

Naissance et procréation : éthique et droit

Bernard Stirn

membre de l'Académie des sciences morales et politiques

Communication faite en séance hebdomadaire, lundi 7 juin 2021

Monsieur le Président,

Monsieur le Chancelier,

Monsieur le Chancelier honoraire,

Monsieur le Secrétaire perpétuel,

Mes chers consoeurs et confrères,

La naissance et la procréation touchent à l'intimité dans ce qu'elle a de plus profond. Avec les progrès de la biologie, la science a donné à ces questions si personnelles des horizons insoupçonnés, sur lesquels Mme le docteur Gemma Durand nous a apporté la semaine passée, dans sa belle communication sur « faire un enfant sans père », de riches éclairages. Aux possibilités toujours plus larges ouvertes par la médecine s'ajoutent les transformations des mentalités individuelles et l'évolution des aspirations collectives. Relatifs à l'être et à la vie, aux valeurs de chacun et aux fondements de la société, de tels mouvements appellent de vastes interrogations éthiques. Tant il faut se rappeler, comme l'écrivait le professeur Jean Hamburger que « nos actions les plus généreuses peuvent être, elles aussi, des actions d'apprenti sorcier ».

La création, en 1983, du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, répondait au souci d'éclairer les choix et de définir des références. Si l'éclairage éthique donne une réponse à nombre de questions, le besoin de droit s'est aussi rapidement fait sentir. Toute naissance soulève des questions de filiation, de nationalité, d'autorité parentale, d'héritage. Au sens le plus noble du terme, les débats sur l'assistance médicale à la procréation revêtent une forte dimension politique et sollicitent le législateur. De l'éthique au droit, le pas est rapidement franchi. C'est de ce pas que je voudrais aujourd'hui vous entretenir.

En 1994, le Parlement a adopté les premières lois de bioéthique. Sur de tels sujets, marqués par de nouvelles étapes scientifiques et d'incessants mouvements des esprits, la loi ne peut qu'être évolutive. Aussi le législateur a-t-il d'emblée assorti son texte de clauses de révision. Les lois fondatrices des 25 et 29 juillet 1994 ont été modifiées, à intervalles réguliers, par des lois du 6 août 2004 puis du 7 juillet 2011. Un nouveau projet de loi, qui ouvre en particulier des perspectives de maternité aux couples de femmes et aux femmes seules, a été déposé au Parlement en juillet 2019 et se trouve encore en discussion. Les débats de sa seconde lecture commencent à l'Assemblée Nationale ces jours-ci.

Chacun de ces textes a été précédé d'une importante réflexion préparatoire, qui a comporté des avis du comité national d'éthique, des prises de position de l'Académie nationale de médecine et des études du Conseil d'Etat. Au Parlement comme dans l'opinion, les débats ont été vifs et nourris. Le législateur dispose d'une liberté de choix d'autant plus large qu'il est peu contraint par des normes supérieures. Seuls des principes très généraux s'imposent à lui, et d'abord le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, que les premières lois de bioéthique ont donné au Conseil constitutionnel l'occasion de reconnaître comme principe de valeur constitutionnelle¹. Le principe de dignité humaine est également affirmé à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 3 de cette charte ajoute, avec davantage de précision que le droit interne : « Dans le cadre de la médecine et de la biologie doivent notamment être respectés a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée selon des modalités fixées par la loi ; b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes ; c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties en tant que telles une source de profits ; d) l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains ». Sur l'ensemble des questions de bioéthique, et spécialement sur celles qui touchent à la naissance et à la procréation, la Cour européenne des droits de l'homme constate de son côté, qu'en l'absence de consensus, les Etats disposent d'une très large marge d'appréciation.

