Le lien génétique entre deux personnes en droit de la filiation : réalité factuelle, réalité juridique ?

Maria Kalogirou

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/9763>

DOI : 10.4000/revdh.9763

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Maria Kalogirou, « Le lien génétique entre deux personnes en droit de la filiation : réalité factuelle, réalité juridique ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 12 juin 2020, consulté le 07 décembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9763> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9763>

Ce document a été généré automatiquement le 11 février 2021.

Tous droits réservés

Le lien génétique entre deux personnes en droit de la filiation : réalité factuelle, réalité juridique ?

Maria Kalogirou

- 1 En droit, la génétique sert en principe à prouver ce qu'on appelle une *réalité factuelle*, c'est-à-dire la réalité des choses, les faits réels. En revanche, son rôle reste incident à la recherche de ce qu'on pourrait appeler une *réalité juridique*, c'est-à-dire ce qui est considéré comme étant juridiquement valide. Si on choisit ici le terme *réalité*, et non pas celui de *vérité*, c'est parce que par la comparaison qui en découle, la *réalité* fait plus directement référence au monde factuel. Selon le dictionnaire de l'Académie française le terme de *réalité* renvoie à la « qualité de ce qui est effectif, de ce qui existe »². Contrairement à la *réalité*, le terme de *vérité* décrit plutôt une conscience qu'un fait. Selon le dictionnaire Larousse, le terme de *vérité* est l'« idée, la proposition qui emporte l'assentiment général ou s'accorde avec le sentiment que quelqu'un a de la réalité »³. Étant donc conçu de manière plus objective que subjective (même si - on le sait - la perception de la réalité n'est jamais dénuée d'éléments subjectifs), le terme *réalité* peut très bien être utilisé pour décrire les faits. Cette *réalité* peut être ici qualifiée de *factuelle*. À l'opposé de la *réalité factuelle*, qui se trouve à l'extérieur du droit, la *réalité juridique* correspond à ce que dispose la loi et à ce que décide le juge. Traduisant donc une chose construite par le droit, la *réalité juridique* s'éloigne de la dimension objective de la réalité : elle ne se réfère pas à un fait réel mais à ce qui retenu comme étant réel par le droit.
- 2 S'il est vrai que le droit ne privilégie pas toujours la réalité factuelle (les lois d'amnistie en sont l'exemple le plus évident⁴), dans grand nombre d'hypothèses, le droit fait entrer les événements du monde factuel dans les règles juridiques, notamment en subordonnant l'application d'une règle à un événement factuel susceptible d'être prouvé par le biais d'une expertise. En règle générale, la commande et l'évaluation des expertises relèvent de la libre appréciation du juge⁵. Cependant, certains types d'expertises sont imposés par la loi⁶ ou sont considérés par le juge comme étant « de

droit ». Il en est ainsi de l'expertise génétique en matière de filiation⁷. On observe donc que la découverte de l'ADN et les expertises génétiques qu'elle a permises, ont créé une *réalité* qu'on pourrait appeler *génétique*, puisqu'elle correspond à l'identification de certains caractéristiques du génome humain. Cette réalité, désormais susceptible d'être révélée devant le juge, suffit-elle pour créer une *réalité juridique* ? Si cette question mérite d'être étudiée dans l'ensemble des domaines du droit - tant en matière pénale qu'en matière civile⁸ - ici on va se concentrer sur l'impact du génétique en matière du droit de la filiation. Dans ce cadre, on va s'intéresser notamment aux règles de la filiation appliquées aux procréations avec ou sans assistance médicale, ainsi qu'à l'établissement de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) réalisée légalement à l'étranger.

