



PMA, GPA et droits de l'enfant¹

Aude Mirkovic

Maître de conférences en droit privé

Auteur de PMA-GPA. La controverse juridique, ed. Téqui
2014

Résumé

Les pratiques de la PMA et de la GPA sont presque systématiquement appréhendées du côté des demandeurs : les hommes, femmes, célibataires, mariés, concubins, jeunes, vieux, vivants, morts, ont-ils le droit d'y recourir ?

Ces discussions autour des droits réels ou supposés des uns et des autres laissent de côté l'analyse de ces techniques vues du côté de l'enfant. La PMA et la GPA visent à satisfaire des désirs d'enfant divers, mais respectent-elles les droits de l'enfant ?

PMA, GPA, de quoi parlons-nous ?

Définitions

La PMA, ou procréation médicament assistée, est l'ensemble des pratiques qui réalisent la procréation en dehors du processus naturel, c'est-à-dire en dehors de l'union sexuelle de l'homme et de la femme. Il s'agit essentiellement de l'insémination artificielle d'une femme avec le sperme de son conjoint, de son concubin ou d'un tiers, et de la fécondation *in vitro* avec transfert d'embryon (FIV), qui réalise la conception d'embryons *in vitro* à partir des gamètes des futurs parents ou de donneurs, les embryons étant ensuite transférés dans l'utérus de la femme en vue de leur naissance (C. santé publ. art. L. 2141-1).

La GPA, ou gestation pour autrui, est le fait de faire porter un enfant par une femme qui s'engage à le remettre à sa naissance au(x) demandeur(s). L'enfant est parfois issu de l'ovocyte de la mère porteuse, et on parle alors de procréation pour autrui. L'enfant peut également être issu de l'ovocyte d'une donneuse, ou de la femme demandeuse, et porté par la gestatrice qui n'a pas de lien génétique avec lui. Il s'agit à proprement parler de gestation pour autrui. Cela dit, le terme de GPA vise les deux cas de figure car le fait que la gestatrice soit génitrice ou ne le soit pas n'a pas de conséquence juridique : en droit français comme dans l'immense majorité des Etats, la mère est la femme qui met l'enfant au monde, que l'enfant soit issu de ses gamètes ou non, et la loi française interdit la GPA dans ses deux modalités, procréation ou gestation pour autrui.

¹ Ce texte est retranscrit à partir de la conférence donnée par Aude Mirkovic à la faculté de pharmacie de Toulouse le 4 mai 2015. Il poursuit un objectif de vulgarisation juridique.

Situation juridique

La PMA en droit français, comme l'indiquent les termes *médicalement assistée*, poursuit un objectif thérapeutique, à savoir compenser une infertilité médicalement constatée ou éviter la transmission d'une maladie grave. La PMA n'est par conséquent accessible qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer (C. santé publ. art. L. 2141-2). En effet, l'incapacité de procréer des personnes seules, des couples de personnes de même sexe, des morts ou de ceux qui ne sont pas ou plus en âge de procréer n'a rien de pathologique, elle est normale et n'a donc pas vocation à être prise en charge par la médecine.

En dépit de la loi française, des couples de femmes se rendent à l'étranger pour y pratiquer une insémination artificielle avec donneur. L'une d'entre elles est ainsi inséminée dans un Etat qui accepte cette pratique et, de retour en France, sa conjointe demande à adopter l'enfant. La destination la plus indiquée étant la Belgique, on désigne parfois les enfants sous le nom de *bébés Thalys*.

De nombreux tribunaux ont prononcé les adoptions demandées et la Cour de cassation, saisie pour avis sur cette question, a déclaré dans deux avis du 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 » (Avis n° 15011 et n° 15010 du 22 septembre 2014). La jurisprudence entérine ainsi le contournement de la loi française à l'étranger puisqu'elle ferme les yeux sur la conception de l'enfant au moyen d'une technique prohibée par la loi. Nous y reviendrons.

La GPA est, elle, interdite par la loi, quels que soient les demandeurs. D'abord condamnée par la jurisprudence (*Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105*), la pratique est explicitement prohibée par la loi depuis la première loi de bioéthique de 1994 : l'article 16-7 du code civil déclare la nullité de *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui*, les intermédiaires sont sanctionnés par le délit d'entremise en vue de la GPA (C. pén. art. 227-12) et les clients se rendent coupables de l'infraction de provocation à l'abandon d'un enfant né ou à naître (C. pén. art. 227-12).

La législation relative à la GPA est elle aussi contournée à l'étranger par des Français qui se rendent dans un pays où la GPA est légale, pour y recourir aux services d'une mère porteuse. La naissance des enfants est déclarée dans leur pays de naissance et, de retour en France, les intéressés demandent la transcription des actes de naissance étrangers des enfants sur les registres français d'état civil.

La Cour de cassation a approuvé le refus de transcription de ces actes de naissance, dans tous les cas de figure. Lorsque les commanditaires de la GPA sont des époux français homme/femme dont la femme ne peut pas porter d'enfant, l'acte de naissance étranger les désigne comme parents, alors que la femme française par définition n'a pas porté l'enfant et n'est donc pas la mère au sens du droit français. L'acte de naissance ne peut donc être transcrit (*Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130*). Lorsque le commanditaire est un homme, célibataire ou en couple avec un autre homme, l'acte de naissance étranger indique habituellement comme parents l'homme français et la mère porteuse étrangère. Les indications de l'acte de naissance sont cette fois conformes à la réalité mais la transcription est également refusée en raison de la fraude à la loi (*Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315*).

Cette jurisprudence a entraîné la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du respect de la vie privée des enfants (CEDH, 26 juin 2014, requête n° 65192/11, *Menesson*, requête n° 65941/11, *Labassée*). La Cour européenne admet que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à la GPA à l'étranger, mais à la condition que les moyens employés n'aient d'effet que sur les parents d'intention, seuls responsables de la situation. Or, le refus de transcription ayant des répercussions sur les enfants, leur droit au respect de la vie privée est méconnu. La Cour européenne a notamment dénoncé les incertitudes de l'absence de transcription sur la nationalité des enfants et leur vocation à hériter de leurs parents d'intention.

La Cour de cassation doit se prononcer à nouveau le 19 juin prochain. Deux arrêts sont attendus, les premiers depuis la condamnation européenne. Entre temps, le Conseil d'Etat a validé une circulaire du 15 janvier 2013 qui enjoint aux greffiers des tribunaux d'instance de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants, et une note de la Direction des affaires civiles et du sceau (Ministère de la justice) du 13 avril dernier commande aux notaires de considérer les enfants comme héritiers de leurs parents d'intention qui figurent sur les actes de naissance étranger, quand bien même ces actes en seraient pas transcrits sur les registres français d'état civil. Ces deux éléments apportent des réponses aux reproches faits par la cour européenne qui relevait l'incertitude pesant sur la nationalité des enfants et leur vocation successorale.

La situation est désormais la suivante : l'absence de transcription ne prive pas les enfants de leur filiation établie en droit étranger, ni de leur nationalité étrangère, ce qu'on savait depuis le début. Il est désormais acquis qu'elle ne les empêche pas d'acquérir la nationalité française ni d'hériter de leurs parents d'intention. Elle ne les prive donc finalement de rien.

En effet, la contrainte résultant de l'absence de transcription dans les démarches administratives, qui est mesurée mais réelle, ne pèse pas sur les enfants mais sur les adultes, responsables de la situation. On n'a encore jamais vu en effet un enfant produire lui-même son acte de naissance pour s'inscrire à la sécurité sociale ou demander son passeport. Le refus de transcription, à l'égard des enfants, revêt en revanche une portée symbolique en ce qu'il manifeste la réprobation du droit et le refus d'encourager le contournement de la prohibition française de la GPA, prohibition qui a pour but de protéger les enfants de faire l'objet de cette pratique et serait fragilisée si elle pouvait être contournée sans aucune conséquence.