Au fur et à mesure que le cadre juridique de la naissance et de la procréation se renouvelait du fait des avancées de la médecine et de l'évolution des aspirations individuelles et collectives, plusieurs ensembles de questions ont été abordées, qui peuvent se grouper autour de deux thèmes principaux :

-le premier concerne **l'encadrement par le droit des procédés d'assistance à la procréation** : le champ de l'assistance médicale à la procréation a été élargi, la gestation pour autrui demeure en revanche fermement prohibée en France ;

-le second touche à **la définition des droits respectifs des parents qui ont recours à ces procédés et des enfants qui en sont issus** : sont notamment en cause l'autorité parentale, l'adoption, l'héritage, la nationalité, l'accès aux origines.

I/ L'encadrement par le droit des procédés d'assistance médicale à la procréation.

Les premières interventions médicales dans le domaine de la procréation sont anciennes. La première expérience d'insémination artificielle a été pratiquée en Grande-Bretagne en 1779 et, depuis lors, le Royaume-Uni a constamment joué un rôle pionnier dans ce domaine. En 1884, la première insémination avec donneur extérieur au couple y est réalisée. Une étape supplémentaire est franchie avec la fécondation artificielle : l'ovule est fécondé en laboratoire, in vitro, avant d'être réimplanté chez la femme. C'est encore en Grande-Bretagne que le premier « bébé-éprouvette », conçu selon ce procédé, a vu le jour en 1978. La France s'est rapidement inscrite dans ce mouvement. Les travaux de Jacques Testart, l'engagement du professeur René Frydman dans le service du professeur Emile Papiernik à l'hôpital Antoine Béchère de Clamart ont ainsi permis en 1982 la naissance d'Amandine, premier bébé à voir le jour en France à l'issue d'une fécondation in vitro.

L'aide médicale à la procréation, y compris avec un tiers donneur, est depuis lors devenue courante. Chaque année, elle est à l'origine, en France, d'environ 25 000 des 800 000 naissances. Depuis les lois de 1994, elle est désignée comme assistance médicale à la procréation (AMP), formule

¹ CC, décision du 27 juillet 1994.

qui a été préférée à celle antérieurement utilisée de procréation médicalement assistée. En se développant, elle appelle des choix éthiques et juridiques.

D'un pays à l'autre, et singulièrement en Europe, ces choix se traduisent par une grande diversité de législation. Le droit comparé témoigne ainsi de la difficulté des questions en cause. Dans l'ensemble, le champ de l'assistance médicale à la procréation s'est progressivement élargi, tout en soulevant encore des interrogations, qui concernent en particulier, d'une part son ouverture aux couples de femmes ou aux femmes seules, d'autre part l'autorisation ou non de l'insémination post mortem. En revanche le recours à la gestation pour autrui est nettement moins répandu et demeure strictement prohibé en France comme dans de nombreux pays.

Le champ de l'assistance médicale à la procréation : un élargissement progressif, quelques interrogations persistantes

Deux types de procédés d'assistance médicale à la procréation peuvent être utilisés, l'insémination artificielle et la fécondation in vitro. Dans tous les cas, ces actes sont placés sous la responsabilité de médecins et ne peuvent être mis en œuvre que dans des centres agréés.

L'insémination artificielle est intraconjugale (IAC) lorsque le sperme introduit dans les voies génitales de la femme est celui du mari ou du compagnon. Elle peut aussi résulter d'un donneur extérieur au couple (IAD) qui a fait un don volontaire, gratuit et anonyme de spermatozoïdes. La fécondation in vitro met en contact des gamètes masculins et féminins pour obtenir un ou plusieurs embryons, qui sont ensuite réimplantés dans la cavité utérine. Là aussi, les gamètes peuvent soit appartenir aux deux conjoints, soit provenir de spermatozoïdes ou d'ovocytes d'un donneur extérieur.

