

GPA : Enjeux éthiques d'un dialogue sur la filiation entre Cour de cassation et la Cour Européenne des droits de l'homme

19 Juillet 2019

Pr Roger GIL

Directeur de l'Espace de Réflexion Ethique Nouvelle-Aquitaine

Pendant des siècles, de Rome au Moyen-Âge, du Moyen-Âge aux temps contemporains, nos sociétés ont tenté d'élaborer un droit de la filiation qui permette « d'arrimer le biologique à l'institutionnel »¹ en édictant, tout enfant naissant d'un père et d'une mère, que la mère est la femme qui porte l'enfant et en accouche (*Mater semper certa est*) et que le père « est celui que le mariage désigne » (*Pater is est quem nuptiae demonstrant*). Certes les anciens n'ignoraient ni l'adoption, ni les doutes sur la paternité réelle de pères présumés mais ils ont créé un cadre légal susceptible de dire la filiation de la nuit des temps jusqu'à l'insémination artificielle avec donneur même si la filiation institutionnelle peut ne pas coïncider avec la filiation biologique paternelle. Or la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui sont venues bouleverser ces repères juridiques qui vivent sans doute les derniers soubresauts de leur histoire comme le montrent en particulier les derniers développements judiciaires liés à la gestation pour autrui. Son interdiction en France par la loi relative à la bioéthique du 29 juillet 1994 montre dans une société disparate et mondialisée l'impuissance d'une loi même inspirée par le souci éthique d'une non instrumentalisation du corps de la femme. Comment dissuader un couple déterminé à recourir à l'étranger à une gestation pour Autrui et qui revient en France avec un ou deux enfants nés d'une mère porteuse ? Le dernier avis de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à propos de Fiorella et Valentina nées en Californie en 2000 d'une mère porteuse fécondée par les spermatozoïdes de M. M... et d'ovocytes fournies par une « donneuse »² est l'exemple même du *nième* épisode d'une interminable histoire. Dans cette configuration, M. et Me M. sont les parents « d'intention », Monsieur M est aussi le père génétique ; Madame M... est mère d'intention mais non mère génétique, considérée comme mère « légale » en Californie ; la mère porteuse est une mère gestationnelle mais non génétique. Un premier train judiciaire aboutit le 6 avril 2011 à un arrêt de la Cour de cassation³ confirmant que les actes de naissance américains des deux enfants ne pouvaient pas être transcrits sur les registres de l'état civil français car ces actes qui faisaient de Monsieur M. le père légal et génétique et de

¹ Anne Lefebvre Teillard, « «Pater is est quem nuptiae demonstrant» : jalons pour une histoire de la présomption de paternité », *Revue historique de droit français et étranger* (1922-) 69, n° 3 (1991): 331- 41.

² Maud Obels. Le couple Mennesson et le combat pour faire reconnaître des enfants nés par GPA. *Le Monde*, 5 octobre 2018 ; https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/10/05/le-couple-menesson-symbole-du-combat-pour-la-reconnaissance-des-enfants-nes-par-gpa_5364981_3224.html

³ Cour de cassation ; chambre civile 1 ; Audience publique du mercredi 6 avril 2011 ; N° de pourvoi: 10-19053 ; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023832078&fastReqId=699263706&fastPos=1>

La Cour estime par ailleurs que cette décision n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant car « l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux X... par le droit californien ».

Madame M. la mère légale étaient incompatibles avec le droit français pour qui la mère ne peut être que la femme qui accouche, la France considérant par ailleurs comme nulle la convention de gestation pour Autrui. Mais la CEDH dans un arrêt du 26 juin 2014 édicta que l'absence de reconnaissance par la France de tout lien juridique de filiation constituait une restriction grave à l'identité et au respect de la vie privée des deux enfants d'autant qu'il n'avait été tenu aucun compte du lien biologique entre les deux enfants et leur père⁴. C'était en quelque sorte souligner que l'interdiction de la GPA en France ne pouvait pas avoir pour effet de porter préjudice à des enfants. Confrontée à d'autres affaires la Cour de Cassation admit en 2016 que *"l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger"* dès lors qu'il correspondait à la réalité biologique. Le parent biologique, en l'occurrence le père, pouvait donc figurer comme parent « légal » en « reconnaissant l'enfant ». Mais qu'en est-il de l'autre parent, donc de la mère d'intention qui n'était pas mère génétique et qui n'avait pas accouché de l'enfant ? En 2017 la Cour admit que la mère d'intention, pouvait demander une adoption simple dès lors que la filiation de l'autre parent (en l'occurrence le père) était établie. Saisie à nouveau spécifiquement de la même affaire la Cour de cassation demanda en octobre 2018 à la CEDH un avis consultatif sur la conduite à tenir à l'égard de Madame M, mère d'intention des deux jumelles mais non mère biologique⁵. L'arrêt très documenté de la CEDH rendu le 10 avril 2019⁶ confirma que :

1. le droit au respect de la vie privée de l'enfant imposait que le droit français offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » ;
2. le droit au respect de la vie privée de l'enfant n'imposait cependant pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle pouvait se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention...

Ce compromis tente ainsi de concilier l'interdiction de la GPA en France et l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais il est loin de résoudre la multiplicité des situations de GPA tendues entre deux situations extrêmes : celle où les deux parents d'intention sont aussi les parents génétiques et celles où aucun des deux parents d'intention n'est parent génétique. Il est difficile sur un plan éthique que des enfants puissent souffrir du refus d'obéissance des parents à la loi française interdisant la GPA. Décrite aujourd'hui comme une ligne infranchissable, l'interdiction de la GPA en France a surtout un sens anthropologique et ce d'autant que la loi est incapable d'empêcher les couples qui y sont déterminés de partir à l'étranger et elle ne saurait non plus ne pas accueillir des enfants quelles que soient les modalités de leur naissance. La seule vraie question est bien celle de savoir si la GPA est éthiquement acceptable dans un monde où le comblement du désir d'enfant tend à devenir

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme. Cinquième section. Affaire Mennesson c/ France ; (*Requête no 65192/11*) ; arrêt des 26 juin et 26 septembre 2014 ; [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁵ Communiqué Cour de cassation du vendredi 5 octobre 2018 ;

<https://www.courdecassation.fr/IMG//Communiqu%C3%A9%20GPA%2005.10.18%20-.pdf>

⁶ Cour européenne des droits de l'homme. Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001) ; 10 avril 2019 ; [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["22003-6380431-8364345%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

l'obtention d'un enfant « à tout prix ». Le meilleur des mondes possibles⁷ peut-il devenir, sans risque pour la dignité humaine, le monde de tous les possibles ?

⁷ Voltaire. *Candide*.