En l'état, le droit français apparaît donc conforme aux exigences de la Cour européenne. La Cour de cassation n'a donc pas l'obligation d'ordonner la transcription des actes de naissance, et ce d'autant plus que :

- D'une part la Cour européenne a insisté sur le paradoxe qui résultait de la situation d'incertitude des enfants dans la mesure où leur filiation paternelle correspondait à leur filiation biologique. Or, la transcription pure et simple des actes reviendrait au contraire à entériner une filiation non biologique pour l'un des parents.
- D'autre part, le premier ministre a déclaré que « le gouvernement exclut totalement d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et normaliser la GPA » (La Croix, 3 octobre 2014).

Il ne s'agit à ce stade que de pronostics, la décision de la Cour de cassation étant attendue pour le 19 juin.

Urgence d'analyser ces pratiques dans la perspective des droits de l'enfant. Ces pratiques sont presque systématiquement appréhendées du côté des demandeurs : les hommes, femmes, célibataires, mariés, concubins, jeunes, vieux, vivants, morts, ont-ils le droit d'y recourir ?

C'est le plus souvent en termes de comparaison voire d'affrontement entre les candidats potentiels à ces pratiques que leur régulation est abordée : puisque les couples homme/femme ont accès à la PMA, pourquoi cette pratique est-elle fermée aux couples de femmes ? Si la PMA offre un remède à ceux qui peuvent porter un enfant mais non le concevoir, pourquoi ne pas organiser la GPA pour ceux qui peuvent concevoir mais ne peuvent pas porter l'enfant ? Si les couples de femmes devaient avoir accès à la PMA, alors ne faudrait-il pas organiser la GPA pour les couples d'hommes ?

Ces discussions autour des droits réels ou supposés des uns et des autres laissent de côté l'analyse de ces techniques vues du côté de l'enfant. La PMA et la GPA visent à satisfaire des désirs d'enfant divers, mais respectent-elles les droits de l'enfant ?

L'enfant, par définition, n'a pas voix au chapitre, c'est pourquoi le droit parle pour lui, à sa place comme dans son intérêt. Prendre en compte l'intérêt de l'enfant n'est pas une option et ce dernier doit primer sur le désir dont il est l'objet puisque, en vertu de l'article 3.1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, qui a une valeur supranationale c'est-à-dire supérieure au droit français, *l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent*.

Il est vrai que l'intérêt de l'enfant est un concept difficile à manier et que chacun peut revendiquer à son profit. C'est pourquoi le droit se fait plus précis pour définir de véritables droits pour l'enfant, dans la perspective desquels nous nous proposons d'envisager ces pratiques de PMA et GPA.

Par souci de clarté, nous envisagerons d'abord la PMA dans une de ses modalités spécifiques, à savoir le don de gamètes qui apparaît comme la pierre d'achoppement la plus évidente au regard du respect des droits de l'enfant (I).

Ensuite, nous relèveront les aspects spécifiques à la GPA (II).

Enfin, après avoir envisagé la PMA et la GPA en général, c'est-à-dire quels que soient les demandeurs, hommes, femmes, couples, de sexe différent, de même sexe, nous analyserons la particularité de la situation lorsque les demandeurs sont des couples de même sexe (III).

Ces différents aspects sont bien entendu parfois imbriqués : la GPA prévoit souvent le recours à des gamètes de donneurs. Lorsqu'un couple d'hommes recourt à la GPA, les aspects relatifs à la GPA en général sont bien entendu toujours présents, mais s'ajoutent les spécificités liées au fait que des demandeurs soient de même sexe. Les différents points abordés peuvent ainsi se recouper et se cumuler dans des cas concrets mais, par souci de clarté, nous envisagerons les situations une à une.

I. La procréation médicalement assistée (PMA)

De façon générale, la PMA, quels que soient ses bénéficiaires, organise la dissociation de la procréation et de la sexualité, dissociation qui n'a rien d'anodin. En effet, ces pratiques remplacent, dans la procréation, l'union des personnes par une manipulation technique : l'enfant est le résultat d'un geste technique. Ceci est particulièrement manifeste dans la fécondation *in vitro* qui réalise la rencontre des gamètes, par pipettes interposées, sur une paillasse de laboratoire. L'enfant vient à la vie comme produit d'une manipulation technique, d'un processus de fabrication en somme. Il y aurait sans doute là une réflexion à mener mais on s'en tiendra à un aspect de la PMA qui mérite une attention particulière en termes de compatibilité avec les droits de l'enfant, à savoir le don de gamètes.

Apport extérieur de gamètes. Le don de gamètes consiste dans l'apport extérieur, c'est-à-dire par un tiers, de gamètes en vue de concevoir un enfant pour autrui (C. santé publ., art. L. 1244-1). Le droit français ne permet le recours au don de gamètes que dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, laquelle concerne par définition un couple composé d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer, ainsi qu'il a été dit plus haut (C. santé publ., art. L. 2141-2).

Ce couple peut recourir au don de gamètes en cas de risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité, ou lorsqu'il ne peut pas fournir les gamètes nécessaires à la conception d'un enfant. La loi autorise tant l'apport de sperme que celui d'ovocytes, mais non les deux à la fois. Le double don de gamètes est ainsi interdit.

En droit français, cet apport extérieur ne peut intervenir qu'à titre non rémunéré, c'est pourquoi on parle habituellement de don de gamètes mais, lorsque cet apport intervient à l'étranger ou de façon illégale en France, il est très souvent rémunéré. Certains parlent alors de *don rémunéré* (!), mais il s'agit tout simplement d'une vente de gamètes. Pour cette raison, le terme de *don de gamètes* est en réalité peu précis et il conviendrait mieux de parler d'*apport extérieur* de gamètes.

Réglementé par la loi depuis 1994, l'apport extérieur de gamètes n'a jamais fait l'objet d'un débat : chaque révision législative suscite son lot de discussions sur la levée ou non de l'anonymat du fournisseur, mais l'apport de gamètes en lui-même n'est jamais discuté.

Or, l'apport extérieur de gamètes organise la conception d'un enfant dont les géniteurs (ou au moins l'un d'entre eux) sont délibérément écartés au profit de parents d'intention. Autrement dit, le don de gamètes prive l'enfant du fondement biologique de sa filiation.

En quoi est-ce un problème ?

Filiation et lien biologique. La filiation ne se réduit certes pas à la réalité biologique : l'adoption en est le signe le plus visible mais, de façon plus générale, lorsque le mariage désigne le mari comme père, on ne vérifie pas que le mari est bien le géniteur de l'enfant (C. civ. art. 212). De même, lorsqu'un homme reconnaît un enfant, il n'y a pas de vérification de sa paternité biologique (C. civ. art. 316).

Le droit français ne réduit donc pas la filiation au lien biologique. Pour autant, si le lien biologique n'est pas le tout de la filiation, peut-on sérieusement prétendre qu'il est si peu important qu'on puisse en priver, délibérément, un enfant ?

Le droit apporte sans conteste une réponse négative. La réalité biologique n'est sans doute pas le tout de la filiation mais elle n'est pas pour autant négligeable.