- 3 En droit de la filiation, les expertises génétiques remplissent une fonction de révélateur de la réalité *factuelle*, dans le sens où elles servent en principe à prouver que deux personnes partagent du matériel génétique. En étudiant le droit français, on observe néanmoins que le lien génétique entre deux personnes n'est déterminant pour l'établissement de la filiation que dans peu de cas. En effet, les lois françaises fondent principalement la filiation sur le mariage et sur la reconnaissance volontaire. L'obligation du géniteur de reconnaître l'enfant confère toutefois un pouvoir important à l'élément génétique. Or, les décisions de contestation de la paternité étant peu nombreuses, la paternité fondée sur le lien génétique demeure exceptionnelle. Pour ce qui est de la GPA, faisant l'objet d'une interdiction civile⁹, elle ne peut en principe pas donner lieu à la création de rapports de filiation, et ce, qu'elle soit réalisée en France¹⁰ ou ailleurs¹¹. Néanmoins, ces dernières années on observe des modifications liées à l'évolution de la place tenue par le lien génétique en droit français. Si dans un premier temps, ces modifications privilégient le lien génétique, c'est en raison de sa mobilisation par certaines instances européennes, et notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH). Cette dernière reconnaît effectivement le lien génétique comme un élément fondamental de la vie privée des individus¹². Cependant, les derniers arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière de GPA¹³ donnent l'impression de réduire l'importance auparavant accordée au rapport génétique entre deux personnes. En même temps, le projet de la nouvelle loi de bioéthique envisage des possibilités qui peuvent être considérées comme érigeant le lien génétique en un élément fondamental pour les droits des individus. En étudiant les changements apportés par le droit au rôle joué par le lien génétique, on constate que, dans un premier temps, celui-ci occupe en droit une place de plus en plus importante (I). Dans un deuxième temps, on prend conscience que malgré ces changements - qui ne sont d'ailleurs pas dans tous les cas définitifs - l'importance accordée à l'élément génétique ne va pas jusqu'à remettre radicalement en cause les règles *classiques* de la filiation, et notamment le fort lien entre la maternité et l'accouchement (II).

I. La réalité génétique en droit de la filiation

- 4 En France, comme ailleurs, le lien génétique entre deux personnes est susceptible de fonctionner tant comme fondement de la filiation (A), que comme élément de la possibilité pour les personnes d'avoir accès à des informations qui concernent leur géniteur (B). Dans l'un comme l'autre cas, l'admission par la Cour EDH du rôle fondamental que joue le rapport génétique d'une personne à l'égard d'une autre au

titre du droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), a joué un rôle important sur l'évolution du droit français.

A. Le rapport génétique entre deux personnes comme fondement de la filiation : l'importance de la réalité génétique à relativiser

- 5 Selon les lois françaises, le rapport génétique entre deux personnes constitue indubitablement un – mais pas l'unique – fondement de la filiation (1). L'importance qu'il a progressivement acquise au sein de la jurisprudence rendue en matière de GPA au cours des dernières années peut aisément être attribuée à la place privilégiée que lui accorde la Cour européenne des droits de l'Homme (2).

1. L'expertise génétique, une preuve très forte mais rarement applicable

- 6 Les règles françaises de filiation ne sont fondées sur le lien génétique que dans une mesure très limitée. Dans le cadre de la procréation sans assistance médicale, les présomptions relatives à la maternité et la paternité sont essentiellement fondées sur la volonté d'une personne d'être le parent d'un enfant. S'agissant de la maternité, l'article 311-25 du Code civil dispose que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant » À l'opposé des législations étrangères, même si la loi française aboutit souvent à ce que l'accouchement fasse la mère¹⁴, elle fait formellement d'un autre facteur, l'acte de naissance, le fondement juridique de la filiation. Cependant, l'article 16-7 du Code civil portant sur l'interdiction de la GPA en France a été interprété par la Cour de cassation de manière telle, qu'est depuis considéré qu'en droit civil français la maternité prend appui sur l'accouchement¹⁵. Même ainsi, le droit privilégie un fait biologique, c'est-à-dire l'accouchement, et non pas le lien génétique entre la mère et l'enfant. S'agissant de la paternité, l'article 312 du Code civil prévoit que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». En dehors de mariage, le géniteur – ou même un homme qui connaît qu'il n'est pas génétiquement lié à l'enfant – peut reconnaître volontairement l'enfant et être ainsi considéré comme étant son père¹⁶. Il est vrai que le droit prévoit qu'un enfant et une mère – agissant au nom de ses enfants mineurs – peuvent intenter une action en recherche de la paternité à l'égard du géniteur¹⁷. Par ailleurs, l'expertise génétique est selon le juge considérée comme étant « de droit » en matière de filiation¹⁸. Évidemment, puisque l'article 16-11 du Code civil impose le recueil du consentement exprès et préalable de la personne concernée, le père prétendu conserve le droit de refuser de se soumettre à un test ADN. Or, dans une telle hypothèse, il revient au juge d'apprécier le refus de ce dernier à la lumière de l'ensemble des preuves qui lui sont déposées. Par conséquent, hormis le cas d'une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi par la mère et/ou par l'enfant¹⁹, un « aveu tacite de la paternité » peut être déduit²⁰. Il demeure toutefois que « le seul refus de se soumettre à un examen biologique » ne saurait, selon le juge, « suffire à rapporter la preuve de sa paternité, sans rechercher, comme [la Cour] y était pourtant invitée, si l'attitude de celui-ci et les moyens qu'il a employés pour tenter de justifier son refus de se soumettre à l'expertise biologique, qui pouvait au contraire écarter sa paternité avec certitude, ne permettaient pas de faire présumer celle-ci »²¹.

