



HAL
open science

Le dialogue ou les dés pipés du protocole n° 16 en gestation pour autrui pratiquée à l'étranger

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Le dialogue ou les dés pipés du protocole n° 16 en gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Revue générale de droit médical, 2018, L'INFORMATION EN DROIT DE LA SANTÉ DANS TOUS SES ÉTATS, 69, pp.239-251. hal-04016849

HAL Id: hal-04016849

<https://hal.science/hal-04016849>

Submitted on 6 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le dialogue ou les dés pipés du protocole n° 16 en gestation pour autrui pratiquée à l'étranger

Méлина Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon, Avocat Selarl Prudens-Juris

Résumé : L'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 5 octobre 2018, demande l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme par application du nouveau protocole n° 16 entré en vigueur le 1^{er} août 2018 sur les modalités d'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'une mère d'intention interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'existence d'un dialogue sur les procréations médicalement assistées, en particulier les effets de la gestation pour autrui sur la filiation, reste une douce utopie en raison du principe dissociation de parenté que celles-ci supposent.

Gestation pour autrui/ Demande d'avis à la CEDH/ Protocole n° 16 / Mère d'intention/ Filiation

1. – Le 5 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) une demande d'avis consultatif sur la marge d'appréciation dont dispose un État au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) pour refuser la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et désignant la « mère d'intention » comme « mère légale », l'interrogeant ensuite sur la pertinence d'une distinction « selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la 'mère d'intention' », et lui demandant enfin d'indiquer si « la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard » permet « de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention »¹.

2. - Le conseiller rapporteur Agnès MARTINEL², à la suite du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Guido RAIMONDI³, replace la demande d'avis effectuée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation à la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du nouveau protocole n° 16, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, dans le contexte du dialogue des juges. La communication entre magistrats et le développement de réseaux de communication structurés qu'il s'agisse de l'Ahjucaf (Association ayant pour membre les cours suprêmes de cinquante pays francophones)⁴, de la Conférence des présidents de cour d'appel en Europe ou encore du réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne⁵, ont ces deux dernières décennies été encouragés. Il s'est agi de répondre, face à une société de plus en

¹ Cass., ass. plén., 5 octobre 2018, n° 10-19.053.

² https://www.courdecassation.fr/IMG/20181005_AP_12-30.138_rapport_Martinel.pdf (consulté le 18 octobre 2018), spéc. p. 59, n° IV-4-3.

³ Pour lequel : « l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 va renforcer le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions supérieures nationales. C'est une étape fondamentale dans l'histoire de la Convention européenne des droits de l'homme et un développement majeur de la protection des droits de l'homme en Europe. C'est aussi un nouveau défi pour notre Cour ».

⁴ <http://www.ahjucaf.org>

⁵ www.reseau.presidents.eu

plus globalisée, par une réflexion hors frontière ou à tout le moins de droit comparé⁶, aux questions fondamentales de notre temps.

3. – Si l'on peut se réjouir des moyens donnés au dialogue pour progresser ensemble dans la recherche du bien commun, on peut l'être moins lorsque le dialogue n'est en réalité qu'un mode de structuration du droit, par unification forcée, dans lequel les arguments économiques sous-jacents sont loin d'être dénués d'intérêts d'une part, et où, d'autre part, la liberté propre au dialogue fait défaut en raison de la situation des interlocuteurs. Si chacun est naturellement enclin à encourager le dialogue, érigé en doctrine comme un principe contemporain de droit processuel⁷, la méthode de l'avis ne correspond pas spontanément à l'image que l'on pourrait s'en faire. Elle suppose de réfléchir sur l'interaction recherchée par la mise en présence des deux interlocuteurs que sont la Cour de cassation demanderesse à l'avis, et la Cour européenne des droits de l'homme, dispensatrice de l'avis (I).

4. – Le lieu de l'échange ayant été circonscrit, il faut ensuite réfléchir à la finalité poursuivie du dialogue. Si le dialogue rejoint la dialectique, ce lieu de confrontation des éléments en présence, pour rechercher les éléments probants au service du bien, et donc du vrai, alors l'usage de ce mécanisme en gestation pour autrui, voire en assistance médicale à la procréation, conduira nécessairement à un dialogue de dupe. La dissociation délibérée, ab initio, des éléments constitutifs de la parenté, fondement de la filiation, conduit à l'inanité du dialogue engagé. La prémisse étant fautive, les suites qui en découlent ne pourront permettre d'établir des conclusions pertinentes. Chaque question alors heurtera par l'injustice que porte son caractère partiel, ne satisfaisant aucun des protagonistes (II).