En effet, si les différents modes d'établissement de la filiation ne comportent pas de vérification du lien biologique, ce n'est pas par mépris du donné biologique, car cette filiation ainsi établie sans « vérification » est présumée correspondre à la réalité biologique. Ainsi, si le contentieux arrive, la filiation qui ne désigne pas comme parents les géniteurs de l'enfant sera anéantie. Certes, le contentieux n'est pas toujours recevable, notamment lorsque les actions en recherche ou en contestation sont prescrites. Au bout d'un moment, le lien vécu, ou l'absence de lien, l'emportent en effet sur la réalité biologique. Mais le contentieux rappelle néanmoins l'importance de la réalité biologique, qui a le dernier mot dès lors que la contestation est recevable.

De toute façon, même en l'absence de tout contentieux, l'importance du lien biologique est facile à saisir : qui accepterait de quitter la maternité avec un autre enfant que le sien ?

On pressent ainsi que, si le droit peut s'écarter du donné biologique, ce ne peut être qu'avec prudence. La prudence est de mise car priver une personne de sa filiation biologique, ou des parents de leur enfant biologique, caractérise un préjudice juridiquement réparable, susceptible d'engager la responsabilité de ceux qui sont responsables de cette privation.

Enfants échangés à la naissance. Ce préjudice a été caractérisé à propos des enfants échangés par erreur à leur naissance. Un jugement du tribunal de grande instance de Grasse, rendu le 10 février 2015, a attribué 400 000 euros de dommages-intérêts à chacun des enfants échangés (les parents et les frères et sœurs ont eux aussi été indemnisés).

S'il y a indemnisation, c'est qu'il y a un préjudice. En effet, contrairement à la responsabilité pénale qui vise à sanctionner un comportement, la responsabilité civile vise à réparer les préjudices. Ainsi, si un conducteur brûle un feu rouge, il est coupable d'une infraction au code de la route, y compris s'il n'a causé aucun accident et qu'il n'y a donc aucun préjudice. Au contraire, sur le terrain civil, une faute qui n'a entraîné aucun préjudice n'est pas sanctionnée. La mise en œuvre de la responsabilité suppose l'existence certes d'une faute, mais aussi d'un préjudice, et bien entendu d'un lien de causalité entre les deux.

Donc, si les enfants échangés à la naissance sont indemnisés, c'est parce que la justice constate qu'ils ont subi un préjudice réparable en justice. En quoi consiste ce préjudice ? Non dans le fait d'avoir été privés de parents, car ils ont des parents qui les ont élevés comme tels. Le préjudice consiste dans le fait d'avoir été privés de leurs parents biologiques. Les parents n'ont pas non plus été privés

d'enfants, mais de leur enfant biologique. C'est bien le lien biologique qui fait défaut aux uns et aux autres en raison de la faute d'autrui et c'est en cela que réside leur préjudice.

Erreurs de gamètes ou d'embryons. L'importance du lien biologique dans la filiation est encore révélée par le préjudice qui résulte des erreurs d'utilisation de gamètes ou d'attribution des embryons dans le cadre d'une PMA. L'hôpital responsable de l'erreur engage sa responsabilité vis-à-vis des personnes qui la subissent, et une affaire de ce type a par exemple été jugée par le tribunal administratif de Clermont Ferrand le 15 décembre 1998. Dans cette affaire, un couple ayant recouru à la fécondation *in vitro* fut informé, alors que le transfert d'embryon a déjà eu lieu et qu'une grossesse était en cours, que l'embryon implanté n'était sans doute pas le leur mais un embryon issu d'un couple de couleur². La femme se résolut à une interruption volontaire de grossesse, « suggérée avec insistance par le milieu médical de la polyclinique », avant de saisir le tribunal. Ce dernier ne se prononça pas sur le préjudice résultant de l'erreur d'implantation de l'embryon car, semble-t-il, la femme ne disposait pas des moyens de prouver l'erreur, l'enfant ayant été avorté. Il se concentra sur le préjudice résultant pour la femme de l'IVG qui en était résulté³, mais il ne fait aucun doute que l'implantation d'un embryon étranger au couple, si elle est prouvée, constitue une faute de nature à engager la responsabilité du CHU, ce qui suppose l'existence d'un préjudice.

En quoi consiste ce préjudice ? Dans le fait que les parents attendent un enfant qui n'est pas issu de leurs gamètes, dans une des branches maternelle ou paternelle en cas d'erreur de gamètes, par exemple lorsque la femme est inséminée avec le sperme d'un autre homme que son mari, ou dans les deux branches lorsque l'enfant est un embryon issu d'un autre couple qui a été implanté par erreur.

Qu'en est-il de l'enfant ? Si le fait d'avoir un enfant non biologique caractérise un préjudice pour les parents, le fait d'avoir des parents non biologiques caractérise nécessairement un préjudice équivalent, réciproque, pour l'enfant. Ce préjudice de l'enfant n'a pas eu l'occasion d'être réparé en justice, faute d'occasion car, comme l'explique, le Pr Dominique Royère, responsable procréation, embryologie et génétique humaine à l'Agence de la biomédecine : « en sept ans, la France a recensé une quinzaine d'erreurs pour quelque 100.000 gestes effectués, qu'il s'agisse d'insémination, de fécondation *in vitro* ou d'implantation d'embryon. Mais les couples ont pu être informés assez tôt par l'équipe médicale pour que leur soit proposée une interruption de grossesse »⁴.

Si les équipes médicales conseillent alors aux parents d'avorter plutôt que de mettre au monde un enfant non biologique, c'est qu'ils considèrent que la perspective de mettre au monde un enfant non biologique caractérise un préjudice tel qu'il vaut mieux que cet enfant ne naisse pas. Ils craignent d'engager leur responsabilité et préfèrent inciter les couples à mettre fin à la grossesse (notons que, comme on l'a vu devant le tribunal de Clermont-Ferrand, leur responsabilité n'en est pas moins engagée du fait de l'IVG, illégale dans le cas présent, qui en est résultée). Mettre au monde un enfant non issu de leurs gamètes caractérisant un préjudice pour les parents, venir au monde au sein d'un couple dont il n'est pas issu caractérise le même préjudice pour l'enfant.

² TA Clermont-Ferrand, 15 déc. 1998 : *JurisData* n° 1998-853762 ; LPA 24 sept. 1999, n° 191, p. 10, note C. Taglione.

³ Constatant que la femme s'est résolue à une interruption de grossesse en raison de l'erreur commise par le service dans la transplantation d'embryon, le tribunal en déduit que, « dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence ou non d'une erreur de transplantation d'embryon qui aurait motivé la décision d'interrompre la grossesse de la requérante, le Centre hospitalier universitaire Y doit être déclaré entièrement responsable des conséquences dommageables de l'interruption volontaire de grossesse dont s'agit ».

⁴ Pr Dominique Royère, responsable procréation, embryologie et génétique humaine à l'Agence de la biomédecine, Le Figaro, 14 avril 2014.

Enfants issus de l'inceste. L'importance du fondement biologique de la filiation est enfin révélée par le préjudice subi par les enfants issus de l'inceste : leur préjudice consiste de façon très spécifique dans le fait de ne pas pouvoir, parce que la loi l'interdit, établir juridiquement leur filiation biologique. En effet l'article 310-2 du code civil interdit d'établir le second lien de filiation incestueux : si la filiation maternelle est déjà établie, la paternité du père biologique de l'enfant (qui est aussi son grand-père ou son oncle selon les cas) ne peut être juridiquement établie. Il en résulte l'impossibilité pour l'enfant issu de l'inceste d'établir juridiquement sa filiation biologique dans une des branches, et la Cour de cassation lui permet d'obtenir réparation de ce préjudice qu'il subit en étant « privé du droit de faire établir sa filiation en vertu de l'article 310-2 du code civil »⁵.