Depuis les premières lois de bioéthique de 1994 et jusqu'à aujourd'hui, le législateur a fait le choix de réserver les divers procédés d'assistance médicale à la procréation aux couples stables, mariés ou non mais justifiant d'au moins deux ans de vie commune, formés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer. Le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine² a recommandé de retenir comme âge limite 43 ans pour les femmes et 59 ans pour les hommes et cette orientation a été jugée légale par le Conseil d'Etat³. Les motifs qui permettent de recourir à l'assistance médicale à la procréation sont pour l'instant strictement médicaux : il s'agit soit de remédier à une infertilité pathologique, soit d'éviter le risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité.

La loi du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage aux personnes de même sexe n'a pas modifié sur ce point le droit en vigueur. Mais elle a contribué à rouvrir le débat, en particulier pour les couples de femmes. La question est de savoir si l'assistance médicale à la procréation doit être réservée à un couple, formé d'un homme et d'une femme, confronté à un problème d'infertilité, ou si elle doit être davantage ouverte à tous les couples, en particulier aux couples de femmes, indépendamment des aspects médicaux. Sur ce point, le contexte a évolué dans plusieurs pays voisins, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, le Danemark, qui donnent aux couples de femmes et aux femmes seules accès à l'assistance médicale à la procréation. A l'inverse, certains pays écartent résolument de telles perspectives. Ainsi une disposition selon laquelle « la mère est une femme, le père est un homme » a été introduite dans la constitution de la Hongrie par une révision constitutionnelle adoptée en décembre 2020.

Le choix ne dépend pas de données juridiques. Il est éthique et politique. Constatant des « évolutions sociétales », le Comité national d'éthique s'est prononcé en faveur de l'ouverture de

² Avis du 8 juin 2017.

³ CE, 17 avril 2019, M. et Mme C.

l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules, sous réserve « de la prise en compte des conditions d'accès et de faisabilité »⁴. Dans son étude adoptée en 2018, le Conseil d'Etat estime « qu'en droit rien n'impose au législateur d'ouvrir aux couples de femmes et aux femmes seules la possibilité d'accéder aux techniques d'AMP » et il considère « symétriquement que rien n'impose de maintenir les conditions actuelles d'accès à l'AMP ». En conséquence il constate que le droit « ne commande ni le statu quo ni l'évolution ». C'est dire qu'il revient aux autorités politiques de tracer des règles d'éthique en fonction des aspirations de la société qu'elles ressentent et qu'il leur appartient de traduire.

Le gouvernement s'est engagé dans le sens de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules. Le projet de loi dont le Parlement débat retient cette évolution. Si la situation des couples de femmes n'est pas identique à celle des femmes seules, il ne paraît toutefois guère envisageable de les traiter différemment. C'est pourquoi le projet de loi ouvre de la même manière l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules.

Une dernière hésitation relative à l'assistance médicale à la procréation concerne l'insémination post mortem.

Après des débats approfondis, le législateur a jusqu'ici écarté toute possibilité d'assistance médicale à la procréation post mortem, qu'il s'agisse de la réimplantation d'embryons ou d'utilisation de gamètes conservées avant le décès de l'homme.

Par un arrêt du 31 mai 2016⁵, le Conseil d'Etat a jugé que la loi française qui interdit ainsi toute insémination post mortem n'est pas incompatible avec les exigences de la convention européenne des droits de l'homme relatives au respect de la vie privée et familiale. Mais, saisi d'un cas douloureux et très particulier, il a estimé que l'application systématique et quelque peu aveugle de la loi portait en l'espèce une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de la femme dont le compagnon était décédé. Dans cette affaire, le couple, formé d'un Italien et d'une Espagnole, jeunes tous deux, vivait en France et n'avait pas encore eu d'enfant lorsqu'une maladie rare et fatale à brève échéance fut décelée chez le mari. Désireux d'avoir un enfant, les deux conjoints entamèrent une procédure d'assistance médicale à la procréation, rendue nécessaire par le lourd traitement suivi par l'homme. Mais celui-ci est décédé quelques jours avant que l'insémination artificielle fût pratiquée. Retournée en Espagne, Mme Gonzalez Gomez demanda à l'hôpital français qui les avait recueillies de lui faire parvenir les gamètes de son conjoint décédé. Plus souple que la loi française, la loi espagnole autorise en effet l'utilisation des gamètes dans les douze mois qui suivent le décès, dès lors qu'un projet parental a été construit par les deux conjoints avant le décès. Appliquant strictement la loi française, l'hôpital refusa. C'est ce refus qui a été jugé, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, d'une rigueur disproportionnée.