I – Dialoguer, comment ? La méthode de l'avis

5. – Le protocole n° 16, baptisé « protocole du dialogue » par Dean Spielmann, président de la CEDH en 2013, fait le choix de l'avis comme mode de dialogue entre les juridictions nationales et la Cour européenne (A), interrogeant sur la réelle interaction des locuteurs en présence (B).

A – L'avis, outil préconisé en faveur du dialogue des juges

6. – Le contexte à l'adoption du protocole n° 16 reste prioritairement la nécessité où s'est trouvée la juridiction européenne de dégager une solution face à un engorgement de sa juridiction. La régulation des recours juridictionnels, qui pose la question du respect des droits des justiciables à l'aune du procès équitable⁸, est l'un des impératifs prioritaires des derniers protocoles ayant aménagés la Convention européenne. Par les protocoles n° 14 bis, 14⁹, puis 15¹⁰, la Cour européenne s'est ainsi donné les moyens d'apurer le nombre des instances en cours en facilitant les cas d'irrecevabilité, en particulier lorsque « le requérant n'a subi aucun préjudice important » [Conv. EDH, art. 35, 3, b) amendé]. Alors que le protocole n° 11 avait étendu le droit au recours individuel, l'asphyxie de la Cour avec 150 000 requêtes pendantes a

⁶ STELZIG-CARON (Slovia), *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, thèse Grenoble, 2011, dirigée par Pascale DEUMIER, 447 p. ; www.theses.fr/2011GRENA008.pdf (consulté le 18 octobre 2018).

⁷ GUINCHARD (Serge) (dir.), *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, 9 éd. Dalloz, coll. Précis, 2017.

⁸ 11^e journées de l'UMR DICE, *La régulation des recours juridictionnels et les exigences du procès équitable*, organisées par PARDINI (Jean-Jacques) et PAYAN (Guillaume), Toulon, 19 octobre 2018, à paraître.

⁹ BIRSAN (Corneliu) et FRICERO (Natalie), « Du protocole n° 14 bis au protocole n° 14 : une efficacité toujours accrue ! », *Procédures* 2010, étude 7.

¹⁰ FRICERO (Natalie), « Procédure devant la Cour européenne : du protocole n° 15 au protocole n° 16 », *Procédures* 2013, alerte, n° 46.

été de courte période grâce à ces protocoles ultérieurs réduisant l'accès à la Cour, puisqu'en 2018 le stock était réduit à plus de la moitié¹¹. Mieux que l'irrecevabilité, l'avis consultatif mis en place par le protocole n° 16 a pour but de permettre à la Cour en impactant les solutions nationales de réduire le nombre de recours ultérieurs pour violation de la Convention.

7. - L'instrumentalisation de l'avis comme donnée économique d'une Cour victime de son succès conduit à avoir quelques doutes sur la présentation faite du protocole comme outil de dialogue. L'avis apparaît davantage comme instrument judiciaire au service d'une efficacité managériale des services de la Cour. En termes avantages/risques, la Cour aura un afflux de demandes à traiter du fait des avis, dans un premier temps, lequel devrait dans un second temps alléger ses chambres en raison du suivi escompté des avis donnés. L'enjeu est donc bien le suivi par les juridictions nationales de l'avis donné par les juges strasbourgeois.

8. – Que penser du caractère consultatif d'un avis (Protocole n° 16, art. 2) lorsque tout est fait pour que la diffusion de l'avis soit largement assurée – les avis sont publiés – et que l'économie du texte tend à réduire les saisines pour violation de la Conv. EDH sous réserve de son suivi ? Les paramétrages du dialogue sont alors prédéfinis par la mission dévolue à chacun des interlocuteurs.

B – Les paramétrages du dialogue par la situation des interlocuteurs

9. – La demande d'avis base du dialogue peut être, en France, formé auprès du greffier de la Cour européenne par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles », sous réserve que l'affaire pour laquelle l'avis est demandé est pendante (Protocole n° 16, art. 1). Conformément au Règlement amendé de la Cour européenne, « 2.1 La demande doit être motivée et exposer : a) l'objet de l'affaire interne ainsi que le contexte juridique et factuel pertinent ; b) les dispositions juridiques internes pertinentes ; c) les questions pertinentes relatives à la Convention, en particulier les droits ou libertés en jeu ; d) si cela est pertinent, un résumé des arguments des parties à la procédure interne sur la question ; et e) si cela est possible et opportun, un exposé par la juridiction dont émane la demande d'avis consultatif de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question » (Règlement, art. 92). A ce titre et dans la forme, la demande d'avis de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 5 octobre 2018, est exemplaire.