- 7 Le fait que le refus du père prétendu de se soumettre à un test ADN ne constitue qu'un *élément supplémentaire* d'établissement de la paternité et vient *conforter* une conclusion formée par le juge eu égard à d'autres éléments, comme par exemple des témoignages, a été confirmée par la Cour EDH²². Toutefois, dans l'arrêt *Mikulic contre Croatie*, la Cour a jugé aussi que « l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité »²³. Il faut noter que dans cet arrêt, même si la Cour admet l'importance de l'expertise génétique, elle construit son raisonnement sur la conciliation des différents intérêts en cause, et surtout sur le fait que, à l'opposé de la Croatie, les autres États-parties à la Convention avaient pris des mesures pour trouver une solution face au refus du prétendu père de se soumettre au test ADN²⁴. La logique de la « mise en balance des intérêts en cause » a été suivie dans d'autres affaires similaires, comme par exemple l'arrêt *Jaggi*, qui porte sur une demande d'analyse ADN sur le corps d'une personne défunte que le requérant présume comme son père biologique et avec laquelle il cherchait à établir l'existence d'un lien de filiation²⁵. Dans cet arrêt, la Cour a conclu à la violation de la vie privée du requérant en prenant précisément en considération d'une part le « droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt », le « droit au respect des morts et « l'intérêt public à la sécurité juridique » et d'autre part, l'intérêt « vital » et « protégé par la Convention » des personnes « essayant d'établir leur ascendance » « à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »²⁶. Or, malgré la logique de l'équilibre entre les divers intérêts en présence qui a été suivie dans ces deux arrêts, le lien génétique entre les requérants et leurs pères prétendus demeure privilégié, puisque dans les deux affaires, il ressort des faits que les personnes considérées par les requérants comme pères ne souhaitaient pas l'établissement de la paternité.
- 8 La place favorable qu'accorde la Cour européenne au rapport génétique entre deux personnes est parfaitement claire dans l'arrêt *Mandet contre France*²⁷. Cette affaire porte sur l'annulation par les tribunaux français d'une reconnaissance de paternité effectuée par le mari d'une femme ayant accouché d'un enfant. L'annulation a été demandée par le prétendu géniteur, avec lequel cette femme (qui était la mère légale de l'enfant) entretenait des relations intimes au moment de la conception. Plus précisément, tant la mère légale et son mari que l'enfant lui-même (qui étaient les trois requérants devant la Cour EDH) ont soutenu que l'annulation de la reconnaissance de la paternité du mari de la mère et la reconnaissance subséquente du prétendu géniteur comme père légal étaient contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier souhaiterait maintenir la filiation initialement établie par le mari de sa mère, et ce parce qu'il reconnaissait cet homme « comme son père »²⁸ et « avait noué des liens affectifs très forts » avec lui²⁹. Toutefois, la Cour rejette les arguments des requérants en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant « était avant tout de connaître la vérité sur ses origines »³⁰. On observe que le lien génétique est érigé en élément central de la filiation. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour prend en compte tous les éléments produits par les parties, comme par exemple le fait que la mère légale et le prétendu géniteur avaient vécu maritalement ensemble avant et après la naissance de l'enfant, que ce dernier était considéré par leur entourage comme étant leur enfant commun, et surtout que seulement le prétendu géniteur s'est présenté à l'expertise génétique qui avait été

ordonnée par le juge français. Ce dernier a estimé qu'« en refusant de se soumettre à l'expertise génétique, [les premiers requérants] reconnaiss[ai]ent le bienfondé » de l'action engagée par le prétendu géniteur³¹.