Enfant issu d'un don de gamètes. Il convient maintenant de comparer la situation des enfants issus du don de gamètes avec celle des enfants dont les préjudices ont déjà été caractérisés par les juges.

Comme les enfants échangés à la naissance, les enfants issus d'un don de gamètes ont aussi été privés du fondement biologique de leur filiation. Ils ont certes des parents légaux, comme les enfants échangés à Grasse. Ils ne désirent pas forcément remettre en cause cette filiation (de toute façon, la loi le leur interdit), pas plus que les enfants échangés de Grasse qui ont choisi de « rester dans leur famille de cœur ». Mais il reste ce fait objectif : ils ont été privés du fondement biologique de leur filiation. De la même manière que cette privation caractérise un préjudice pour les enfants de Grasse, elle caractérise le même préjudice pour les enfants issus de dons.

La différence entre les enfants issus de dons de gamètes et ceux échangés à la naissance est que, pour les premiers, le fait générateur de la privation est cette fois-ci volontaire et non plus accidentel. Mais cela ne modifie pas la situation objective, à savoir que la filiation légale de l'enfant ne repose pas sur le lien biologique.

Levée de l'anonymat ? Certains pensent protéger suffisamment les enfants issus d'un apport extérieur de gamètes en levant l'anonymat du don. Mais il est fort douteux que l'information relative aux origines soit en mesure de compenser leur préjudice. En effet, les enfants échangés à Grasse ont bien eu accès à la connaissance de leurs origines. L'identité du couple les ayant engendrés leur a bien été communiquée, et pourtant leur préjudice a été estimé à 400 000 euros. Les jeunes filles avaient même la possibilité, si elles le souhaitaient, de faire établir juridiquement ce lien de filiation biologique. Les deux ont choisi de rester dans leurs familles de cœur, et leur préjudice n'a pas disparu pour autant. La transparence sur les origines ne suffit donc pas à réparer le préjudice objectif qui résulte pour l'enfant d'avoir été privé de ses parents biologiques.

D'ailleurs, le couple qui a reçu l'embryon d'un autre couple ne s'estime certainement pas satisfait avec la levée de l'anonymat sur l'identité du couple à l'origine de l'embryon qu'ils ont accueilli, pas plus que le couple auteur de l'embryon ne se contentera de savoir chez qui leur embryon a été implanté. On ne voit pas pourquoi l'enfant, lui, devrait s'estimer satisfait avec l'information sur l'identité de ses géniteurs.

Autrement dit, quand bien même le don de gamètes interviendrait sans anonymat, le préjudice de l'enfant qui en est issu ne serait pas compensé pour autant.

Par ailleurs, l'enfant issu d'un apport extérieur de gamètes subit le même préjudice que l'enfant incestueux car l'article 311-19 al. 1^{er} du Code civil interdit d'établir un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Ce mode de conception prive aussi, comme l'inceste, l'enfant de la possibilité d'établir juridiquement sa filiation biologique. L'enfant subit le même préjudice juridiquement réparable et susceptible d'engager la responsabilité des auteurs de sa conception.

⁵ Crim. 23 septembre 2010, n° 09-84.108. Le père a imposé à sa fille des rapports sexuels et un enfant est né de ces relations incestueuses.

Il apparaît ainsi clairement que, si la filiation ne se réduit pas à la réalité biologique de l'engendrement, cette réalité est loin d'être indifférente, et la Cour européenne souligne d'ailleurs « l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun » (CEDH 26 juin 2014, *Mennesson*, *Requête no 65192/11*, § 100).

Même les personnes qui recourent à des gamètes extérieurs recherchent le lien biologique comme tel, chaque fois que c'est possible : lorsqu'un couple homme/femme bénéficie d'un don d'ovocytes, l'homme qui fournit, lui, ses gamètes entend bien être reconnu par le droit à ce titre, comme père biologique. C'est seulement pour désigner comme mère la femme qui n'a pas fourni l'ovocyte qu'on se passe cette fois du lien génétique.

De même, lorsque des femmes recourent à un apport de sperme, celle qui est inséminée et met l'enfant au monde se considère bien comme ce qu'elle est, la mère biologique, et entend être reconnue comme telle par le droit. En revanche, pour désigner la seconde femme comme seconde mère, elles veulent cette fois exclure toute référence non seulement à la réalité biologique, mais encore à la vraisemblance biologique. Et, lorsque les deux femmes recourent à un apport de sperme, elles recherchent souvent le même donneur, de manière à ce que leurs enfants respectifs soient liés par un lien biologique.

Le lien biologique est recherché par tous, chaque fois que possible. En revanche, dès lors que des adultes ont un projet d'enfant dont la réalisation passe par le recours à des gamètes extérieurs, on voudrait considérer de façon péremptoire qu'il serait indifférent pour l'enfant d'avoir comme parents ses géniteurs ou autrui, et qu'il serait légitime d'écarter délibérément de sa filiation ses géniteurs ou l'un d'entre eux.

La technique permet de concevoir un enfant à partir de gamètes extérieurs, mais le contentieux jurisprudentiel qui vient d'être évoqué révèle qu'une telle conception qui écarte délibérément l'un des géniteurs de l'enfant n'a rien d'anodin et pourrait engager certaines responsabilités à son égard.

Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE). L'importance de la filiation biologique, révélée par le contentieux jurisprudentiel, est d'ailleurs consacrée de façon explicite par la CIDE dont l'article 7 pose le droit de l'enfant, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Cet article définit un certain nombre de droits pour l'enfant à sa naissance, et le contexte révèle que les parents dont il s'agit sont les parents de naissance, autrement dit les parents biologiques. Le texte s'adresse aux Etats, et leur défend d'adopter une législation privant délibérément un enfant de la possibilité de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

L'apport extérieur de gamètes prive certainement l'enfant de la possibilité sinon de connaître ses géniteurs et, en tout cas, d'être élevé par eux, puisque le recours à des gamètes extérieurs consiste précisément à écarter de l'enfant l'un au moins de ses géniteurs. Mais chacun a sans doute à l'esprit plusieurs dispositions du droit français qui, elles aussi, privent l'enfant de cette possibilité. On pense immédiatement à l'accouchement sous X, à l'adoption plénière, mais aussi aux délais de prescription dans lesquels sont enfermées les actions relatives à la filiation et qui rendent certaines filiations incontestables ou interdit de les rechercher. Le don de gamètes ne semble donc pas seul en cause : le droit français serait-il sur tous ces aspects contraire aux droits de l'enfant tels que garantis par la CIDE ?

Pour y répondre, relevons tout d'abord que ce droit n'existe que « dans la mesure du possible ». L'Etat n'a pas l'obligation d'assurer à l'enfant d'être élevé par ses parents biologiques lorsque ce n'est pas possible mais, en revanche, il ne doit rien faire qui empêche l'enfant de l'être.

Ensuite, et surtout, relevons qu'il s'agit d'un droit de l'enfant. Par conséquent, des aménagements et exceptions à ce droit de l'enfant peuvent être justifiés par l'intérêt de l'enfant lui-même. C'est même

indispensable, sous peine que ce droit ne devienne une obligation et ne se retourne contre son titulaire ! Même lorsqu'il serait possible que l'enfant connaisse ses parents et soit élevé par eux, ce n'est pas une obligation pour lui et d'autres solutions peuvent être envisagées si son intérêt le justifie. Mais, dès lors qu'il s'agit d'un droit de l'enfant, ces aménagements à son droit posé par la Convention ne peuvent se concevoir que dans son intérêt à lui et non dans l'intérêt d'autrui.

