

Paris, le 3 juillet 2015

Avis du Défenseur des droits n°15-18

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 1^{er} juillet 2015 par les rapporteurs de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat dans le cadre de la mission d'information *Assistance médicale à la procréation et gestation pour autrui : le droit français face aux évolutions jurisprudentielles*,

Le Défenseur des droits a émis l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

A la demande des rapporteurs de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, le Défenseur des droits a formulé ses observations dans le cadre des travaux de la mission d'information *Assistance médicale à la procréation et gestation pour autrui : le droit français face aux évolutions jurisprudentielles*. Il s'est exprimé au titre de ses missions relatives d'une part à la défense des droits de l'enfant et d'autre part à la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité, portant sur la défense des droits des enfants et la promotion de l'égalité et de l'accès aux droits.

A titre liminaire, le Défenseur des droits rappelle qu'en matière de filiation, il importe de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément aux stipulations des articles 7 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, que sa conception intervienne par procréation médicalement assistée (PMA) ou par gestation pour autrui (GPA).

Le Défenseur a tout d'abord formulé des observations sur les difficultés de filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Il a ensuite abordé les questions de filiation des enfants issus de PMA, avant de se prononcer sur l'ouverture de l'accès à la PMA à toutes les femmes.

I. La filiation des enfants nés de gestation pour autrui (GPA)

La GPA est prohibée en France en vertu du principe d'indisponibilité du corps humain mais le Défenseur des droits tient à appeler l'attention des rapporteurs sur les obligations de la France en matière de reconnaissance et d'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger d'une GPA.

Des difficultés liées à l'absence de reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger

A la faveur des réclamations de parents qui sont portées à son attention, pour des problèmes de filiation d'enfants nés de GPA à l'étranger, le Défenseur des droits relève :

- des difficultés de transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état civil français ;

- des difficultés d'accès à la nationalité française ainsi que pour la délivrance de certificat de nationalité française, les enfants issus de GPA peinant à obtenir la nationalité française malgré la circulaire de la Garde des Sceaux du 25 janvier 2013 validée par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 12 décembre 2014 motivés comme suit :

« La seule circonstance que la naissance de l'enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte dis proportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la CESDHLF, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit...lorsque sa filiation avec un français est établie que, par suite,.....le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestent du lieu de filiation avec un Français... ».

- des difficultés liées à la délivrance de passeports biométriques ou de cartes d'identité, se traduisant par des problèmes pour circuler hors du territoire français ;

- des refus de reconnaissance de filiation qui peuvent entraîner une atteinte aux droits patrimoniaux des enfants, qu'il s'agisse de succession pour la transmission de l'héritage, des obligations alimentaires (pension alimentaire en cas de séparation etc.) ;
- des difficultés liées à la reconnaissance de l'autorité parentale du parent « *non statutaire* » qui demeurent également en suspens, telle que l'absence de droit au maintien des relations entre le parent social et l'enfant.

La jurisprudence en matière de filiation des enfants issus de GPA

En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui sont frappées d'une nullité d'ordre public, la GPA contrevenant aux principes d'indisponibilité du corps humain (cf. Civ. 1ère, 6 avril 2011, pourvois n°09-664 86, n°09-17130, n° 10-19053).

Par deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation maintient son refus de donner effet à une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger qualifiant le recours à la GPA de « fraude à la loi » (cf. Civ. 1re, 13 septembre 2013, pourvois n° 12-30138, n° 12-18315).

Néanmoins, dans les arrêts *Mennesson & Labassée c/ France* du 26 juin 2014, la CEDH a condamné la France pour non-respect du droit au respect de la vie privée des enfants nés de GPA, garanti par l'art. 8 de la Convention. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les intérêts de la société et des tiers y est notamment rappelée par la Cour : la France a le droit d'interdire la GPA sur son territoire en vertu de la marge d'appréciation laissée aux Etats mais elle ne peut porter atteinte au droit à l'identité des enfants ainsi conçus.