- 9 À la lecture des arrêts de la Cour EDH, l'expertise génétique paraît être non seulement une preuve très forte susceptible de créer des liens de filiation, mais aussi un élément fondamental qui pèse considérablement sur l'appréciation par le juge des différents intérêts en cause. Toutefois, en droit français, le petit nombre des décisions visant à la recherche de la filiation du géniteur nous amène à penser que le facteur génétique n'est qu'un des nombreux éléments qui sont pris en compte par le droit pour l'établissement de la filiation³². C'est ainsi que dans le cadre de la procréation sans assistance médicale, les éléments sur lesquels est en règle générale fondée la paternité sont le mariage et la reconnaissance volontaire par le géniteur³³.
- 10 Pour ce qui est de la procréation médicalement assistée (PMA), étant ancrée sur le modèle de la procréation biologique, les règles de filiation des enfants nés par le biais des techniques procréatives autorisées en France ne privilégie pas davantage l'élément génétique, et ce parce que la filiation de ces enfants est établie selon les règles classiques de filiation. Ainsi, est considérée comme mère légale la femme dont le nom figure sur l'acte de naissance de l'enfant. En ce qui concerne la paternité, selon le Code civil, les enfants nés par le biais d'une PMA ont pour père le mari de cette femme ou l'homme qui procède à une reconnaissance volontaire. Toutefois, selon le même code, le consentement à la PMA empêche toute contestation de la filiation. En outre, le refus du père « d'intention » de reconnaître l'enfant issu d'une PMA à laquelle il a consenti engage sa responsabilité. Ainsi, même si le Code civil n'affirme pas clairement que le consentement des futurs parents établit automatiquement la filiation, si leur consentement n'est pas privé d'effet³⁴, les personnes ayant consenti à la PMA ne peuvent pas contester la filiation des enfants nés de ces méthodes. Outre cela, l'autorisation du don d'embryons issus des gamètes d'un couple à un autre couple³⁵ et, par extension, la possibilité d'établir des liens de filiation avec des enfants qui ne sont pas génétiquement liés avec les parents « d'intention », ainsi que l'impossibilité de créer de lien de filiation entre le donneur ou la donneuse des gamètes et l'enfant à naître³⁶ manifestent également de la volonté du législateur de ne pas construire la filiation issue de la PMA autour du lien génétique.
- 11 Finalement, hors PMA, il en va de même pour l'adoption et la possession d'état, puisque il s'agit également des mécanismes fondés notamment sur la volonté d'une personne de devenir parent ou sur le fait de s'être comporté comme tel pendant longtemps et de manière à avoir créé à son encontre l'impression d'être le parent légal d'un enfant³⁷. Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que comme « l'action en constatation de la possession d'état ne tend pas à établir la vérité biologique de la filiation, mais une réalité sociologique » « il s'en suit que la possession d'état ne saurait se prouver par une expertise biologique ou par le refus de l'une des parties à se soumettre à l'expertise »³⁸.
- 12 Partant de ce cadre d'analyse, il n'a pas été étonnant que dans les affaires relatives à la reconnaissance de droits de filiation des enfants nés des GPA le juge national se soit initialement prononcé sans faire la distinction entre parent génétique et parent non génétique. Plus précisément, la Cour de cassation a refusé tant l'adoption des enfants nés par le biais d'une GPA réalisée illégalement sur le territoire national³⁹, que la transcription des actes de naissance des enfants nés dans un pays qui autorise la GPA⁴⁰.

Ce dernier refus ayant donné lieu à une condamnation de la France par la Cour EDH pour violation de la vie privée des enfants nés par une GPA légale à l'étranger⁴¹, la jurisprudence française a toutefois connu des évolutions importantes, justifiées par l'importance que joue la filiation à l'égard du géniteur dans la vie privée des enfants.

2. La vie privée au soutien de l'établissement d'une filiation génétique : le sursaut de la réalité génétique prise en compte par le droit