Il en va de même pour tous les droits qui ne sont pas des obligations pour les titulaires sous peine de n'être plus des droits. Par exemple, l'enfant a le droit au respect de sa vie privée. Mais, s'il disparaît, on pourra bien entendu lancer un avis de recherche, attentatoire en soi à sa vie privée, car son intérêt l'exige et que le droit au respect de la vie privée devenu une obligation se retournerait contre lui.

Accouchement dans le secret. La possibilité pour une femme d'accoucher dans le secret empêche l'enfant de savoir qui sont ses parents biologiques comme d'être élevés par eux : l'administration détenant les informations concernant la mère de naissance, il est en théorie « possible » pour l'enfant de savoir qui elle est et, pourtant, il est privé par la loi de cette information, quand bien même il la demanderait.

Mais cette possibilité donnée à la femme d'accoucher dans le secret vise notamment à protéger l'enfant lui-même contre le risque d'avortement, d'infanticide ou d'abandon sauvage qui pèse sur lui, dès lors que sa mère biologique ne veut pas être connue. L'utilité et l'opportunité de la mesure au regard de l'objectif pourrait être discuté mais la mesure peut se justifier dès lors qu'elle poursuit la sauvegarde de la vie de l'enfant, intérêt supérieur à celui de connaître ses parents et être élevé par eux.

Adoption plénière. L'adoption plénière, en ce qu'elle fait définitivement obstacle à la filiation d'origine de l'enfant, prive encore ce dernier de la possibilité, sinon de connaître ses parents, en tout cas d'être élevé par eux. Même si les parents de naissance sont découverts après l'adoption, celle-ci fait échec à l'établissement d'un lien juridique entre eux et l'enfant et empêche, de fait, que l'enfant soit élevé par ses parents de naissance, quand bien même cela serait devenu *possible*.

Pourtant, la mesure ne heurte pas non plus la CIDE car elle aussi intervient dans l'intérêt de l'enfant : l'adoption plénière est une institution au service de l'enfant, qui a pour raison d'être de donner à un enfant, privé de sa famille d'origine par les malheurs de la vie, une famille d'adoption qui devient sa famille. Cette famille ne peut devenir la famille de l'enfant que si l'adoption est stable et définitive, à défaut de quoi elle ne sera jamais qu'une famille d'accueil si l'adoption peut à tout instant être remise en cause par la survenance ou la recherche de parents biologiques.

Les délais et autres modalités qui encadrent l'adoption de l'enfant pourraient sans doute être discutés et éventuellement évoluer mais l'effacement de la famille biologique étant organisé pour le bien de l'enfant lui-même, il peut se justifier au regard de l'article 7 de la CIDE.

Délais de prescription. Les délais dans lesquels sont enfermées les actions en contestation et en recherche de la filiation privent, une fois écoulés, les intéressés de la possibilité de rechercher leur filiation biologique lorsqu'elle n'a pas été établie. Quand bien même l'enfant connaît l'identité de ses parents biologiques, et qu'il est donc *possible* en théorie qu'il leur soit rattaché pour les connaître et être élevé par eux, la prescription fait échec à la mise en œuvre de ce droit de l'enfant.

Mais ces délais sont encore fixés dans l'intérêt de l'enfant lui-même, afin de lui garantir la stabilité de son état et d'obliger les adultes à prendre leurs responsabilités à son égard en interdisant notamment les contestations tardives de sa filiation. Ici encore, la pertinence de tel ou tel délai

pourrait se discuter mais, dans son principe, la prescription vise à assurer la stabilité de l'état de l'enfant et peut donc elle aussi se justifier au regard de l'article 7 de la CIDE.

Don de gamètes. L'apport extérieur de gamètes porte, lui aussi, atteinte au droit de l'enfant de connaître ses parents d'origine et d'être élevé par eux. L'anonymat de l'apport lui interdit de connaître l'un de ses parents d'origine mais, en tout état de cause et quand bien même l'anonymat serait levé ou n'existerait pas, *ab initio*, détenir l'identité de son géniteur ou de sa génitrice n'est pas équivalent au fait de le connaître et être élevé par lui. Il y a donc à nouveau une atteinte objective au droit de l'enfant, mais qui cette fois n'intervient pas dans l'intérêt de l'enfant mais pour réaliser le désir d'enfant d'autrui.

L'analogie fréquemment faite entre apport de gamètes et adoption n'est donc guère pertinente, car l'adoption vise à réparer ce que l'apport de gamètes provoque. L'adoption ne prive l'enfant de rien, elle répare. Elle intervient au service d'un enfant déjà privé, par les malheurs de la vie, d'un de ses parents de naissance ou des deux. Au contraire, l'apport de gamètes organise précisément le scénario que l'adoption tend à réparer.

La législation française, en ce qu'elle organise le recours à des gamètes extérieurs pour concevoir un enfant, apparaît donc contraire aux engagements internationaux de la France résultant de ce texte et susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat français sur ce fondement.

GPA et don de gamètes. La GPA fait souvent intervenir un don de gamètes, en général d'ovocyte. Même lorsque la gestatrice fournit l'ovocyte, mais dès lors qu'elle s'engage à disparaître de la vie de l'enfant après sa remise aux demandeurs, la pratique revient encore, en fait sinon en droit, à priver l'enfant de sa filiation biologique, au moins maternelle. Tout ce qui a été dit sur le fait d'écarter volontairement l'un des géniteurs de l'enfant pour réaliser le désir d'enfant d'autrui est donc en général valable en cas de GPA. A ces aspects, la GPA ajoute des difficultés spécifiques.

II. Les aspects spécifiques à la GPA

Utilisation de la femme. Il faudrait approfondir le fait que la GPA comporte l'utilisation d'une femme comme machine à fabriquer un enfant. Le consentement réel ou contraint de la femme importe peu dès lors qu'il s'agit de la protéger d'être ainsi traitée car l'esclavage volontaire est sans doute le plus perfide. En témoignent les infractions qui sanctionnent les nouvelles formes de traite des êtres humains, définies à l'article 225-4-1 du code pénal et qui incluent les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité, alors même que les personnes ainsi exploitées peuvent être consentantes voire même satisfaites de leur sort.

Enfant acheté ou donné. Le but de ce propos étant de s'en tenir à l'enfant, on constatera que la GPA signifie pour lui d'être commandé, fabriqué, livré. Certes, c'est avec les meilleures intentions du monde, mais les intentions ne changent pas le contenu du contrat de GPA, lequel consiste à commander l'enfant pour les uns, le fabriquer pour l'autre et le remettre aux premiers. Autrement dit, l'enfant est traité sinon voulu comme un bien, une marchandise commandée pour satisfaire un désir.

Le plus souvent, l'enfant est en outre vendu. En effet, bien que certains ne veuillent pas l'assumer, il s'agit bien d'un achat d'enfant : l'un (le demandeur) donne de l'argent, l'autre (la gestatrice), porte et remet l'enfant en échange de cet argent. Comme l'a relevé explicitement la Cour d'appel de Rennes,

ce qui est réalisé sous le sigle aseptisé de GPA est « un achat d'enfant » (CA Rennes, 10 janv. 2012, n°11/01846).

Même dans les systèmes où la GPA est, soi-disant, gratuite, cette gratuité est illusoire et l'enfant est, en réalité, vendu. En effet la gestatrice, si elle n'est pas officiellement rémunérée, reçoit une indemnisation et rien n'empêche de lui proposer des cadeaux (une voiture, un voyage..), qui ne sont rien d'autre qu'une rémunération déguisée.

La GPA n'est donc en réalité jamais gratuite sauf le cas particulier de la GPA intrafamiliale qui pose d'autres problèmes, par exemple lorsqu'une femme porte l'enfant de son fils⁶, ou lorsque l'épouse d'un homme porte l'enfant de la fille de ce dernier, qui est donc grand-père grâce à sa femme... qui a porté le bébé de sa fille⁷.