10. – Au fond, en revanche plusieurs réserves peuvent être opposées à propos d'un avis qui prétend favoriser un dialogue entre les juges. En l'occurrence, l'assemblée plénière de la Cour de cassation demande, en effet, à la Cour européenne de l'autoriser à trancher librement la question juridique qui lui est soumise relative à la transcription d'un acte de naissance au profit d'une mère d'intention y figurant comme mère légale. Au regard de l'un des droits de la Conv. EDH, ici le droit au respect de l'intimité de la vie privée (Conv. EDH, art. 8), la France attend donc de la Cour qu'elle définisse a priori la « marge d'appréciation » des juges nationaux. Par cette demande, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire se place nécessairement aux ordres de la Cour européenne des droits de l'homme relativement au pouvoir qu'elle aurait ou non de définir par elle-même les atteintes proportionnées au droit en cause. Cette latitude

¹¹ MONZALA (Wenceslas), « Les stratégies de régulation de la CEDH de l'accès à son prétoire », 11^e journées de l'UMR DICE, précitée ; l'auteur achève une thèse à Toulouse sur *La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme : essai d'analyse stratégique*, dirigée par Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA.

d'appréciation lui est pourtant donnée, s'agissant de l'article 8 de la Conv. EDH, au paragraphe second disposant « il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Jusqu'à présent, les juridictions nationales jugeaient, les justiciables étant libres ensuite de saisir la Cour européenne s'ils estimaient que leur droit avait été violé.

Il semble pour le moins que l'initiative du dialogue au moyen d'un avis ait été contrainte du fait des expériences récentes de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. En matière de gestation pour autrui, chacun sait qu'après avoir tenu une ligne conforme au droit national¹², celle-ci a été conduite à changer radicalement sa jurisprudence¹³, suite à la condamnation de la France par la CEDH en ces termes : « l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard [...]. Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte [...]. 78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. [...]. 79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention. 80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce »¹⁴.

¹² Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20468 ; 6 avril 2011, n° 09-17130, n° 09-66486, n° 10-19053 ; 13 sept. 2013, n° 12-18315, n° 12-30138 ; 19 mars 2014, n° 13-50005.

¹³ Cass., ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *D.* 2015, 1819, note FULCHIRON (Hugues) et BIDAUD-GARON (C.) ; *AJ Famille* 2015, 496, obs. CHÉNEDÉ (François) ; *RTD civ.* 2015, 581, obs. HAUSER (Jean) ; et Cass., ass. plén., 5 juillet 2017, n° 15-28.597, n° 16-16.901 et n° 16-50.025, n° 16-16.455, n° 16-16.495, *Dr. Famille* 2017, étude 13, Jean-René BINET.

¹⁴ CEDH, *Menesson c./ France*, req. n° [65192/11](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%7D) ; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%7D> (consulté le 20 octobre 2018) ; *D.* 2014, 1797, note CHÉNEDÉ (François) ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. Jean HAUSER ; CEDH, 21 juill. 2016, n° 9063/14 et n° 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France*, *Dr. famille* 2016, comm. 201, obs. FULCHIRON (Hugues).

Le mécanisme de l'avis est en quelque sorte une façon lisse de modéliser les pensées¹⁵ en imposant en amont l'évolution d'une société à partir de la marge d'appréciation que l'organe européen va concéder aux juridictions nationales¹⁶.

11. – La demande d'avis ensuite intervient dans un contexte où la France a déjà été condamnée par la Cour européenne, condamnation qui va conduire les requérants à utiliser la procédure de réexamen de la décision nationale définitive au sens du nouvel article L 452-1 du code de l'organisation judiciaire¹⁷, à l'occasion de laquelle l'assemblée plénière a sursis à statuer pour interroger la Cour européenne.