Une affaire ultérieure a donné au Conseil d'Etat l'occasion de souligner le caractère exceptionnel de cette solution. Il s'agissait d'un cas où la veuve avait également demandé, après le décès de son mari, un déplacement des embryons issus de ses gamètes du couple vers un établissement médical espagnol. Mais, à la différence de Mme Gonzalez Gomez, elle n'avait aucun lien avec ce pays et entendait seulement bénéficier d'une législation plus favorable. Dans de telles circonstances, le Conseil d'Etat a jugé que l'interdiction posée par la loi française devait s'appliquer⁶.

⁴ Avis n°126 du 15 juin 2017.

⁵ CE, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez Gomez.

⁶ CE, 24 janvier 2020, Mme C.

Ces affaires montrent que l'application de la loi ne se réduit pas à un algorithme qui conduirait dans tous les cas à une solution automatique. Elles recouvrent aussi un débat délicat. Les raisons qui ont conduit le législateur à écarter l'insémination post mortem se comprennent. La perspective d'un enfant venu au monde dans le deuil peut inquiéter. Il est au moins certain que la procréation post mortem appellerait un encadrement, notamment du point de vue des délais : elle ne devrait être décidée ni trop tôt après le décès ni trop longtemps après celui-ci. Il est vrai aussi que l'ouverture de possibilités de procréation aux femmes seules rend plus difficilement compréhensible l'interdiction faite à un couple de mener à bien un projet parental construit à deux et qui se verrait annihilé par le décès de l'homme. En toute hypothèse, les possibilités de solliciter une insémination post mortem ne sauraient s'étendre au-delà des parents. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que des grands-parents ne pouvaient se prévaloir d'un droit à une descendance au nom duquel une mère entendait demander le transfert des gamètes de son fils décédé : le droit de décider de quelle manière et à quel moment une personne souhaite devenir parent n'est pas transférable⁷.

La très grande hétérogénéité des législations entre pays européens sur la question souligne qu'il est permis d'hésiter. L'insémination et le transfert d'embryons post mortem sont autorisés au Royaume-Uni, en Belgique, en Espagne, aux Pays-Bas et en Grèce. Ils sont, en revanche, interdits, comme en France, en Allemagne, au Danemark, en Finlande, en Italie et en Suisse. Le Portugal autorise le transfert d'embryons mais pas l'insémination post mortem. Dans les pays qui permettent l'assistance médicale à la procréation post mortem, les délais et conditions varient également. Ainsi un délai de cinq ans est ouvert au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et en Grèce, des délais plus brefs sont imposés en Belgique comme en Espagne. Rapporteur public dans l'affaire Gonzalez Gomez, Aurélie Bretonneau voyait dans cette diversité comme un écho de Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ».

La gestation pour autrui : une prohibition ferme et constante par le droit français

De façon ferme et constante, le droit français prohibe les procédés de gestation ou de maternité pour autrui, parfois appelés « maternité de substitution », qui conduisent une « mère porteuse », extérieure au couple, à porter un enfant et à s'engager à le remettre après la naissance à un couple ou à une autre femme.

Dès 1984, le comité national d'éthique estime que « le procédé de maternité de substitution est illicite par son objet et pas sa cause ». Cette position est partagée par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation. Pour l'application du régime particulier d'association en vigueur dans les trois départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que le préfet avait pu légalement refuser l'inscription au registre local d'une association qui avait pour objet de mettre en relation des couples infertiles et des mères prêtes à porter l'enfant⁸. De même, la Cour de cassation juge qu'une association dont l'activité a un tel objet peut légalement être dissoute, au motif qu'elle « contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes »⁹ et que la mère d'intention ne peut adopter l'enfant né d'un tel procédé, qui porte atteinte « aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes »¹⁰.