Dans tous les cas, et quand bien même il serait possible que la GPA soit non rémunérée, susciter une grossesse en vue de l'abandon de l'enfant, y compris à titre gratuit, revient encore à traiter l'enfant comme un objet car on ne saurait donner une personne.

Peu importe finalement que l'enfant soit finalement donné ou vendu, car on ne peut donner ou vendre que ce qui nous appartient. Donner ou vendre l'enfant, c'est se comporter à son égard comme un propriétaire. Or, c'est précisément la définition de l'esclavage : l'individu sur lequel s'exerce l'un des attributs du droit de propriété. Cette définition est donnée par l'article 224-1 A du code pénal, aux termes duquel *La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété*. Elle est punie de vingt années de réclusion criminelle, et de trente ans lorsqu'elle est commise à l'égard d'un mineur, ou par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne qui a autorité sur la victime ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (Article 224-1 C).

La GPA, quelles bonnes que soient les intentions, fait donc de l'enfant un objet puisque la femme qui l'a porté le donne ou le vend.

Maternité éclatée. Ensuite, la GPA entraîne l'éclatement de la maternité entre une mère génitrice, une mère gestatrice et une mère d'*intention*. Plus encore que le « simple » don de gamètes, la GPA brouille les repères généalogiques censés indiquer à l'enfant son origine.

Elle rend difficile pour l'enfant de répondre de façon limpide à la question : qui est ma mère ? Le conflit susceptible de se nouer entre les différentes candidates à la maternité après le recours à la GPA manifeste bien l'embarras qui résulte de la GPA pour déterminer qui est la mère de l'enfant. Alors que la certitude liée à la maternité, exprimée par l'adage *mater semper certa est*, est le socle de la filiation, la GPA prive l'enfant de cette certitude alors qu'il s'agit de la relation sociale fondatrice, la maternité.

Comment respecter le droit de l'enfant de connaître ses parents et être élevé par eux en recourant à une pratique qui, par principe, rend délicat voire impossible d'identifier qui est la mère de l'enfant qu'il aurait le droit de connaître et par laquelle il aurait le droit d'être élevé ?

Abandon programmé. Enfin, la GPA organise la conception et la gestation de l'enfant en vue de sa remise à des demandeurs. L'enfant va vivre un abandon, non certes au sens qu'il serait laissé seul dans la rue, mais au sens qu'il est séparé de la femme qui l'a porté, ce qui est vécu par lui comme un abandon. Certes, les enfants issus de la GPA ne sont pas les seuls à vivre cette séparation et, notamment, les enfants ensuite adoptés ont souvent vécu la même chose. On identifie également cette blessure de l'abandon, que Nancy Newton Verrier désigne sous le nom de blessure primitive,

⁶ <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/03/09/01016-20150309ARTFIG00432-royaume-uni-une-mere-donne-naissance-a-l-enfant-de-son-fils.php>

⁷ <http://www.voici.fr/news-people/actu-people/lorenzo-lamas-va-etre-grand-pere-grace-a-sa-femme-qui-porte-le-bebe-de-sa-fille-553702>

chez des enfants séparés de leur mère en raison de complications médicales au moment de la naissance. La situation d'abandon pour l'enfant ne dépend pas de ce que l'enfant est effectivement abandonné ou non, mais du fait qu'il est séparé de la femme qui l'a porté.

On maîtrise mal les conséquences sur l'enfant de la séparation d'avec la femme l'ayant porté mais, plus les connaissances progressent en la matière, et plus on met en évidence l'importance du lien tissé *in utero* et la blessure d'abandon est clairement identifiée. On cherche aujourd'hui à préserver au mieux le lien avec la mère (par une vigilance accrue par exemple si l'enfant est en couveuse), très important pour l'enfant et qui lui permet d'entrer dans le monde dans une atmosphère de sécurité. Au contraire, la GPA planifie une séparation, au pire moment puisque immédiatement après la naissance, pour empêcher l'attachement entre l'enfant et la femme. Mais, comme l'explique la psychothérapeute Anne Schaub, «Si un adulte, ici une femme, peut décider de ne pas s'attacher au bébé qu'elle porte pour autrui, un embryon, un fœtus, un bébé, n'a pas cette capacité : pour lui, le processus d'attachement qui débute dès la grossesse est un processus biopsychologique naturel ayant pour objectif de rechercher proximité, protection et sécurité auprès de l'adulte qui le "porte". Dès lors, séparer l'enfant de celle qui l'a porté durant neuf mois et à laquelle il s'est attaché représente pour l'enfant une rupture traumatique, un traumatisme majeur dans la vie naissante d'un enfant »⁸.

On perçoit ici encore, comme on l'a dit pour la PMA, que la comparaison de la GPA cette fois avec l'adoption ne peut être pertinente car gérer une situation n'équivaut pas à la susciter. L'adoption vise à confier un enfant séparé de ses parents de naissance à une famille adoptive, alors que la GPA planifie la séparation de cet enfant et de sa mère de naissance pour pouvoir le remettre à une famille.

Il apparaît que l'apport extérieur de gamètes comme la GPA sont des pratiques qui mériteraient d'être repensées en intégrant le respect des droits de l'enfant, quels que soient les demandeurs et bénéficiaires de ces pratiques, et y compris lorsqu'ils sont un homme et une femme. Mais la situation présente encore des difficultés spécifiques lorsque les demandeurs sont des couples de même sexe.

III. Particularités lorsque les demandeurs sont des personnes de même sexe

La généralisation du don de gamètes. L'accès à la PMA ou GPA pour les couples de même sexe suppose le recours à des gamètes extérieurs dans tous les cas car, y compris avec l'aide de la médecine, deux hommes ou deux femmes ne peuvent jamais procréer par leurs propres forces génétiques. On passe ainsi du don de gamètes par exception au don de gamètes par définition, à la généralisation du don de gamètes.

L'effacement d'une branche de la filiation. Surtout, la PMA ou la GPA pour les couples de même sexe emporte comme conséquence l'effacement d'une des branches de la filiation de l'enfant. Le don de gamètes, dans tous les cas, prive l'enfant du fondement biologique de sa filiation pour satisfaire le désir d'enfant d'autrui. Mais, lorsque ce don est réalisé au profit d'un couple de femmes ou d'un couple d'hommes, le processus va plus loin.

En effet, en cas d'apport de gamètes tel qu'autorisé par la loi au profit d'un couple homme/femme, vivant et en âge de procréer, l'apport a, pour reprendre les mots du psychiatre Christian Flavigny, vocation à se faire oublier : le don de sperme est réalisé au profit d'un père, le don d'ovocytes au profit d'une mère, et le donneur comme la donneuse ont vocation à s'effacer derrière le père ou la mère de l'enfant.

Au contraire, en cas de don de sperme au profit d'un couple de femme, le donneur ne va disparaître derrière personne et rester bien visible aux côtés de la seconde mère. En cas de GPA pour un couple

⁸ <http://www.lalibre.be/debats/opinions/la-gpa-prejudice-de-taille-pour-le-bebe-5531313b3570fde9b2bfd72f>

d'hommes, la mère de l'enfant ne s'effacera pas derrière une nouvelle mère, et son absence restera bien visible entre les deux hommes auxquels elle aura remis l'enfant.

La PMA prive l'enfant non seulement d'avoir son père biologique mais de père, et de lignée paternelle, comme la GPA prive l'enfant non seulement de sa mère biologique mais de mère, de lignée maternelle.