En l'espèce, l'affaire concerne la transcription de l'acte de naissance de jumelles nées en 2000 d'une gestation pour autrui en Californie désignant « le père d'intention » ayant donné ses gamètes comme père génétique et la « mère d'intention » comme « mère légale ». N'ayant pu obtenir gain de cause devant les juridictions nationales¹⁸, les parents figurant comme tels dans l'acte de naissance américain ont saisi la CEDH, laquelle le 26 juin 2014 a notamment jugé que : « [...] compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. 101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes (les jumelles) au respect de leur vie privée a été méconnu »¹⁹. Suite à l'introduction dans le droit français de la possibilité de réexamen de décisions nationales définitives en matière d'état des personnes, c'est-à-dire procéduralement irrévocables, une demande a été introduite par les requérants le 15 mai 2017 déclarée recevable par un arrêt du 16 février 2018 fixant la poursuite de l'affaire devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Sous cet aspect, la saisine pour avis de la CEDH pourrait conduire à un encombrement du rôle de sa juridiction, puisque déjà saisie de cette affaire, au moyen de l'avis demandé, elle sera à nouveau saisie. Mais rien n'empêche semble-t-il à la lecture du protocole n° 16 ou du Règlement modifié de la Cour, une telle saisine.

¹⁵ A lire : CHÉNEDÉ (François), « Petite leçon de « réalisme juridique » À propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie*, D. 2017, p. 663 s.

¹⁶ GREER (Steven), « Marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », 2000, 64 p. ; [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-17(2000).pdf) (consulté le 20 octobre 2018).

¹⁷ « Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions » (COJ, art. L. 452-1).

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, n° 07-20468 et 6 avril 2011, n° 10-19053.

¹⁹ CEDH, *Menesson c./ France*, req. n° [65192/11](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-145179%22%5D%7D) ; <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-145179%22%5D%7D> (consulté le 20 octobre 2018).

12. – Enfin et surtout, la situation des interlocuteurs dans le dialogue des juges postulé par le recours à la technique du protocole n° 16 ne favorise nullement « un » dialogue. La Cour apparaît comme une autorité ayant le pouvoir de sanction, ayant déjà sanctionné et pouvant ultérieurement sanctionner la France. Comment un dialogue peut-il prospérer lorsque la liberté est une donnée étrangère dans la relation établie ?

Ainsi que le relève avec bon sens Guillaume PAYAN au moment de présenter le nouveau texte : « il est peu probable que la juridiction nationale ne suive pas l’avis qu’elle a sollicité, car cela pourrait conduire les parties à formuler ultérieurement un recours individuel – conformément à l’article 34 de la Conv. EDH – avec de bonnes chances d’obtenir la condamnation de l’Etat concerné (...). Inversement, si dans l’affaire concernée par la demande d’avis un recours individuel devait, par la suite, être formé par l’une des parties, alors même que l’avis consultatif a été suivi par la juridiction demanderesse, il se solderait sans doute par une décision d’irrecevabilité ou de radiation du rôle (rapport explicatif, pt 26) »²⁰.

13. - Il semble alors que tout comme l’initiative du dialogue n’était pas libre, l’issue du dialogue est jouée d’avance, puisque la Cour européenne est en mesure d’imposer ultérieurement sa solution. Avec l’avis, c’est le temps de la procédure qui peut être appelé à varier, où l’on retrouve l’économie de la justice au fondement du protocole n° 16, mais c’est aussi une affirmation plus directe du rôle que s’est progressivement octroyé la Cour européenne des droits de l’homme, comme autorité supérieure, certains ont pu dire « constitutionnelle » des droits de l’homme. Frédéric SUDRE soulignait, en 2013, « le Protocole 16 transforme la mission de la Cour, en lui confiant le soin d’aider le juge national à bien interpréter la Convention. La procédure d’avis consultatif permet à la Cour, comme l’aurait d’ailleurs permis un mécanisme de renvoi préjudiciel, de se prononcer exclusivement en droit et de donner une solution de principe à une question grave d’interprétation ou d’application de la Convention, intéressant l’État partie mais pouvant aussi, plus largement, être d’intérêt général pour l’ensemble des États parties »²¹.

La demande effectuée par l’assemblée plénière de la Cour de cassation sur l’établissement de la filiation à l’égard de la mère d’intention est la première question de droit posée à la Cour européenne depuis l’entrée en vigueur du protocole n° 16. Si la méthode de l’avis conduit à une instrumentalisation du dialogue, l’objet de ce dialogue reposant sur la dissociation des éléments de parenté, lui, le falsifie.