⁷ CEDH, 5 décembre 2019, Petithory Lanzmann c/ France.

⁸ CE, 22 janvier 1988, assemblée, association les Cigognes.

⁹ Cass, 1^{ère} civile, 13 décembre 1989, Alma Mater.

¹⁰ Cass, assemblée plénière, 31 mai 1991.

Dans la ligne de ces jurisprudences, la loi du 29 juillet 1994 a introduit dans le code civil une interdiction d'ordre public de la gestation pour autrui. L'article 16-7 du code civil dispose ainsi que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Des sanctions délictuelles sont en même temps édictées pour les intermédiaires, les parents d'intention et la mère porteuse.

Une telle interdiction de la gestation pour autrui se retrouve dans de nombreux pays. A l'inverse, d'autres l'autorisent tout en l'encadrant. Il en va ainsi de certains Etats du Canada et des Etats-Unis, notamment la Californie. L'Inde a une législation dans le même sens. En Israël, la loi civile et la loi religieuse permettent d'y recourir à condition que la mère porteuse ne soit pas mariée et qu'elle ait eu au moins un enfant. En Europe, la Belgique, le Royaume-Uni et le Portugal l'admettent également tout en interdisant toute rémunération. Dans certains pays d'Europe de l'Est, l'Ukraine, la Géorgie, des possibilités, qui peuvent être à l'origine de trafics, sont ouvertes par la loi. Dans son étude de 2018, le Conseil d'Etat indiquait qu'environ 400 couples ou célibataires français auraient ainsi eu un enfant issu d'une GPA pratiquée à l'étranger. Ce nombre a certainement augmenté depuis.

Au nom de ces expériences étrangères, la gestation pour autrui peut être revendiquée, notamment par des couples d'hommes. Mais elle se heurte, au regard en particulier de la mère porteuse, aux principes de dignité de la personne et d'indisponibilité du corps humain. La philosophe Sylviane Agacinski y voit « une forme inédite d'esclavage ». Dans un avis de 2017, le Comité national d'éthique s'est prononcé en faveur du maintien de l'interdiction de la GPA, en estimant qu'elle comporte des risques de violence « d'ordre économique, juridique, médical et psychique ». Dans son étude de 2018, le Conseil d'Etat observe dans le même sens qu'elle est contraire « aux principes fondamentaux du modèle bioéthique français ». Aussi l'interdiction dont elle est l'objet dans notre pays comme dans la majorité des pays européens paraît-elle peu susceptible d'être remise en question.

II/ La définition des droits des parents et des enfants.

Quels qu'ils soient et au-delà de la législation qui les encadre, les différents modes d'assistance médicale à la procréation permettent la venue au monde d'enfants, à l'égard desquels diverses interrogations d'ordre juridique se posent de manière inéluctable. Des règles traditionnelles du droit de la famille se trouvent bousculées. Un cadre juridique inédit est à tracer. Pour le définir, l'intérêt supérieur de l'enfant est une référence affirmée avec force par la convention internationale des droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989 et ratifiée par la France en 1990. L'article 3 de cette convention prévoit que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le Conseil d'Etat¹¹ et la Cour de cassation¹² ont reconnu que ces stipulations étaient d'effet direct en droit français. Le Conseil constitutionnel a de son côté érigé l'intérêt supérieur de l'enfant en principe de valeur constitutionnelle¹³.

L'intérêt supérieur de l'enfant apparaît ainsi comme une boussole pour permettre au droit de répondre du mieux possible à de nombreuses questions délicates. Les unes concernent principalement les droits des parents, en termes de filiation, d'autorité parentale et d'adoption. Les autres sont

¹¹ CE, 22 septembre 1997, Mme Cinar.

