'attache donc à cette analyse juridique et non aux développements philosophiques ou polémiques concernant la notion controversée de « droit à l'enfant ».

I) La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée (PMA)

Le sort des enfants nés d'une assistance à la procréation endogène, c'est-à-dire sans donneur externe au couple, la fécondation in vitro étant obtenue avec les gamètes des époux ou concubins. La seule question est le sort des embryons surnuméraires, car les intéressés peuvent consentir à leur conservation, en vue d'une réimplantation ultérieure (art. L 2143-3 Code de la santé publique). En cas de décès d'un époux, une fécondation in vitro post mortem n'est pas autorisée et les embryons peuvent être détruits ou affectés à un autre couple.

Le sort des enfants nés d'une assistance à la procréation exogène.

Il faut rappeler d'abord les textes législatifs régissant la PMA :

- Article 311-19 du Code civil : *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.*

Aucune action n responsabilité ne peut être exercée contre le tiers donneur.

- Article 311-20 du Code civil : *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.*

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation, ou en réclamation d'état, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

Le consentement est privé d'effet, en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenu avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

Celui qui après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

Il faut se référer en outre aux articles L 2141-1 à L 2141-12 du Code de la Santé publique qui détaille les modalités de cette assistance à la procréation.

Il faut rappeler que l'article L 1211-5 du Code de la Santé publique prescrit l'anonymat du don de sperme ou de gamètes.

En France, la PMA s'adresse exclusivement aux couples hétérosexuels (mariés, Pacésés ou en concubinage) en âge de procréer et dont l'un des membres présente une infertilité pathologique médicalement constatée, ou est porteur d'une maladie grave susceptible d'être transmise au conjoint ou à l'enfant (article L 2141-2 du Code de la Santé publique). Une personne seule ne peut avoir accès à la PMA pour l'instant, mais un projet de modification est annoncé.

Le législateur fait application des mécanismes classiques du droit de la filiation. La femme qui accouche est la mère de l'enfant (article 311-25 Code civil). Si elle est mariée, son mari est automatiquement le père par la présomption pater is est (article 312 Code civil). Sinon le concubin peut reconnaître l'enfant, même s'il n'est pas biologiquement le géniteur. Si la filiation n'a pas été établie volontairement, il est possible d'agir en reconnaissance de maternité ou en recherche de paternité contre le compagnon de la mère qui avait adhéré au projet procréatif.

La filiation reconnue en application des engagements pris dans le projet procréatif, ne peut faire ultérieurement l'objet d'une contestation (art. 311-20 Code civil), sauf s'il était démontré que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée.

Quel est le statut de l'enfant né hors du cadre légal de l'assistance à la procréation ? Il s'agit de fécondations réalisées à l'étranger dans des cas où elle n'aurait pas été admise en France, par exemple avec les paillettes de sperme d'un époux ou concubin décédé. Il n'y aura pas d'incidence sur la filiation, si ce n'est que l'action en recherche de paternité ne pourra plus s'appuyer sur une expertise génétique, car depuis la loi du 6 août 2004, il n'est plus possible d'exhumer le défunt à cet effet (affaire Montand).

Le fait qu'on ait utilisé des gamètes exogènes ne changera rien aux mécanismes habituels d'établissement de la filiation. La femme qui a accouché après avoir reçu l'ovocyte d'une donneuse, est juridiquement la mère (article L 311-25 Code civil), à défaut de l'être génétiquement. Il y a un risque pour la filiation paternelle, lorsque les règles de consentement préalable n'ont pas été respectées. Dans ce cas, l'article 311-20 du Code civil ne s'applique pas et la paternité pourrait être contestée, tant que ne sera pas écoulé le délai de cinq ans qui conforte la reconnaissance ou la possession d'état (article 333 Code civil).

II) La filiation de l'enfant et la gestation pour autrui (GPA) :

Il s'agit d'enfants nés à l'étranger, étant donné l'interdiction de la procréation et de la gestation pour autrui sur le territoire français.

La première question est la réception en France de la filiation créée à l'étranger.

Selon l'article 47 du Code civil (loi du 26 novembre 2003), tout acte de l'état civil des Français fait à l'étranger, rédigé dans les formes usitées dans ce pays, fait foi, sauf s'il résulte de l'acte lui-même ou de données extérieures que cet acte est irrégulier ou que les faits déclarés ne correspondent pas à la réalité.

Plusieurs documents peuvent être obtenus sur la seule foi de l'acte d'état civil étranger. Ainsi les documents de voyage peuvent être obtenus des Consuls qui autorisent de ramener l'enfant en France. Cela donne un effet indirect à la parenté d'intention, lorsque

la mère désignée n'est pas celle qui a accouché. Une circulaire de 2013 permet aussi l'obtention d'un certificat de nationalité française, qui ne préjuge pas de la reconnaissance d'un lien de filiation. La question de savoir s'il y a un lien biologique entre l'enfant et ses parents qui demandent la délivrance du certificat, est mise entre parenthèses.