Le Défenseur des droits rappelle avoir appelé l'attention des ministres de la Justice et de l'Intérieur, par deux courriers datés du 4 février et du 22 avril 2015, sur la nécessité de mettre le droit national en conformité avec la jurisprudence de la CEDH. La France doit en effet permettre la reconnaissance et l'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger de GPA, afin de donner une identité à ces enfants ; il en va de la responsabilité du gouvernement de leur garantir ce droit.

Dans sa décision du 12 décembre 2014 par laquelle il a validé la circulaire de la Garde des Sceaux sur le droit à la nationalité française des enfants nés de GPA, le Conseil d'Etat a fait logiquement primer le droit de l'enfant au respect de sa vie privée sur la nullité du contrat à l'origine de sa naissance.

Au-delà du Conseil d'Etat, le Défenseur des droits rappelle enfin que certains tribunaux civils font application de la jurisprudence de la CEDH. Par jugement du 13 mai 2015, le tribunal de grande instance de Nantes a ainsi enjoint le procureur de la République de transcrire sur les registres d'état-civil les actes de naissance de trois enfants nés par GPA à l'étranger.

Saisie de deux pourvois relatifs à la transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état-civil français, le 3 juillet 2015, la Cour de Cassation a rendu deux arrêts dans lesquels elle considère que la convention de GPA ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance de la filiation des enfants nés de ce mode de conception, faisant ainsi prévaloir sur toute autre considération l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3-1

de la Convention relative aux droits de l'enfant et le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹.

La Cour de cassation revient ainsi sur sa jurisprudence de 2011 et de 2013 qui faisait jusqu'à ce jour obstacle à la reconnaissance de tout lien de filiation entre l'enfant né à l'étranger d'une GPA et ses parents, tirant ainsi les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014, *Menesson et Labassee*, qui ont condamné la France pour non-respect du droit au respect de la vie privée et de l'identité des enfants.

Le Défenseur des droits relève néanmoins que la Cour de cassation a statué ce jour sur deux cas d'espèce qui ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'égard de parents d'intention et que, par suite, elle ne s'est pas prononcée sur cette situation.

Il est vraisemblable que dans les prochains mois d'autres affaires contentieuses permettront de trancher cette question de la reconnaissance du lien de filiation de l'enfant avec le parent d'intention.

Enfin, sur le plan international, l'étude de la Conférence de La Haye de février 2015 montre que dans l'intérêt supérieur de l'enfant, les législations des pays européens tendent à reconnaître le statut juridique des enfants acquis légalement à l'étranger. Néanmoins, le Défenseur des droits a souligné la dimension internationale de ces problématiques de filiation et recommande que soit étudiée plus avant la piste d'une convention internationale telle que proposée dans l'étude. Celle-ci viserait à favoriser la coopération entre Etats, et garantirait la reconnaissance de la filiation des enfants nés à l'étranger de GPA, à l'instar de la Convention de La Haye en matière d'adoption.

II. Sur la procréation médicalement assistée (PMA)

La filiation des enfants issus de PMA : enjeux actuels

Le droit en vigueur réserve l'accès à la PMA aux seuls couples hétérosexuels, sous certaines conditions, sans poser de principe d'ordre public assorti de dispositions pénales. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, qui autorise l'adoption par les couples de même sexe, le Défenseur des droits relève des positions divergentes des tribunaux quant à l'adoption d'enfants issus d'une PMA réalisée à l'étranger.

Ainsi par exemple, en avril 2014, le tribunal de grande instance de Versailles a jugé que la PMA réalisée en « *violation de la loi française constitue une fraude à la loi* » et refusé à la mère d'intention l'adoption de l'enfant de la conjointe alors que d'autres juridictions adoptaient des positions différentes.