¹² Cass, 1^{ère} civile, 18 mai 2005.

¹³ CC, décision QPC du 21 mars 2019.

davantage relatifs aux droits des enfants au regard de l'héritage, de la nationalité, et de l'accès aux origines.

Droits des parents : filiation, autorité parentale et adoption

Le droit de la filiation repose sur des principes anciens et simples. La mère est celle qui a accouché de l'enfant. « Mater semper certa est » disait déjà le droit romain. Si elle est mariée, son époux bénéficie de la présomption de paternité. Si elle ne l'est pas, le père est celui qui reconnaît l'enfant devant l'officier d'état-civil. Des actions en contestation sont prévues par l'article 332 du code civil, aux termes duquel : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ».

Parfaitement adaptées à la filiation biologique, ces règles traditionnelles ne peuvent être transposées telles quelles dans tous les cas d'assistance médicale à la procréation. Elles ne soulèvent certes pas de problème en cas d'insémination artificielle à l'intérieur du couple. Elles demandent en revanche des aménagements lorsque le donneur est extérieur au couple. Plus encore l'ouverture de l'assistance à la procréation aux couples de femmes s'accompagne de délicates interrogations.

Dans le cas d'un donneur extérieur au couple hétérosexuel, le législateur a infléchi dès 1994 les règles de filiation¹⁴. La loi exclut tout lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Elle fait, en revanche, bénéficier le mari de la mère du jeu de la présomption de paternité et elle permet au compagnon non marié de la mère de reconnaître l'enfant devant l'officier d'état-civil. Dans les deux hypothèses, une protection particulière est accordée au lien de filiation ainsi reconnu, qui est placé à l'abri de toute action en contestation de paternité. Comme le note le Conseil d'Etat dans son étude de 2018 « cette filiation par nature plus fragile que les autres nécessite un lien juridiquement plus solide, dans le souci de protection de la famille ainsi constituée ».

Plus délicate est la question de la filiation si l'assistance médicale à la procréation est ouverte aux couples de femmes. Il pourrait être envisagé de ne mentionner sur l'acte de naissance que le nom de la mère qui a donné naissance à l'enfant et de se contenter de permettre à sa conjointe d'adopter ensuite l'enfant. Une telle possibilité d'adoption par la conjointe de la mère a été admise dans son principe par deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014. Mais le projet de loi en cours de discussion au Parlement va plus loin. Il prévoit une déclaration anticipée de volonté destinée à permettre aux deux membres du couple de devenir ensemble, dès la naissance, les parents de l'enfant né de l'assistance médicale à la procréation à laquelle elles ont toutes deux décidé de recourir.

Quel que soit le mode filiation, l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents, à moins que le juge ne décide, dans l'intérêt de l'enfant, de confier son exercice à l'un d'eux seulement.

L'adoption est en tout hypothèse possible. Dans sa décision du 17 mai 2013, relative à la loi sur le mariage pour tous, le Conseil constitutionnel a souligné que la loi pouvait prévoir l'adoption par des couples de personnes de même sexe et au sein de ces couples. Seul l'intérêt supérieur de l'enfant est à prendre en considération pour autoriser ou non l'adoption. Cette jurisprudence est en harmonie avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui rappelle que l'orientation sexuelle des parents ne peut être prise en compte pour refuser l'adoption¹⁵. De même la Cour de cassation juge

¹⁴ Arles 311-19 et 311-20 du code civil.

¹⁵ CEDH, 22 janvier 2008, Fretté c/ France.

qu'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger peut être adopté par l'époux de son père biologique dès lors qu'une telle adoption est conforme à l'intérêt de cet enfant¹⁶.