II – Dialoguer, pourquoi ? La recherche de vérité

14. – Le dialogue suppose une interaction d’au moins deux discours ou d’au moins deux locuteurs en vue d’établir ce qui est le plus conforme à l’idoneité de l’objet étudié. L’objet

²⁰ « La saisine pour avis de la CEDH : entrée en vigueur du protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme », *Revue Lamy Droit civil*, juillet-août 2018, p. 32-36, spéc. p. 36 ; v. aussi SUDRE (Frédéric), « Ratification de la France et entrée en vigueur du protocole n° 16. Une embellie pour la Conv. EDH ? », *JCP G* 2018, 473 ; BERGER (Vincent), « Le protocole n°16 à la convention européenne des droits de l’homme ou l’institutionnalisation du dialogue des juges », *Gaz. Pal.* 27 juin 2015, n° 178, p. 8 ; DORANGE (A.), « La saisine pour avis de la CEDH, c’est pour bientôt ! », *Revue Lamy de droit civil*, 2018/159, n° 6436 ; JANUEL (P.), « La France sur la voie de la ratification du Protocole 16 à la Convention européenne », *Dalloz actualité*, 9 février 2018 ; Collectif, *La concurrence des juges en Europe – le dialogue des juges en question(s)*, Actes du colloque international de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, Éd. Clément Juglar, 526 p.

²¹ « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013, doct. 1086.

d'étude ici à partir de la transcription d'un acte de naissance étranger est celui de la filiation renvoyant nécessairement à la question de la parenté. Est-il possible d'initier une démarche de dialogue lorsqu'il y a dissociation des éléments constitutifs de la parenté par une hégémonie scientifique et technique ? (A) Les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 ont détruit, de façon sans doute irréversible, l'unité procréative de l'humain laquelle s'inscrivait dans un ordonnancement naturel, fondement de l'organisation familiale et sociale. Il en résulte une vacuité du dialogue appliquée à la réflexion sur la gestation pour autrui, ou l'assistance médicale à la procréation (B).

A – La dissociation des éléments constitutifs de la filiation dans la GPA (ou l'AMP)

15. - Le dialogue devient un dialogue de dupe parce que la prémisse de départ consiste à détacher la filiation de sa réalité procréative pour lui substituer la volonté²². Nous avons pu constater, à l'occasion de l'ouvrage offert au professeur NEIRINCK, que le cœur des réflexions est de faire de toute filiation une filiation élective, indépendamment du mode de conception de l'humain : « l'assistance médicale à la procréation, l'adoption par des personnes de même sexe, sont annonciatrices d'une société nouvelle, toute construite par la volonté de l'homme, libérée des contraintes d'une nature à présent dominée par le génie humain. Nous assistons à une transformation sociale, un jeu de construction pour les grandes personnes, l'avènement d'une véritable légo-cité »²³.

16. - Le détachement de la filiation du mode d'engendrement conduit à remettre en cause dans le lien de filiation la fécondité comme fruit de l'oblativité des père et mère par le langage des corps, telle est aujourd'hui l'assistance médicale à la procréation par insémination avec les gamètes du conjoint ou d'un tiers donneur, mais aussi l'altérité sexuelle²⁴ qui n'est plus requise dans certains pays étrangers, dès lors que deux femmes peuvent parfaitement avoir un enfant par insémination par tiers donneur d'où la construction possible d'une famille sans père voulue par le droit.

17. - L'avis 129 du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) portant contribution à la révision de la loi bioéthique 2018/2019, en date du 25 septembre 2018 valide au demeurant ces dissociations proposant d'ouvrir l'insémination avec donneur (IAD) à toutes les femmes : « il considère que l'ouverture de l'AMP à des personnes sans stérilité peut se concevoir, notamment pour pallier une souffrance induite par une infécondité résultant d'orientations personnelles. Cette souffrance doit être prise en compte car le recours à une technique déjà autorisée par ailleurs n'implique pas de violence dans les relations entre les différents acteurs »²⁵.

²² « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », 2014, ss dir. THERY (Irène), LEROYER (Anne-Marie) ; http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf (consulté le 23 octobre 2018).

²³ DOUCHY-OUODOT (Mélina), « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », *Mélanges en l'honneur de Claire NEIRINCK*, éd. Lexis-Nexis 2015 ; pour l'incidence sur les enfants, voir l'excellente analyse d'Aude MIRKOVIC, *PMA, GPA : Quel respect pour les droits de l'enfant ?*, éd. Téqui 2016.

²⁴ NEIRINCK (Claire), « L'égalité sexuée. Péché originel de la procréation médicalement assistée », *Mélanges en l'honneur de Gérard MÉMETEAU, Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, éd. LEH 2015.