Après le rejet de demandes d'adoption d'enfants issus de PMA réalisées à l'étranger par plusieurs tribunaux, la Cour de cassation a rendu deux avis le 22 septembre 2014, afin de favoriser une harmonisation de la jurisprudence. Sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, la haute juridiction estime que le recours à la PMA à l'étranger, sous la forme

¹ Cour de cassation, Ass. plén., 3 juillet 2015, Pourvois n° S 14-21.323, K 15-50.002.

d'une insémination artificielle avec un donneur anonyme, ne fait pas obstacle à l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant ainsi conçu.

Si depuis, les réponses des juridictions ont évolué, on constate la persistance de certaines résistances. Le Défenseur des droits relève ainsi le récent refus opposé par le tribunal de grande instance de Cahors, le 12 juin 2015, à une requête d'adoption intrafamiliale qui devait permettre au deuxième parent de faire reconnaître les liens de filiation avec ses enfants

Dans ce contexte, le Défenseur des droits appelle de ses vœux l'intervention du législateur, afin de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'ensemble du territoire.

Ouvrir l'accès à la PMA à toutes les femmes ?

Des évolutions juridiques et sociétales

Le Défenseur des droits observe qu'en France, comme en Europe, les situations familiales et parentales se sont diversifiées, ainsi qu'en attestent les nombreuses études sociologiques, anthropologiques et démographiques sur le sujet. Le schéma familial dit « traditionnel » coexiste avec celui des familles recomposées, homoparentales (en 2011 200 000 personnes déclarent vivre en couple avec une personne de même sexe et 10 % ont déclaré avoir au moins un enfant) monoparentales etc. Il s'agit là d'une réalité sociétale que le Défenseur des droits appelle à prendre en compte.

L'ouverture du mariage aux couples de même sexe est un pas en ce sens. Elle permet désormais aux couples homosexuels de s'engager dans un projet parental en adoptant un enfant mais le législateur, après quelques hésitations, n'a pas été au-delà.

En revanche, tous les pays européens ayant autorisé le mariage pour les couples de même sexe ont également ouvert la PMA à toutes les femmes, à l'exception de l'Autriche. Dans ce dernier cas de figure, la PMA n'a été ouverte qu'aux couples de femmes mais pas aux célibataires. Certains pays, comme la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas et la Suède, ont par ailleurs autorisé la PMA à toutes les femmes (couples de femmes et femmes célibataires) avant même d'autoriser le mariage pour les couples homosexuels.

Le Défenseur des droits observe que la France est donc isolée sur la question de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

Si elle n'est pas tenue par le droit européen d'ouvrir l'accès à la PMA, la CEDH laissant en ce domaine une marge d'appréciation aux Etats, la Cour de cassation considère cependant dans ses avis du 22 septembre 2014 que « *le fait que des femmes aient eu recours à la PMA à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* », cette pratique étant autorisée en France. Le Défenseur des droits souligne ici combien la position de la haute juridiction apparaît différente en matière de PMA, par rapport à son positionnement à l'endroit de la GPA réalisée à l'étranger.

Le Défenseur des droits relève qu'un nombre important de femmes se rend aujourd'hui à l'étranger (Royaume-Uni, Belgique) pour bénéficier d'une PMA (cf. rapport Pierre Jouannet et Roger Henrion pour l'Académie de médecine, *Ouverture de l'Assistance*

médicale à la procréation avec sperme de donneur (AMPD) à des indications non médicales, Paris, 28 mai 2014).

Le Défenseur des droits souligne que l'interdiction actuelle expose les femmes qui se rendent à l'étranger et celles qui pratiquent l'insémination artisanale à des risques sanitaires (absence de suivi gynécologiques, manque d'encadrement des pratiques). Elles peuvent faire appel à des banques de spermes commerciales qui n'offrent pas les garanties éthiques et les critères sanitaires requis (exposition à des IST). En dépit des interdictions, il apparaît également que des praticiens accompagnent dans leur parcours médical les femmes qui se rendent à l'étranger et s'exposent ainsi à d'éventuelles sanctions énoncées dans le cadre d'une circulaire.