- 13 À la lecture des arrêts de la Cour européenne portant sur le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance des enfants nés via des GPA à l'étranger⁴², il est aisé de voir que, selon la Cour, le volet « vie privée » de l'article 8 de la Convention a été méconnu en raison du fait que les enfants se trouvaient dans l'impossibilité d'établir leur filiation « à l'égard du père biologique », c'est-à-dire du géniteur. Bien que dans son argumentation - élaborée dans l'arrêt *Mennesson* et reprise dans les arrêts français qui ont suivi - la Cour ait souligné que « la « vie privée » est constituée tant des éléments génétiques que des éléments factuels⁴³, lorsque elle déclare la condamnation, elle se borne à préciser l'atteinte à la vie privée portée par l'« obstacle à la reconnaissance et à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard du père biologique »⁴⁴. Suite à ces arrêts, la Cour de cassation française a déclaré que dans l'hypothèse où il n'est pas constaté par les juges que l'acte de naissance d'un enfant né par GPA « est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » la demande ne doit pas être rejetée⁴⁵, sans pour autant affirmer clairement que la filiation légalement reconnue par les autorités étrangères entre un ressortissant français et un enfant né par le biais d'une GPA puisse produire des effets en France. En 2017, elle adapte finalement sa jurisprudence aux standards européens en affirmant que l'acte de naissance étranger pouvait être transcrit en France, mais seulement en ce qu'il désigne le père génétique. En ce qui concerne le parent non génétique, la Cour de cassation a permis, l'adoption ultérieure par celui-ci, si cette personne est l'époux⁴⁶ ou l'épouse⁴⁷ du père génétique, ainsi que « si les conditions légales en sont réunies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Ainsi, la filiation avec le parent génétique serait établie automatiquement par le biais de la transcription de l'acte de naissance, tandis que la filiation avec le parent non génétique serait susceptible d'être établie à travers d'une adoption.
- 14 Les arrêts de 2017 ont été rendus dans le cadre de deux cas de figure assez différents. D'une part, la Cour de cassation s'est prononcée dans le cadre d'une GPA réalisée par un couple composé d'un homme et d'une femme. Étant donné que l'acte de naissance étranger désignait les deux personnes comme père et mère, la Cour refuse l'enregistrement de l'acte à l'égard de la mère en considérant que « la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement »⁴⁸. D'autre part, elle s'est prononcée dans le cadre d'une GPA pratiquée à l'étranger qui a été demandée par un homme. Cet homme était marié avec un autre homme et a procédé à la demande de la GPA par la gestatrice. Dès lors, l'acte de naissance établie à l'étranger désignait seulement l'homme ayant demandé la GPA comme père. Par la suite, ce dernier a demandé par le juge français la transcription de l'acte de naissance et son époux l'adoption de l'enfant⁴⁹. Conformément à tous les arrêts, c'est la filiation à l'égard du père qui a été automatiquement déterminée grâce au partage du même patrimoine génétique avec l'enfant. La solution retenue en 2017 a été, sur le principe, « confirmée » par la Cour européenne, puisque, suite à une demande d'avis de la Cour de cassation, elle a été

considérée comme étant compatible avec l'article 8 de la Convention⁵⁰. Dès lors, on observe que contrairement aux règles françaises de la filiation applicables dans les cas de la procréation biologique et des méthodes procréatives autorisées, la jurisprudence française relative à la GPA a, sous l'influence de la Cour EDH, rendu le rapport génétique entre une personne et un enfant déterminant pour la reconnaissance des droits de filiation via la transcription des actes de naissance établis à l'étranger. Le lien génétique ne fonctionne cependant pas seulement comme un élément susceptible de fonder des rapports de filiation. Au contraire, il peut servir aussi comme argument pour autoriser l'accès des individus à des informations qui concernent leur géniteur, ces dernières étant considérées comme un élément « indispensable pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »⁵¹.

B. Le lien génétique comme fondement du droit des individus d'obtenir des informations sur leur géniteur

- 15 Dans les arrêts européens précités⁵², la Cour EDH cherchait principalement à répondre à la question de l'établissement de la filiation entre les personnes concernées, et, dans certains parmi eux, de la commande par le juge des tests ADN à cette fin. Ces arrêts, et notamment les arrêts *Mikulic*, *Jaggi* et *Mandet*, sont intéressants non seulement pour les appréciations de la Cour relatives à la filiation, qui ont été analysées ci-dessus, mais aussi pour l'ampleur que la Cour accorde à l'accès aux informations concernant le géniteur d'une personne comme un moyen étant par lui-même fondamental pour respecter la vie privée des requérants (1). À la question de l'obtention des informations concernant le géniteur et de l'établissement de la filiation à l'égard de cette personne, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe propose actuellement au Comité de ministres d'inciter les États membres du Conseil d'encadrer l'accès des individus à des telles informations⁵³(2).