²⁵ Spécialement p. 120 et 121 de l'avis, relevant cependant que « cette position du CCNE ne signifie pas l'adhésion de tous ses membres. En effet, cette demande d'accès pour toutes les femmes à l'IAD a également fait débat au sein du CCNE, en particulier sur les conséquences pour l'enfant d'une institutionnalisation de l'absence de père, donc de l'absence de l'altérité « masculin-féminin » dans la diversité de sa construction psychique, mais aussi sur

L'évolution de l'éthique fait des pas de géant²⁶. C'est pourquoi, la prise de position dans le tout dernier avis n° 129 selon laquelle « le CCNE reste attaché aux principes qui justifient la prohibition de la GPA, principes invoqués par le législateur : respect de la personne humaine, refus de l'exploitation de la femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Estimant qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, le CCNE souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs. Le CCNE est ainsi favorable à l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA et recommandait, dans l'avis 126, l'engagement de négociations internationales, multilatérales dans ce cadre »²⁷ méritera l'attention future des juristes pour saisir les contours de l'éthique du point de vue du CCNE dans quelques années, au-delà des affirmations et des repères posés aujourd'hui²⁸.

18. - La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger conduit à étendre les possibilités hexagonales, deux hommes pouvant par ce moyen avoir un enfant grâce à l'intervention d'une tierce personne. Les possibles au plan scientifique sont sans fin. Et plus tard pourquoi pas des formes de parthénogenèse appliquées à l'humain ? Quant à la location des ventres, car cela revient à cela, s'il est encore des oppositions en raison des nouvelles formes d'exploitation des plus pauvres, l'argument tombera avec la délocalisation des utérus, par la création d'utérus en laboratoire, à l'instar des fécondations in vitro qui sont des fécondations déjà délocalisées. Le visionnaire Aldous HUXLEY l'a parfaitement dépeint dans son roman *Le meilleur des mondes*.

B – L'inanité consécutive du dialogue en GPA (ou AMP)

19. - La rupture dans l'unité d'approche en matière de procréation a été le fait de la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts du 26 juin 2014, prônant l'établissement du lien de filiation de l'enfant avec le parent ayant fourni ses gamètes, solution rendue au visa de l'article 8 de la CEDH. Or, il a été suffisamment exposé que les enfants avaient bien une filiation établie à l'égard de leurs parents par les actes de naissance étranger. L'absence de transcription ne privait pas les enfants de leur filiation comme l'avait clairement soutenu la France. La filiation était belle et bien établie, elle n'était simplement pas transcrite ainsi que l'a parfaitement souligné l'Association des juristes pour l'enfance²⁹. La Cour européenne partait d'une affirmation erronée. La Cour de cassation suite à la condamnation de la France a changé sa jurisprudence admettant la transcription lorsque l'acte de naissance était conforme à la réalité biologique. C'est ainsi que dans l'hypothèse où l'acte de naissance porte mention du père génétique et de la mère porteuse, la transcription est admise. Cette solution a été réitérée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation « qu'il résulte de l'article 47 du code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, interprétés à la lumière de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas en soi

les risques possibles de marchandisation du corps humain accrus » ; sur cette réflexion : *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain*, Rapport du Conseil d'État, 28 juin 2018, spéc. p. 47 s.

²⁶ Comparer avec l'avis n° 126 du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) en date du 15 juin 2017.

²⁷ Avis n° 129, p. 124.

²⁸ Avis n° 129, p. 32 et s., spéc. p. 36 sur la confrontation que fait le CCNE entre « l'intime » et le « collectif » et l'approche de la liberté individuelle entendue de la simple liberté du choix dans l'action ou encore de la mise en opposition entre « les possibles » et « le souhaitable » (p. 42), problématique qui n'est au demeurant pas nouvelle que l'on songe au « tourisme abortif » des années 70...

²⁹ <https://juristespourl'enfance.com/>

obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger et que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »³⁰.