En France, la PMA obéit aux trois principes éthiques qui sont inscrits dans le code civil (cf. loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal) : la non-patrimonialité (non rémunération du don), le consentement et l'anonymat.

En l'état actuel du droit, le bénéfice de la PMA est réservé aux seuls couples hétérosexuels, mariés ou non, et vivants. Or, depuis la loi sur le mariage pour tous, les couples de femmes sont autorisées à adopter un enfant dès sa naissance, les femmes célibataires l'étant depuis 1966.

Permettre à ces mêmes femmes de s'engager dans un projet parental dès la procréation, et non pas seulement par adoption, n'est pas une question d'éthique biomédicale, la technique médicale étant rigoureusement la même. L'Académie nationale de médecine soulignait d'ailleurs dans son rapport qu'une telle décision ne relevait pas du corps médical.

C'est sous l'angle de l'égalité d'accès à une technique médicale entre toutes les femmes que le Défenseur des droits appelle désormais à envisager la question de la PMA : l'égalité entre toutes les femmes dans l'accès à une aide médicale à la procréation.

Le Défenseur des droits distingue la PMA intraconjugale de la PMA avec tiers donneur qui concerne les femmes en couple homosexuel et les femmes célibataires, même s'il faut noter que dans les deux cas le recours à la PMA ne soigne pas l'infertilité, de l'un des partenaires ou des deux, mais la pallie.

La PMA avec tiers donneur permet de répondre au projet parental d'un couple dans l'impossibilité de procréer lui-même. La finalité de la PMA avec tiers donneur est d'aider la femme à devenir enceinte puis mère lors de l'accouchement.

Il apparaît donc au Défenseur des droits que la condition d'infertilité médicalement attestée prévue par la loi ne peut justifier cette différence de traitement entre les femmes.

Tout d'abord, le caractère pathologique de l'infertilité n'est en effet pas toujours établi, l'infertilité étant parfois inexplicée, dans 10% des cas environ. La femme en couple hétérosexuel peut néanmoins accéder à la PMA.

Surtout, la stérilité et le souhait de s'engager dans un projet parental ne sont pas réservés aux seules femmes hétérosexuelles, la loi française autorisant d'ailleurs l'adoption par les

couples homosexuels et les personnes célibataires. Un couple de femmes comme une femme célibataire peut donc avoir un projet parental. Ces femmes peuvent ainsi adopter un enfant dès sa naissance alors même qu'on leur refuse l'accès à la PMA.

Dans le cas de la PMA avec tiers donneur, celui ou celle qui ne procrée pas participe tout autant au projet parental, il est autant parent que l'autre. Un père infertile dont la compagne a eu recours à un don de sperme, n'est pas considéré comme moins père que celui qui a procréé sans don. Tout comme une femme dont la compagne aurait recours à un don de gamètes.

De fait les conditions actuelles d'accès à la PMA créent une inégalité d'accès entre femmes selon leur orientation sexuelle.

Il en résulte également une inégalité d'accès selon la situation de famille, une femme célibataire n'ayant pas le droit d'accéder à la PMA alors qu'elle peut s'engager seule dans un projet parental à travers l'adoption.

Aussi le Défenseur des droits considère-t-il la PMA comme une réponse à un « projet parental », et non seulement comme une alternative à la condition d'infertilité, conformément aux positions adoptées par les pays ayant ouvert la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires (cf. Royaume Uni, Espagne, Belgique ...) : ils ont placé l'accent sur « la réalisation d'un projet parental » pour garantir l'autonomie personnelle des individus, que ces personnes soient mariées ou non, seules ou en couple, hétérosexuelles ou homosexuelles.