Ceux qui revendiquent ou pratiquent ces PMA et GPA pensent compenser cette privation par l'adoption de l'enfant par une seconde femme après la PMA, ou un second homme après la GPA. Mais le problème est que, en dépit des bons sentiments, il ne s'agit pas d'une adoption mais de ce qu'on appelle juridiquement un détournement de l'adoption.

Le détournement de l'adoption.

Pourquoi est-ce que l'adoption demandée après PMA avec donneur au sein d'un couple de femmes, réalise un détournement de l'adoption ? La question est la même à propos de l'adoption demandée au sein d'un couple d'hommes après GPA, mais elle n'a pas encore été posée aux juges.

En revanche, une telle adoption a déjà été demandée par des couples homme/femme après GPA, et les juges ont logiquement refusé l'adoption demandée en ce qu'elle aurait réalisé un détournement de l'adoption. Plus généralement, la Cour de cassation a caractérisé le détournement de l'adoption à plusieurs reprises, à chaque fois que l'adoption est utilisée pour une autre finalité que celle qui est la sienne.

Quelle est la finalité de l'adoption ? L'adoption est une institution au service de l'enfant, qui a pour raison d'être de donner des parents adoptifs à un enfant privé de ses parents de naissance ou de l'un d'entre eux. L'adoption vise donc à réparer un malheur de la vie, le fait qu'un enfant soit privé de ses parents pour une raison ou une autre.

Mais la PMA pour les femmes ne vise pas à réparer le fait que l'enfant soit privé de son père, elle organise cet événement. Lorsque deux femmes ont recours à l'insémination artificielle en Belgique, c'est précisément pour avoir un enfant qui n'ait pas de père mais soit issu d'un donneur. On ne peut éviter que l'enfant ait un géniteur, mais le recours à ses seuls gamètes vise à l'écarter comme père.

On voit ainsi qu'une telle PMA a pour but la conception d'un enfant sans père, sans lignée paternelle, de manière à ce que la place soit libre pour la conjointe de la mère, pour que l'enfant soit adoptable puisque n'ayant qu'un seul parent.

L'adoption n'a pas pour but ici de réparer le fait que l'enfant n'ait pas de père, elle est demandée pour entériner le fait que l'enfant a été délibérément conçu sans père. Une telle demande réalise donc un détournement de l'adoption, non pas cependant parce que les demandeuses sont de même sexe mais parce que l'enfant a été conçu de manière à le rendre adoptable.

La Cour de cassation a, comme on l'a dit, déjà caractérisé un tel détournement de l'adoption lorsqu'elle était demandée par des couples homme/femme. Il s'agissait à l'époque des enfants nés, en France, de mère porteuse : le père biologique reconnaissait l'enfant, et sa conjointe demandait à l'adopter. Sur le papier, l'enfant était adoptable, puisqu'il n'avait pas de filiation maternelle. Pourtant, la Cour de cassation refusa l'adoption à plusieurs reprises, en raison du détournement d'institution que réaliserait l'adoption d'un enfant délibérément conçu de manière à le rendre adoptable.

Le passage par la GPA n'était pas la raison du refus de l'adoption mais le fait que ce processus de GPA organisait la venue au monde d'un enfant adoptable, ainsi que l'explique clairement l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 décembre 1989 (Ass. Alma mater) : tendre « *délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son*

véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu » (Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15.655).

La solution est reprise par l'Assemblée plénière en 1991, car « *cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que... ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* » (Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105).

La solution devrait être logiquement la même à chaque fois qu'un enfant a été conçu de manière à le rendre adoptable, que ce soit par PMA ou par GPA, et quels que soient les demandeurs, puisque le même détournement d'institution est caractérisé. C'est pourquoi l'avis de la Cour de cassation du 22 septembre dernier, selon lequel le mode de conception de l'enfant par insémination artificielle en Belgique ne fait pas obstacle à l'adoption demandée par la conjointe de la mère, est incompréhensible et en contradiction avec ce qui a déjà été jugé à propos de l'adoption demandée par des couples homme/femme. Il revient à valider juridiquement la fabrication d'enfants rendus délibérément adoptables.

Notons que, lorsque ce sont des couples homme/femme qui recourent au don de gamètes, ils n'ont pas besoin de demander l'adoption puisque la filiation de l'enfant s'établit directement à leur égard. Mais le problème de fond demeure : le recours à des gamètes extérieurs écarte le géniteur de l'enfant pour laisser la place libre pour un parent d'intention, quelle que soit la manière dont la filiation est ensuite établie.

Intérêt de l'enfant. Pour en revenir à l'actualité, et aux demandes d'adoption faites par des couples de femmes, certains pensent rendre service à l'enfant, dès lors qu'il est amputé d'une branche de sa filiation, autrement dit une fois que le mal est fait, en acceptant qu'il soit adopté par la conjointe de sa mère.

C'est ce que font de nombreux juges, encouragés par la Cour de cassation qui a rendu un avis favorable à ces adoptions, et nul ne doute qu'ils le font dans le but de protéger l'enfant. Le problème est que, en réalité, accepter de valider un processus de fabrication d'un enfant adoptable n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, ni de l'enfant concerné ni de l'enfant en général.

Tout d'abord, cette adoption ne répare pas le préjudice subi par l'enfant privé délibérément d'une partie de sa filiation biologique. Le donneur ne sera jamais pour lui un père et prononcer l'adoption par une seconde femme le prive définitivement de toute possibilité d'avoir un père de substitution. Une deuxième femme, quand bien elle adopterait l'enfant, pourra aimer l'enfant et l'éduquer mais elle ne remplacera jamais le père dont l'enfant a été privé.

Au contraire, accepter de fermer les yeux sur le mode de conception de l'enfant revient à occulter ce préjudice et à le nier, ce qui s'apparente à un déni de justice. Les psychologues expliquent que le déni de ce qui est arrivé à un enfant le prive de la possibilité d'exprimer sa souffrance, y compris à lui-même : en l'occurrence, le fait que la justice ferme les yeux nourrit l'idée qu'il ne s'est rien passé, qu'il n'a subi aucun préjudice. L'enfant est ainsi privé par la complaisance de la justice de la possibilité non seulement de dire son manque, mais même de le penser. La souffrance risque alors de s'exprimer d'une façon inaudible et incompréhensible pour lui.

Ensuite, prononcer l'adoption demandée, en pensant rendre service à l'enfant concerné, est un encouragement à la multiplication de ces pratiques qui organisent la venue au monde d'un enfant amputé d'une branche de sa filiation pour le rendre adoptable. Au contraire, le refus de la justice de valider ces pratiques a un effet dissuasif pour protéger nombre d'enfants contre de telles atteintes à leurs droits.

Il y a de nombreuses situations dans lesquelles les juges refusent de prononcer les adoptions ou de reconnaître celles qui ont été prononcées à l'étranger, dès lors que les conditions de fond de la loi française n'ont pas été respectées, parce que ces conditions visent à protéger les droits des enfants comme des parents biologiques. Accepter de régulariser des adoptions troubles priverait d'effet les règles internationales visant à faire échec aux trafics d'enfants de toute sorte.

Les enfants issus de telles PMA ou GPA ne sont donc pas des cas particuliers : de nombreux enfants ont été obtenus en violation de la loi française ici ou là et la jurisprudence ne peut accepter de régulariser ces cas, même pour rendre service à un enfant précis, sous peine d'alimenter les trafics d'enfants. En effet, dès lors que l'intérêt de l'enfant justifie de prononcer l'adoption demandée, alors il peut permettre de valider toutes les situations constituées au mépris de ses droits.