La deuxième question est la reconnaissance d'effets en France de la filiation de l'enfant, sur la foi de l'acte étranger, lorsqu'il est conforme à la réalité biologique. La transcription d'un acte d'état civil étranger est un enjeu majeur pour les parents qui recourent à une convention de GPA.

Mais en droit français, la mère qui est mentionnée ne peut être que la gestatrice et non la mère d'intention. La Cour de cassation, par arrêts du 6 avril 2011, a validé le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger, s'il comporte des dispositions contraires au droit français, en application d'une convention de GPA qui est nulle d'ordre public en application des articles 16-7 et 16-9 du Code civil. Par arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation a ajouté que « lorsque la naissance est l'aboutissement d'une fraude à la loi française, d'un processus comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui... la filiation établie à l'étranger ne peut être inscrite sur les registres français d'état civil. » De plus, elle annule pour fraude à la loi, la reconnaissance effectuée en France par le père biologique.

Mais la Cour européenne des droits de l'homme, par deux arrêts du 26 juin 2014, a estimé qu'en application de la Convention européenne, on ne peut faire obstacle à l'établissement de la filiation de l'enfant avec son père biologique, ce lien étant nécessaire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la plupart des interprètes, la Cour ne s'est prononcée que pour le cas où la filiation paternelle établie à l'étranger, correspond à la vérité biologique. Le cas de la mère d'intention n'est donc pas évoqué.

La Cour de cassation en assemblée plénière, s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par deux arrêts du 3 juillet 2015. Les actes de naissance établis à l'étranger indiquaient une filiation à l'égard de l'homme qui avait reconnu l'enfant et de la femme qui avait accouché, ce qui était conforme à la réalité. En revanche, il y aurait toujours impossibilité de transcrire l'acte, si celui-ci mentionnait comme mère une autre femme que celle qui a accouché, même si elle avait fourni ses gamètes.

Les commentateurs soulignent que l'exigence de vérité biologique dans ce cas, n'est pas en harmonie avec d'autres hypothèses où elle est considérée comme moins importante : adoption, reconnaissance de complaisance, procréation artificielle avec donneur. Cette notion devient relative lorsque la mère d'intention a donné ses ovocytes à la mère porteuse. De toute façon, la transcription en France de l'acte d'état civil étranger, ne garantit aucune stabilité de la filiation constatée qui peut toujours être contestée.

Privilégier la filiation biologique par rapport à la filiation intentionnelle amène à un traitement différencié de la parenté paternelle et maternelle, particulièrement lorsque l'enfant a été engendré par fécondation avec les gamètes du couple. Le fait que la loi française ferme l'établissement automatique du lien de filiation avec la mère d'intention, même reconnu à l'étranger, oblige à chercher d'autres solutions dans les règles de la tutelle ou de la délégation d'autorité parentale. Mais les bricolages juridiques suffisent-ils à assurer les droits des enfants ? La chancellerie admet qu'ils peuvent avoir des droits successoraux, même s'ils n'ont pas obtenu la transcription en France de leur état civil établi à l'étranger.

Deux pistes sont envisagées pour résoudre au mieux le statut de l'enfant issu de GPA à l'étranger : soit rester dans le cadre habituel du droit des filiations naturelles ou adoptives, soit imaginer un statut spécial autonome qui serait conforme au projet parental.

La première piste est d'utiliser le droit commun de la filiation en l'adaptant. C'est la voie qu'a déjà suivie le législateur pour les enfants issus de dons de sperme, d'ovocytes ou d'embryons. Faut-il en faire autant pour les enfants issus de GPA ?

En ce qui concerne la filiation paternelle, on considère en général comme obsolète la position de la Cour de cassation qui considère comme frauduleuse la reconnaissance par le père biologique, ou la possession d'état à son égard à défaut de reconnaissance. Toutefois, si l'acte étranger désigne deux pères, là où c'est possible, il ne pourra être transcrit en France, car cette hypothèse reste interdite (article 320 Code civil).

Pour la filiation maternelle, la question est très différente, puisque dans les plupart des systèmes juridiques occidentaux, c'est l'accouchement qui désigne la mère. Il en résulte, si l'enfant est né d'une GPA, l'impossibilité pour la mère d'intention de reconnaître l'enfant comme sien, même si elle est la mère biologique par don d'ovocyte ou d'embryon. Toute reconnaissance ou possession d'état serait viciée par la nullité du contrat avec la mère porteuse. On pourrait imaginer que l'accouchement constitue seulement une présomption de maternité, qu'il serait possible d'écarter, au moins lorsque la mère d'intention est aussi la mère génétique, au nom du respect de l'identité de l'enfant. Mais on imagine les inconvénients de cette remise en cause du principe général pour la filiation maternelle, pour résoudre un nombre de cas très minoritaires.