Dans certaines hypothèses extrêmes, la combinaison improbable des évolutions médicales et des aspirations individuelles aboutit à des configurations auxquelles une réponse juridique doit malgré tout être apportée. Ainsi la Cour de cassation a jugé qu'une femme transgenre, née homme, qui avait juridiquement changé de sexe tout en conservant son appareil reproducteur masculin et avait ainsi donné naissance avec son épouse à un enfant après sa transition, ne pouvait être reconnue comme la seconde mère de sa fille et que seule la voie de l'adoption lui était ouverte pour établir un lien de filiation avec cet enfant¹⁷.

Droits des enfants : héritage, nationalité, accès aux origines

Les questions d'héritage ne sont sans doute pas les plus complexes. Dans tous les cas s'applique la règle énoncée par l'article 725 du code civil, selon lequel « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ». En outre, depuis la loi du 3 décembre 2001, l'article 733 du code civil dispose que « la loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder ». Ainsi les modalités de gestation sont-elles indifférentes pour la succession. Dans le cas toutefois où l'insémination post mortem serait autorisée, des dispositions spécifiques seraient à prévoir puisque le droit civil actuel ne permet pas à un enfant conçu après le décès de l'un de ses parents d'hériter de celui-ci.

En matière de nationalité, le droit français combine droit du sang et droit du sol. En vertu du droit du sang, tout enfant dont l'un des parents est français est lui-même français. Selon le droit du sol, est français dès sa naissance tout enfant né en France de parents étrangers si l'un de ses parents est lui-même né en France.

Le droit du sang confère la nationalité française dès la naissance à tout enfant dont la filiation biologique avec un Français est établie. Il en va ainsi même si l'enfant est né à l'étranger grâce à un procédé de gestation pour autrui interdit en France. Rappelant la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé¹⁸ que le refus systématique de reconnaissance de la filiation dans une telle hypothèse porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. Même si elle a suscité des débats dans notre pays, cette position de la Cour européenne des droits de l'homme, qui interdit de faire subir à l'enfant les conséquences de l'infraction commise par les parents, a été relayée par notre droit interne. Une circulaire du Garde des sceaux a prescrit au parquet de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dès lors que le lien de filiation avec un Français était établi. La légalité de cette circulaire a été reconnue par le Conseil d'Etat¹⁹. La décision du Conseil d'Etat relève que la seule circonstance que la naissance à l'étranger ait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut conduire à priver un enfant de la nationalité française à laquelle il a droit dès lors que sa filiation avec un Français est établie. Dans le même sens, la Cour de cassation a confirmé la validité de la transcription à l'état-civil français de l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger dès lors que la filiation avec un Français est certaine²⁰. Le fait que les parents aient eu recours à l'étranger à un procédé de gestation interdit en

¹⁶ Cass, 1^{ère} civile, 5 juillet 2017.

¹⁷ Cass, 1^{ère} civile, 16 septembre 2020.

¹⁸ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson et Labassée c/France et 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c/ France.

¹⁹ CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres.

²⁰ Cass, assemblée plénière, 3 juillet 2015.

France est ainsi sans conséquence sur la nationalité de l'enfant : enfant d'un Français, il est lui-même dès sa naissance de nationalité française.

La Cour de cassation s'est en outre interrogée sur la possibilité pour un couple homosexuel qui a eu recours à l'étranger à la gestation pour autrui d'obtenir la transcription sur les registres d'état-civil français de mentions établies à l'étranger qui désignent comme parents les deux membres du couple et pas seulement le parent biologique. Faisant usage de la possibilité que venait d'ouvrir le protocole n° 16 à la convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, la Cour de cassation a saisi sur ce point la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif²¹. La Cour européenne des droits de l'homme a répondu que le droit national doit garantir, selon des modalités qui relèvent de la marge nationale d'appréciation, la reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention²². Eclairée par cet avis, la Cour de cassation a jugé que le lien de filiation peut aussi bien être établi par une mention directe à l'état-civil que résulter d'une adoption ultérieure. Elle a précisé que l'intérêt supérieur de l'enfant peut, en fonction des circonstances de l'espèce, commander, dans le souci d'éviter les délais qu'implique une procédure d'adoption, la transcription directe sur les registres français d'état-civil de la qualité de parent mentionnée sur l'acte d'état-civil établi à l'étranger, dès lors que cet acte est régulier au regard de la loi du pays considéré. Cette solution vaut pour la mère d'intention dans le cas d'un couple de femmes²³ comme pour le père d'intention dans le cas d'un couple d'hommes²⁴.