Finalement, pour les juges (français comme européens), peu importent les conditions dans lesquelles l'enfant a été obtenu et, du moment que les adultes s'en occupent bien ensuite, ils entérinent juridiquement la situation. On devrait aussi désormais pouvoir aller voler un enfant dans un pays pauvre et, ensuite, une fois l'enfant en France et choyé par des parents aimants, invoquer l'intérêt de cet enfant pour exiger que la justice française entérine ce rapt et reconnaisse ses auteurs comme parents.

Pour revenir à la Convention des droits de l'enfant, on se demande comment le fait de couronner par un détournement de l'adoption la fabrication d'un enfant adoptable pourrait être compatible avec l'article 21 de la CIDE selon lequel les « États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière »...

Que faire pour assurer le respect des droits de l'enfant ?

La PMA comme la GPA, quelles qu'en soient les modalités, ne ressortent pas indemnes de leur examen au crible des droits de l'enfant. Ce constat étant fait, que faire pour mieux assurer le respect des droits des enfants ?

Il serait bien entendu logique de commencer par travailler à mettre la loi française elle-même plus en conformité avec le respect des droits des enfants, notamment en ce qui concerne le recours à des gamètes extérieurs.

Mais ceci ne serait pas suffisant car, y compris lorsque la loi française protège les droits des enfants, ce qu'elle fait en interdisant la GPA par exemple, elle est contournée, en France mais surtout à l'étranger. Quoi qu'en dise la loi, des enfants naissent de ces pratiques et subissent les atteintes afférentes à leurs droits.

La justice est complaisante, au nom d'un intérêt souvent mal compris de l'enfant, que ce soit la justice française de son propre chef ou contrainte par la CEDH. Le droit français en ressort assez démuné pour sanctionner les atteintes aux droits de l'enfant objectivement caractérisées mais sur lesquelles on préfère fermer les yeux dans le but de rendre service aux enfants.

Il faut bien reconnaître que, une fois l'enfant né de telles PMA ou de GPA, il n'existe pas de solution totalement satisfaisante. Que l'enfant soit adopté ou non, que son acte de naissance soit transcrit ou non, dans tous les cas les violations de ses droits ne pourront jamais être totalement réparées car ce qui s'est passé ne peut pas être effacé. Le donneur ne sera jamais un père pour l'enfant issu d'un don de sperme. La séparation de l'enfant et de la gestatrice, vécue en cas de GPA, pourra être surmontée mais non pas effacée.

Le respect des droits des enfants n'est pas assuré par les bricolages juridiques auxquels nous assistons après le recours à ces pratiques qui méconnaissent leurs droits. C'est pourquoi, si la France veut protéger les enfants, c'est *a priori* qu'il faut intervenir, en adoptant des mesures dissuasives. L'atteinte aux droits de l'enfant est déjà sanctionnée dans une certaine mesure par le droit français, mais de façon inadéquate et en tout cas inefficace dès lors que les faits sont commis à l'étranger.

En effet, il y a trois catégories d'infractions en droit français. Du plus grave au moins grave, il s'agit des crimes, des délits et des contraventions. Les crimes commis par des Français à l'étranger sont toujours punissables par les tribunaux français, et les délits seulement si les faits sont également constitutifs d'un délit dans le pays où ils ont été commis (C. pén. art. 113-6). Pour que la GPA commise à l'étranger tombe sous le coup de la loi française, il faudrait donc qu'elle soit constitutive d'un crime : une telle qualification serait-elle excessive, compte tenu de la gravité des principes en cause ? Même pour un simple délit, il est possible de le sanctionner lorsqu'il est commis à l'étranger en écartant l'exigence de la double incrimination, comme cela a déjà été fait notamment pour sanctionner les agressions sexuelles sur mineurs à l'étranger (C. pén. art. 222-22 al. 3).

Le recours à la PMA illégale à l'étranger peut lui aussi être incriminé, même si la mise en œuvre de la répression serait plus délicate pour des questions pratiques de preuve. Mais la difficulté de la répression ne prive pas d'intérêt l'incrimination qui poursuit également un rôle pédagogique en désignant une pratique réprouvée comme telle, ce qui contribuerait à faire prendre conscience aux personnes en désir d'enfant des droits des enfants en cause.

Le respect efficient des droits de l'enfant passe ainsi plus par la dissuasion que par la réparation, nécessairement limitée. La loi et la justice ne peuvent certes empêcher les personnes d'aller à l'étranger se procurer des enfants par tel ou tel moyen. Mais la loi, avec le renfort de la justice, peuvent œuvrer pour qu'il y en ait le moins possible.

Certains craignent que les sanctions visant les parents ne sanctionnent, indirectement, aussi les enfants. C'est vrai, mais il faut abandonner cette idée trompeuse que les enfants pourraient ne pas subir les conséquences des actions des parents. Chaque fois qu'un père ou une mère a une amende ou va en prison, ses enfants en paient le prix. Et pourtant, il n'est pas question d'assurer l'impunité des pères et mères de famille, sous prétexte que leur infliger une amende pour excès de vitesse par exemple priverait leurs enfants de cadeaux de Noël, ou sous prétexte que mettre un escroc en prison priverait ses enfants de leur père etc. Pour en revenir à la PMA et la GPA, il est tout de même paradoxal que l'intérêt des enfants serve de prétexte pour assurer l'impunité aux auteurs d'infractions définies précisément pour protéger les enfants !

Conclusion. Derrière les bonnes intentions, l'amour, la tendresse, le dévouement qui ne sont pas en cause, certaines pratiques portent atteinte, parfois gravement, aux droits des enfants.

Un enfant venu au monde par une technique non respectueuse de ses droits n'est bien entendu pas condamné à rater sa vie ! Les droits étant définis dans l'intérêt de l'enfant, il est certain que le non respect de ses droits entraîne pour lui des préjudices. Mais ces difficultés, comme toutes les autres difficultés suscitées par la vie, peuvent heureusement être surmontées. Les conditions dans lesquelles un enfant vient au monde sont parfois dramatiques (viol par exemple) mais sa vie n'est pas déterminée par les événements qu'il a vécus, quels qu'ils soient. Pour autant, ce n'est pas parce que les difficultés de l'existence peuvent être surmontées et parfois même sublimées qu'il deviendrait légitime de les susciter délibérément, avec le concours d'un cadre légal qui plus est !

Certes, personne ne recherche pour elles-mêmes les difficultés liées à la PMA ou la GPA, mais recourir à ces pratiques revient à accepter de susciter ces difficultés. Par exemple, les personnes qui recourent à la GPA ne souhaitent pas faire souffrir l'enfant de la blessure d'abandon, mais le seul fait de recourir à une pratique qui suppose la séparation de l'enfant de la femme l'ayant porté revient à accepter délibérément le risque que l'enfant subisse cette blessure.

Les personnes qui désirent un enfant sont prêtes à tout pour réaliser leur désir, et leur bonne volonté peut dissimuler à leurs propres yeux la méconnaissance des droits des enfants qui résulte du recours à certaines techniques. La réflexion est d'autant plus difficile que la matière est propice à l'émotion,

et la méconnaissance des droits des enfants est d'autant plus subtile qu'elle est enrobée de bons sentiments et d'affection.

C'est la raison pour laquelle il faut des lois qui protègent les enfants, y compris contre les bons désirs dont ils sont l'objet, pour garantir au maximum le respect de leurs droits. La loi doit être d'autant plus vigilante que, si les personnes en mal d'enfants n'ont que de bonnes intentions à l'égard de ceux-ci, tel n'est pas le cas des acteurs de l'industrie de la fabrication des enfants qui exploitent ces désirs et ces souffrances pour en tirer profit.