La voie de l'adoption constitue sans doute un mode d'établissement de la filiation plus intéressant dans les cas difficiles. Elle avait été écartée par arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1991. Mais par arrêts du 5 juillet 2017, la jurisprudence évolue, dans un cas où le mari du père de l'enfant né grâce à l'assistance d'une mère porteuse, demandait une adoption simple, aux motifs suivants : « Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger, ne fait pas en lui-même obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. »

Cette même solution de l'adoption est désormais admise par la Cour de cassation, pour la femme d'un couple ayant eu recours à la GPA à l'étranger, pour un enfant dont la filiation est reconnue en France à l'égard du mari. Il est donc permis à l'enfant d'être rattaché aux deux membres du couple, par un lien de filiation biologique pour l'un et par un lien de filiation adoptive pour l'autre. Peu importe que les deux membres du couple soient de sexe différent ou de même sexe.

Il faut toutefois remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation permet ce recours à l'adoption comme régularisation des conséquences d'une GPA qui reste illicite, seulement dans les cas où l'un des membres du couple marié est le père biologique. En outre, cette pratique détourne le sens habituel de l'adoption qui était destiné, jusque là, à donner des parents à un enfant déjà existant et qui n'en a pas. Mais la finalité de l'adoption a déjà évolué, avec la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et leur permettant corrélativement d'adopter un enfant. Il n'y a donc plus parallélisme avec la filiation biologique classique. On a vu que la Cour de cassation admettait depuis 2015 le principe d'une adoption par l'épouse de la mère, suite à une PMA faite en France ou à l'étranger, premier exemple de l'utilisation de l'adoption comme moyen de conférer un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention.

Mais utiliser l'adoption nécessiterait une intervention législative, pour adapter les conditions de sa légalité, soit de manière générale, soit en introduisant des dispositions spécifiques qui correspondent à la situation de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation. Cela impliquerait d'abord de ne plus réserver l'adoption aux couples mariés, l'enfant n'étant pas responsable du statut de ses parents d'intention. Un contrôle judiciaire resterait opportun, et il serait prudent d'anticiper l'abandon de l'enfant par la mère porteuse, dès le début du processus médical, ce qui pose des problèmes éthiques. Avant de

s'engager dans cette voie, il faut réfléchir à l'importance respective que notre société veut accorder à la parenté biologique et à la parenté d'intention.

Doit-on aller vers la reconnaissance d'une parenté volontaire, indépendante de la parenté biologique ? Selon l'article 323 du Code civil, la filiation ne peut pas être l'objet d'un contrat, dans la mesure où les règles d'ordre public sont destinées à protéger les enfants contre les comportements égoïstes des parents. La question spécifique du statut d'enfant issu de GPA à l'étranger doit aussi tenir compte du droit égal de chaque enfant d'obtenir la reconnaissance d'une filiation, sur le fondement de la Convention des Nations Unies sur les droits des enfants.

Certains estiment, plutôt que de bouleverser l'ensemble du droit français de la filiation, qu'il serait préférable de reconnaître la filiation établie selon la loi étrangère, conformément aux prescriptions de celle-ci. C'est la piste que donnait la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts du 26 juin 2014. Mais d'autres commentateurs soulignent les inconvénients qu'il y aurait à reconnaître une parenté d'intention, avec le risque d'encourager le tourisme procréatif. Il y a ambivalence entre le désir de conférer un statut sécurisé aux enfants, et l'inconvénient de leur reconnaître une filiation d'exception.

Plutôt que de heurter de front l'interdiction de toute convention portant sur la gestation pour autrui, telle qu'elle résulte de l'article 16-7 du Code civil, la Cour de cassation préfère pour l'instant statuer au cas par cas. Mais cette situation ne pourra sans doute pas se prolonger indéfiniment. La Cour européenne des Droits de l'homme mettra forcément la France au pied du mur sur la question du statut de l'enfant et il faudra choisir entre tous ces inconvénients.

Conclusion

Mon avis personnel est le suivant.

A toutes les époques, donc bien avant que les techniques d'assistance médicale à la procréation soient connues, l'établissement de la filiation devait combiner trois composantes : la biologie, la volonté de devenir parents exprimée ou présumée, et le fait même de prendre soin d'un enfant et de subvenir à son éducation, que l'on vive ou non en couple durable de toute sorte. La filiation, qu'elle soit paternelle ou maternelle, ne peut être pensée seulement sur des données biologiques.