1. L'admission par la Cour EDH de l'importance du pouvoir d'obtenir des informations relatives au géniteur

- 16 Dans les arrêts *Mikulic*, *Jaggi* et *Mandet*, les conclusions de la Cour sont axées autour du rôle central que tient dans la vie d'une personne la possibilité de connaître ses origines génétiques. Plus précisément, dans les arrêts *Mikulic* et *Jaggi*, la Cour, sans utiliser l'expression « accès aux origines »⁵⁴, considère l'expertise génétique comme un outil susceptible d'aider les personnes à « obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle »⁵⁵. Dans la mise en balance des intérêts en présence effectuée dans ces affaires, la Cour a mis l'accent sur « la vérité biologique » recherchée par le requérant⁵⁶ ainsi que sur « le droit du requérant à connaître son ascendance »⁵⁷. On remarque que dans le premier arrêt, la Cour reconnaît l'importance de ce qu'elle appelle « vérité biologique » sans pour autant parler à ce propos d'un « droit ». En revanche, dans le second arrêt, rendu quatre années plus tard, elle caractérise effectivement l'obtention des informations liées à l'ascendance du requérant non seulement comme un « intérêt vital [...] protégé par la Convention », mais également comme « un droit » qui doit être concilié avec les intérêts des autres personnes concernées⁵⁸. Dans l'arrêt *Mandet* la Cour affirme finalement que l'intérêt de l'enfant « était avant tout de connaître la vérité sur ses origines »⁵⁹.

- 17 Dans les trois arrêts précités, l'élément qui permet à la Cour de faire le lien entre les demandes des personnes concernées d'avoir accès à des expertises génétiques et le droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention est l'identité de ces personnes. Plus précisément, l'obtention des informations relatives aux géniteurs des requérants est qualifiée comme portant sur « un aspect important de leur identité personnelle », ce dernier « faisant partie intégrante de la notion de vie privée »⁶⁰. Dès lors, alors que les arrêts portent sur la recherche de la filiation à l'égard du géniteur, c'est davantage l'identité des individus plus que tout autre élément qui amène la Cour à décider que la vie privée de ces personnes était dans ces affaires méconnue.
- 18 Même si la Cour ne détermine effectivement pas ce qu'elle entend par « identité », ce mot qu'elle fait entrer dans ces arrêts - et qui ne figure pas non plus dans l'article 8 de la Convention - renvoie à l'identité des requérants en tant qu'individus et non pas en tant que membres d'une famille⁶¹. En d'autres termes, c'est la personne en tant que telle qui intéresse ici la Cour et non pas la famille, et ce, même si l'établissement de la filiation est principalement associé à la notion de famille. C'est de cette manière qu'il est possible de saisir le lien génétique d'une personne à une autre personne comme justifiant l'accès à des informations relatives à son géniteur en absence de tout lien de filiation. Ces informations peuvent être non-identifiantes, comme par exemple des informations concernant la santé de cette personne, ou encore identifiantes, comme notamment son nom. Dans ce cadre, et, en absence de telle possibilité dans les législations de la plupart des États parties à la Convention, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a récemment publié un rapport intitulé « Don anonyme de sperme et d'ovocytes: trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants »⁶².

2. La réalité génétique placée au premier plan du rapport encourageant à « trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants » conçus d'un don anonyme de sperme ou d'ovocytes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

- 19 Dans ce rapport, publié en avril 2019, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constate qu'« au cours des dernières décennies, il y a eu une évolution vers la reconnaissance d'un droit de connaître ses origines, lié au droit à une identité et au développement personnel » et elle explique que des références à ce « droit » sont faites « dans le droit international des droits humains, par l'inclusion de ce droit en tant que droit à part entière des enfants dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, et dans le droit européen des droits humains par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît ce droit comme partie intégrante au droit au respect de la vie privée »⁶³. Ensuite, elle affirme que « ce droit comprend le droit d'accéder à des informations qui permettraient de retrouver ses racines, de connaître les circonstances de sa naissance et d'avoir accès à la certitude de la filiation parentale »⁶⁴. Partant, elle reconnaît que « ce droit n'est pas absolu », mais « contrebalancé par les intérêts des autres parties impliquées dans le don de spermatozoïdes et d'ovocytes : principalement les intérêts du ou des donneurs et du ou des parents légaux, mais aussi ceux des cliniques et des prestataires de services, ainsi que ceux de la société et les obligations de l'État »⁶⁵, en admettant aussi que « jusqu'à récemment, cet équilibre entre les différents droits, intérêts et obligations a souvent penché en faveur du droit du donneur à la vie privée et donc à son anonymat »⁶⁶. Enfin,