En matière d'accès aux origines, la législation française, initialement très restrictive, a progressivement évolué dans le sens d'une plus grande ouverture. Au départ, le souci de protéger l'accouchement sous X., qui permet à la mère de conserver l'anonymat sur elle-même comme sur le père de l'enfant et de donner la vie sans établir de lien de filiation, a conduit à une règle de secret. Avec le développement de l'assistance médicale à la procréation, l'aspiration à connaître ses origines a davantage été prise en compte. Ainsi une loi du 22 janvier 2002 a créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles qui, avec l'accord de la mère, peut dévoiler sa filiation à la personne qui le demande. La loi précise que la révélation des origines est sans effet sur la filiation et ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit. L'équilibre ainsi établi par la loi été jugé conforme aux exigences constitutionnelles²⁵ et, compte tenu de la marge d'appréciation étendue des Etats en la matière, respectueux également des impératifs conventionnels²⁶. Une loi du 16 janvier 2009 a ensuite ouvert aux enfants nés sous X. la possibilité d'intenter une action en recherche de maternité, qui ne peut toutefois aboutir en cas de refus de la mère. Le Conseil d'Etat a estimé qu'au regard du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, cette loi assurait un juste « équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines »²⁷.

Pour les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation, le projet de loi de bioéthique prévoit une nouvelle étape dans le sens de l'accès aux origines. Il ouvre en effet à ces enfants le droit d'accéder, à leur majorité, à l'identité du donneur de gamètes, à partir d'une base de données centralisée et sécurisée gérée par l'Agence de la biomédecine et après intervention d'une commission

²¹ Cass, assemblée plénière, 5 octobre 2018.

²² CEDH, 10 avril 2019.

²³ Cass, assemblée plénière, 4 octobre 2019.

²⁴ Cass, 1^{ère} civile, 18 décembre 2019.

²⁵ CC, décision QPC du 16 mai 2012.

²⁶ CEDH, 13 février 2003, Odièvre c/ France ; CE, 12 novembre 2015, Mme Gauvin et 28 décembre 2017, M. R..

²⁷ CE, 16 octobre 2019, Mme Cherrier.

indépendante. Un tel accès n'aurait ni conséquence sur la filiation ni aucun effet d'ordre civil. Les conséquences de nature psychologique qu'il peut entraîner, pour l'enfant comme pour le donneur qui se trouverait, de nombreuses années, et au moins dix-huit ans, après le don en présence de l'enfant qui en est issu doivent toutefois être mesurées. Il n'est au demeurant pas impossible qu'une telle perspective ait sur les donneurs potentiels un effet dissuasif qui serait d'autant plus préoccupant que l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules vient accroître le besoin de dons.

Nombreuses sont ainsi les interrogations ouvertes par les progrès de la médecine et de la biologie qui concernent la naissance et la procréation. Jean Rostand notait que « le seul fait qu'une chose soit devenue possible suffit à lui conférer une manière de réalité ». Bien des choses sont devenues possibles, d'autres le deviendront. Parmi les configurations que la science permet d'envisager, toutes les voies ne sont pas nécessairement à ouvrir. Sur des sujets aussi délicats, les sensibilités sont diverses et des pays proches retiennent des solutions variées. Entre la science, le droit et l'éthique, des échanges s'établissent, des équilibres se définissent, des évolutions se déroulent. Au total, la science élargit l'éventail des possibles, le droit précise le cadre mais les options décisives relèvent de choix éthiques et de décisions politiques.