C'était le cas dès les premiers projets de Code civil. A l'époque, la maternité était certaine, mais la paternité biologique était impossible à prouver. C'est pourquoi il fallait suppléer cette incertitude, soit par une reconnaissance volontaire de paternité pour les enfants naturels, soit par la présomption « pater is est » pour les enfants de couples mariés, c'est à dire une reconnaissance tacite. La réintroduction de l'adoption, qui existait sous l'antiquité, ajoutait une autre voie pour fonder la filiation sur la volonté des parents. En outre, à défaut de reconnaissance expresse ou tacite, la possession d'état pouvait être prise en compte, c'est-à-dire le simple fait de vivre avec l'enfant et d'assumer son entretien et son éducation. Ces trois composantes du lien de filiation ne sont donc pas nouvelles.

Toutefois, avec les progrès technologiques, plusieurs nouveautés viennent changer la donne.

La première est que la paternité biologique peut désormais être connue avec certitude, ce qui minimise l'utilité des présomptions liées au mariage.

La seconde est qu'il est désormais possible, par la fécondation in vitro, de créer et d'implanter un embryon conformément à la volonté de ceux qui souhaitent devenir parents, quelque soit l'obstacle qui les empêchait, qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel ou homosexuel.

La troisième est qu'il est aussi devenu possible techniquement d'implanter l'embryon, non au sein du couple, mais chez une mère porteuse extérieure, quelques soient les modalités. Certes cette GPA est aujourd'hui encore interdite en France, mais elle se pratique couramment à l'étranger au bénéfice de couples français. C'est un fait incontournable, qu'il plaise ou non.

On ne peut priver les enfants issus de ces gestations médicalement assistées, du droit de faire établir un lien de filiation, sous une forme ou sous une autre, avec ceux qui ont pris volontairement l'initiative de cette fécondation, même dans les cas où la législation française interdit de le faire. Ce serait contraire à leurs droits fondamentaux. La question n'est pas très différente de celle des enfants naturels ou adultérins, qui étaient naguère réprouvés, mais qui ont fini par obtenir des droits égaux à ceux des autres enfants.

L'autre nouveauté, c'est que la personne qui accouche n'est plus obligatoirement la mère biologique, ni la mère d'intention. On ne peut pas ne pas en tenir compte.

Alors que faire ?

La tendance générale est à la contractualisation du droit de la famille. Pour la formation et l'organisation des couples en tout genre, la loi n'impose plus un modèle dont il ne faudrait pas s'écarter et la liberté contractuelle doit régner au sein des couples. C'est plus compliqué pour les liens de filiation, jusqu'ici considérés comme d'ordre public et ne pouvant être abandonnés à la fantaisie des individus, puisqu'il s'agit de protéger des enfants qui sont les objets et non les sujets des arrangements des adultes. Mais il ne faut pas non plus que ce souci protecteur se retourne contre eux, en les empêchant d'obtenir un statut de parenté avec ceux qui ont désiré leur naissance et qui les élèvent.

Le recours au mimétisme avec une filiation biologique impossible, aboutit à un résultat surprenant et même un peu ridicule, en reconnaissant à l'enfant deux pères ou deux mères. Il faut faire preuve d'un peu d'imagination, pour trouver des solutions juridiques qui établissent un lien entre l'enfant et ceux qui l'élèvent, et définir ce lien de manière pragmatique, surtout dans l'intérêt de l'enfant et pas seulement pour satisfaire le besoin de reconnaissance de ces parents d'un nouveau genre.

A côté de l'adoption qui confère une paternité ou une maternité équivalente à une parenté biologique, on pourrait peut-être inventer une institution qui produirait presque les mêmes effets à l'égard de l'enfant, sans recourir à l'imitation d'une filiation biologique impossible. Dans un tout autre contexte, le droit romain connaissait l'adrogation qui servait à instituer un héritier, à côté de l'adoption proprement dite. En tout cas, il y a une harmonie à trouver entre la volonté des procréateurs et la défense des droits fondamentaux de l'enfant.

Ceux qui auront désiré cet enfant trouveront suffisamment d'honneur dans le fait même de pourvoir à ses besoins, surtout s'ils font un effort personnel sans s'en remettre entièrement à l'assistance financière de la société. S'ils ont le sentiment de leur propre dignité, ils seront moins en quête de reconnaissance sociale, et ils ne ressentiront pas immédiatement toute différence avec les schémas habituels comme discriminatoire. L'évolution des mentalités se poursuit, mais elle n'est pas instantanée. Le législateur peut montrer la voie, mais il ne doit pas forcer la cadence pour des raisons idéologiques qui ne font pas l'unanimité.

Jean-Paul Dailloux