elle conclut que « les traits caractéristiques du Conseil de l'Europe, à savoir son mandat pour promouvoir les droits humains, la démocratie et l'État de droit, ainsi que sa mission de promouvoir les bonnes pratiques parmi ses États membres, font que l'Organisation est idéalement placée pour faire face aux risques et aux défis liés à l'anonymat des dons de spermatozoïdes et d'ovocytes » et que c'est pour cette raison qu'elle « recommande au Comité des Ministres de faire des recommandations (potentiellement contraignantes) aux États membres afin d'améliorer la protection des droits de toutes les parties concernées, tout en mettant l'accent sur les droits de la personne conçue, qui se trouve dans la position la plus vulnérable et pour laquelle les enjeux semblent être plus importants »⁶⁷. Dans ce but, elle propose les principaux axes autour desquels elle estime que ces recommandations doivent être élaborées⁶⁸.

- 20 À la lecture de ces axes, on observe qu'ils fonctionnent de manière contradictoire par rapport aux principes adoptés par plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, y compris la France. Par exemple, l'Assemblée parlementaire met l'accent sur le fait que l'utilisation de spermatozoïdes et d'ovocytes donnés anonymement doit être interdite et propose que l'anonymat des donneurs de gamètes puisse être levé, même rétroactivement et sans le consentement dans les cas des raisons médicales⁶⁹. De cette manière, elle déplace l'intérêt en faveur de l'enfant né dans le cadre d'un don, qui sera libre de décider s'il veut ou non accéder à l'identité du donneur ou de la donneuse, tandis que ces derniers n'auront plus la possibilité de ne pas y consentir. Il est vrai que le rapport indique que « certaines conditions » devront être remplies, sans pour autant donner davantage de précisions⁷⁰. Finalement, tandis qu'à présent les droits nationaux placent au centre l'autonomie de la famille concernant la possibilité de révéler à l'enfant son mode de conception, l'Assemblée plénière estime que l'enfant doit être informé obligatoirement au 16e ou 18e anniversaire et « de préférence par l'État », exception faite aux dons amicaux ou intrafamiliaux⁷¹.
- 21 Bien évidemment, ce texte n'a pas force obligatoire, et n'est même pas adopté par le Comité des ministres du Conseil. Toutefois, lu à la lumière des éléments jurisprudentiels cités ci-dessus, et des changements proposés au niveau national, dans lesquels s'inscrit la proposition de la nouvelle loi de bioéthique française, il acquiert une importance symbolique dans la mesure où il suggère un changement de paradigme en matière de don de gamètes. En effet, les règles portant sur ce don ne seront, selon les propositions de l'Assemblée, plus régulés par le principe d'anonymat et de paix des familles, mais par le principe de l'accès de l'individu à la vérité de ses origines génétiques.
- 22 En l'état actuel des choses, le lien génétique entre deux personnes joue un rôle plutôt incident en matière de filiation et en matière d'accès des enfants conçus par don des gamètes au nom de leurs géniteurs. C'est ainsi que la réalité *génétique* n'est pas déterminante pour la réalité *juridique*. Autrement dit, le droit permet (et il arrive très souvent) qu'un enfant ait pour parent une personne qui ne lui est pas génétiquement liée. Le droit permet également que cet enfant n'apprenne jamais qu'il est issu d'un don. Par ailleurs, la place centrale du lien génétique dans la jurisprudence française relative aux effets de la GPA transfrontalière s'explique aisément par la condamnation du pays par la Cour EDH. Si cette condamnation vise uniquement la reconnaissance des liens de filiation entre un enfant et son géniteur, le rattachement par la Cour EDH de l'élément génétique à l'identité des individus, ainsi que les recommandations de l'Assemblée plénière du Conseil de l'Europe pour lever le principe d'anonymat

promeuvent l'idée selon laquelle la connaissance de ses origines génétiques est fondamentale pour l'épanouissement personnel des individus. De cette manière, la *réalité génétique* semble s'imposer en droit européen. Ce changement de perspective aurait-il des incidences sur les droits nationaux ? La nouvelle loi française de bioéthique, actuellement en seconde lecture par la Commission spéciale de l'Assemblée nationale, évolue effectivement dans cette direction⁷². Cependant, de nombreux autres changements dans le droit français qui portent sur l'élément génétique obéissent à des logiques différentes et renvoient à des appréhensions différentes de la *réalité juridique*.