Le fait que la PMA ne soit accessible aux femmes que si le projet parental est construit avec un homme, constitue donc une inégalité, d'une part, entre femmes en couples hétérosexuels et femmes en couples homosexuels et, d'autre part, entre femmes célibataires et femmes en couple.

Le Défenseur des droits recommande donc une évolution de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, afin de garantir l'égalité des droits de bénéficier à une aide médicale à la procréation entre toutes les femmes.

Les enjeux futurs de la filiation des enfants conçus par PMA

L'ouverture de la PMA impliquera l'instauration d'un nouveau mode de filiation de l'enfant.

En cas de PMA, le couple doit actuellement exprimer son consentement devant le tribunal de grande instance ou devant le notaire, l'enfant né par PMA bénéficiant des mêmes règles d'établissement de la filiation que l'enfant né « *naturellement* » : désignation de la mère qui accouche dans l'acte de naissance et reconnaissance de paternité par une déclaration à l'état civil dans le cadre d'un couple non marié et « *présomption de paternité* » pour les couples mariés. A défaut, la filiation est déclarée par le juge.

La filiation résultant d'une PMA est inattaquable (présomption irréfragable de paternité), sauf à établir que l'enfant n'est pas issu de la PMA pratiquée ou que le consentement donné à l'intervention médicale a été privé d'effet.

L'ouverture de la PMA à toutes les femmes devra être accompagnée d'une réflexion sur les modalités de filiation concernant la mère d'intention. Plusieurs options sont possibles : présomption de maternité, déclaration de maternité, déclaration commune anticipée.

L'instauration d'une « *déclaration commune anticipée de filiation* » devant le notaire ou le juge pour tous les couples ayant eu recours à une PMA pourrait par exemple constituer une piste de réflexion. Cette étape interviendrait au moment du recueil formel du consentement par le juge ou le notaire et la filiation serait donc en quelque sorte automatique.

Il apparaît au Défenseur des droits qu'une telle proposition sécurise la filiation de l'enfant à naître et ce dès sa conception.

Alternativement, l'instauration d'une filiation automatique sur le modèle du dispositif en vigueur en Belgique pourrait également être étudiée plus avant. La loi entrée en vigueur le 1er janvier 2015 et adoptée à une large majorité par le Sénat permet, à l'instar d'un couple hétérosexuel marié, à l'épouse de la mère de bénéficier d'une présomption de co-maternité pour une reconnaissance de l'enfant issu d'une PMA.

Au-delà du mode de filiation, un certain nombre d'interrogations demeurent :

- Les dispositions nouvelles étant appelées à s'appliquer à tous les couples, un changement de comportement dans le recours plus ou moins fréquent aux techniques de PMA pourrait être observé. C'est une question qui s'est posée chaque fois que la loi a élargi des droits.
- En cas d'accroissement du nombre de demandes, la question de l'insuffisance de l'offre de don de gamètes pourrait également surgir.
- Si le recours à la PMA n'est plus réservé à une indication thérapeutique, l'assurance-maladie continuera-t-elle à la prendre en charge ? La PMA restera un ensemble d'actes médicaux assurés par des médecins. Le Défenseur des droits recommande donc d'en prévoir le financement.
- Le Défenseur des droits observe enfin que le modèle français est fondé sur le principe de l'anonymat du donneur. Si par suite de l'ouverture de la PMA à toutes les femmes la pression pour connaître l'identité du tiers donneur se faisait plus forte, faudra-t-il renoncer à l'anonymat ? En Belgique, par exemple, le tiers donneur n'est pas anonyme.

Ces considérations ne sauraient toutefois s'opposer au projet d'ouverture de l'accès à la PMA, projet qui paraît au Défenseur des droits en pleine cohérence avec l'égalité des droits, comme avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Les évolutions jurisprudentielles, aussi substantielles soient-elles, ne pourront y pourvoir. Il revient aujourd'hui au législateur d'envisager cette réforme évidente dans la France d'aujourd'hui.