20.- N'est-ce pas dire que ce qui fait le parent est le lien génétique de filiation ? Que dire alors de la mère qui donne ses ovocytes mais qui ne peut porter l'enfant ? Laquelle est plus mère, celle qui fournit l'utérus ou celle qui fournit l'ovocyte ? On se souvient dans une récente affaire de la dissociation entre le don d'ovule par une femme, plus exactement le noyau d'ovule, et le don de l'enveloppe de l'ovule par une autre avec prêt d'utérus³¹. Qui est donc la mère ? Faudrait-il entrer dans des débats génétiques de plus en plus poussés pour dire quel est le parent ? Est-il alors cohérent de considérer que la mère dont la filiation doit être établie est celle qui a accouché dans un cas où la procréation naturelle a été délibérément ignorée ? La dissociation des éléments de la parenté conduit à remettre en cause le principe même de ce questionnement à l'origine d'un dialogue qui ne peut conduire qu'à des solutions heurtant le bon sens et la justice parce que les questions initiales seront iniques. La parenté n'est pas un fragment, elle n'est pas dans les gènes, pas plus que dans la gestation, ni dans la volonté d'avoir l'enfant, ou encore de l'éduquer, la parenté est constituée de tous ces éléments à la fois fondement de la filiation. Entrer dans un autre discours et dissocier les éléments de la parenté pour déterminer ensuite ce qui fait que l'un est plus parent que l'autre est factice, et ne permet aucune solution de justice. D'ailleurs, sous prétexte de l'importance du lien biologique avec le père, la Cour européenne oblige les Etats à fermer les yeux sur une pratique qui prive l'enfant de sa filiation biologique dans la branche maternelle, on n'est pas à une contradiction près.

21. – C'est pourquoi, ceux qui sont favorables à la gestation pour autrui ont beau jeu de n'être pas satisfait de la solution de la CEDH n'attribuant la filiation qu'à celui qui peut prouver l'apport de ses gènes. On sait que si l'acte de naissance porte le nom du père génétique et de la mère légale entendue de la mère d'intention, à défaut de réalité génétique celle-ci ne peut voir son lien de filiation établi. En somme, entre une mère porteuse rémunérée ou indemnisée pour son ovocyte et la disponibilité de son utérus pendant le temps de la gestation, dont le nom figure sur l'acte de naissance mais qui n'a aucunement accepté l'enfant comme le sien et la mère d'intention qui a mis toute son énergie pour avoir avec son mari cet enfant, qui a fait tous les sacrifices que suppose le recours à une telle pratique (temps, stress, argent...), la première qui ne veut pas être mère l'est, et la seconde se voit refuser la maternité. Qui ne voit l'absurdité de la situation, et l'on en vient à petits pas d'iniquité à soutenir que seul le projet parental fonde la parenté !³² Ceci reviendrait à reconstruire entièrement le droit de la filiation – que deviendrait l'action en contestation de paternité par exemple – et obligerait à élaborer un régime de protection de l'enfant voulu initialement et ne faisant plus ensuite l'objet d'un projet parental – pour handicap ou autre déconvenue parentale.

³⁰ Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30138.

³¹ A propos de l'enfant né au Mexique de trois parents : de SAINT-PERN (Laure), « *Mater semper certa est. Never ever...* », *D.* 2016, 2290.

³² Sur les dangers d'une politique des petits pas : BOLLÉE (Sylvain), « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2018, 143.

22. – La question figurant dans l’avis de l’assemblée plénière posée en début de ces quelques lignes est l’aboutissement de ce processus dissociatif de parenté, conduisant à demander si le refus de l’établissement de la filiation envers la mère d’intention, mais encore la dissociation entre les mères d’intention ayant donné leurs gamètes et celles qui ne l’auraient pas fait, respectent l’article 8 de la Conv. EDH, sachant que l’adoption permettrait d’établir la filiation à l’égard de la mère d’intention « non génétique »... ! Cela revient ni plus ni moins pour les gestations pour autrui à venir à détourner là encore le mécanisme de l’adoption³³ qui tend à établir un lien de filiation à l’égard d’un enfant déjà né pour lui donner une famille, et non à l’égard d’un enfant à naître pour donner au couple un enfant.

23. – Qui ne voit que le vice figure *ab initio* dans la dissociation rendue possible par les sciences entre les différents éléments caractéristiques de la parenté, les gènes c’est-à-dire l’apport de la nature, la procréation c’est-à-dire le mode du don, et l’éducation c’est-à-dire le lien social et affectif. Face au processus dissociatif, deux voies sont en réalité envisageables, mais une seule nous semble légitime. La première est celle consistant à restructurer l’unité de parenté autour de la volonté, du projet parental, en somme peu importe qui fournit les matériaux et comment ils sont fournis, ce qui justifie la parenté est la volonté d’avoir l’enfant et de l’éduquer. C’est ce que défend le rapport rendu par la commission présidée par Irène THERY en 2014, toute filiation est élective. La seule réserve posée actuellement à cette situation par ceux qui en sont partisans est de veiller à l’absence de mercantilisation ou de marchandisation du corps humain, ce que la science permettra tôt ou tard en rendant inutile l’esclavagisme moderne de la procréation dissociée³⁴. La seconde consiste à rejeter en bloc le principe dissociatif de la parenté offert par la science, reprenant cette évidence mise en lumière dans l’avis 129 du CCNE que l’ouverture des possibles ne permet pas de dire que tout est souhaitable.

24. - La première solution est illégitime car elle consiste ni plus ni moins à faire de l’enfant un produit, et ce faisant à le priver de ce qui est naturellement sien, et ce de façon délibérée avant même la conception, là à le priver des gènes de l’un de ses parents, ici à lui refuser l’accès à son identité, ailleurs à le priver d’une mère ou d’un père pour les couples de même sexe. Solution illégitime également puisqu’elle aboutit à placer la volonté à toutes les étapes du processus d’engendrement, et même sur le temps de l’engendrement. Le débat, qui figurait déjà dans l’avis n° 126 et que l’on retrouve à l’avis n° 129, porte sur la possibilité d’autoconservation ovocytaire de la femme qui ainsi pourra choisir le moment où elle sera le mieux pour enfanter et ne pas être contrainte par le temps de la nature sur la conception. Au bout de tout cela, ce montage de la filiation est placé l’homme, comme demiurge, en tant que faux créateur d’une humanité qu’en réalité il reçoit et dont il n’est pas la source. Les méfaits constatés des pratiques constatées sur lesquelles portent le débat suffisent à le montrer.

25. - La seconde consiste à refuser radicalement le principe dissociatif de la parenté mis en œuvre délibérément avant la conception. Cette position est peu défendue aujourd’hui car elle suppose de d’accepter des limites à nos désirs, alors qu’elle n’est que l’affirmation de la nécessité de l’altérité sexuelle pour procréer. Renoncer aux dissociations que la technique permet n’est pas le refus des avancées de la science, c’est demander au contraire à la science de travailler sur de vrais sujets en lien avec la procréation telles que sur les causes d’infertilité et

³³ Pour une analyse différente : FULCHIRON (Hugues), « La Cour de cassation consacre la parenté d’intention par adoption », *D.* 2017, p. 1737.

³⁴ Sur cette nouvelle forme d’esclavagisme : MÉMETEAU (Gérard), « L’esclave altruiste ou la servante au grand cœur », *RJPF* 2018, p. 5 s.

d'infécondité des couples souffrant d'une pathologie afin de trouver non des palliatifs à cette souffrance mais des moyens de guérison des personnes en souffrant. Un tel respect de l'unité des différentes dimensions de la filiation offre en outre ce pôle masculin-féminin dans l'éducation de l'enfant représenté par le père et la mère qui permet à l'enfant de grandir dans un équilibre affectif et psychologique. Face aux situations de gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, la seule solution n'est-elle pas alors celle qu'a retenue la CEDH dans une affaire concernant l'Italie³⁵. La Cour européenne a admis le choix de ce pays d'enlever l'enfant issu de la gestation pour autrui aux parents ayant eu recours à cette pratique pour le placer dans une famille d'accueil en attendant son adoption par un autre couple n'ayant pas eu recours délibérément à des méthodes dissociatives de parenté avant la conception. Certes, l'enquête avait révélé dans cette affaire que l'enfant n'avait en réalité aucun lien génétique de parenté avec l'un ou l'autre des parents d'intention. Cette solution, généralisée à toutes les pratiques de gestation pour autrui, aurait n'en doutons pas pour effet de réduire considérablement le recours à celles-ci. En présence d'une gestation pour autrui dont la filiation a été établie à l'étranger, au mépris du droit français, la sanction devrait consister au retrait pur et simple de l'autorité parentale parce qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant que cette filiation soit reconnue.

³⁵ CEDH, Paradiso et Campanelli, 24 janvier 2017, D. 2017, 215, obs. crit. LE MAIGAT (P.) ; pour l'arrêt de chambre : CEDH 27 janv. 2015, aff. Paradiso c/ Italie ; RTD civ. 2017, p. 335 s., obs. MARGUÉNAUD (Jean-Pierre); pour un commentaire critique : LEROYER (Anne-Marie), « Transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA », RTD civ. 2018, p. 88 s.