II. Les rapports à géométrie variable entre règles de procréation et réalité génétique

- 23 Au cours des derniers mois, on observe des changements dans le droit français relatif aux techniques procréatives et aux rapports qui en découlent. Ces changements concernent tant les techniques qui sont déjà autorisées en France, à savoir l'insémination médicale (ou fécondation *in vivo*) et la fécondation des ovules en dehors du corps de la femme suivie par le transfert des embryons au ventre féminin (fécondation *in vitro*), que la GPA, laquelle demeure interdite par le droit civil français. Plus précisément, il s'agit des modifications législatives proposées par le projet de la nouvelle loi de bioéthique⁷³ (A) et des changements jurisprudentiels relatifs à la transcription en France des actes de naissance des enfants nés des GPA légales à l'étranger⁷⁴ (B). Si on s'intéresse à ces changements, c'est parce qu'ils semblent produire des effets sur la place qu'occupe en France le lien génétique entre deux personnes, et par extension, sur l'articulation entre *réalité juridique* et *réalité génétique*.
- 24 En étudiant l'articulation entre ces deux *réalités* à la lumière de ces nouveaux changements, on constate qu'elle fonctionne différemment en matière des techniques procréatives autorisées d'une part, et en matière de GPA, d'autre part : alors que s'agissant des techniques autorisées, le projet de loi relatif à la bioéthique paraît privilégier le lien génétique, les solutions jurisprudentielles rendus en matière de GPA donnent l'impression que cet élément est désormais moins favorisé par la jurisprudence. Dès lors, il est possible de penser que les changements relatifs à l'importance du lien génétique entre deux personnes sont à géométrie variable, en construisant en matière de PMA et de GPA des *réalités juridiques* différentes. En fonction de la technique procréative, le droit accorde une place plus ou moins importante au lien génétique entre deux personnes.

A. Le projet de loi relatif à la bioéthique : la place ambiguë du lien génétique entre deux personnes

- 25 Le projet de loi relatif à la bioéthique comporte plusieurs modifications concernant la loi dite de bioéthique actuellement en vigueur⁷⁵. Parmi celles-ci, notre attention se portera sur deux propositions qui nous semblent intéressantes au regard du lien génétique entre deux personnes, à savoir l'encadrement de l'accès des enfants nés avec don de gamètes à des données identifiantes et non identifiantes concernant les donneurs et les donneuses⁷⁶, ainsi que la solution concernant le mode d'établissement de la filiation des enfants nés avec don de gamètes par un couple de femmes ou par une femme célibataire⁷⁷. Étant directement associée avec l'importance qu'a

progressivement acquise le lien génétique entre deux personnes, la première proposition met cet élément au premier plan (1). La seconde proposition en revanche semble à présent complètement détachée de l'élément génétique. Prenant néanmoins en compte que le projet de loi n'est qu'en phase de première lecture, et que le mode d'établissement de filiation dans le cadre des PMA des femmes célibataires et des couples de femmes a déjà fait l'objet d'appréciations différentes par les deux chambres, le rapport que cette question entretient avec le lien génétique peut éventuellement changer (2).

1. La possibilité pour tous les enfants conçus dans le cadre d'une AMP avec don de gamètes d'avoir accès à des données identifiantes et non identifiantes des donneurs/euses : une proposition privilégiant le lien génétique entre deux personnes

- 26 En prévoyant la création d'un dispositif d'accès à l'identité du donneur ou de la donneuse des gamètes similaire à celui prévu dans le cadre de l'accouchement anonyme⁷⁸, le projet de loi lève partiellement le principe d'anonymat⁷⁹, qui, en l'état actuel des choses, permet uniquement l'accès à des informations médicales non identifiantes concernant le donneur ou la donneuse des gamètes⁸⁰. En envisageant effectivement la possibilité d'accéder à l'identité de ces personnes, le projet de loi peut être lu comme une sorte d'admission par le législateur de l'importance que peut avoir pour un enfant la connaissance de telles informations. Prenant en outre en considération que la connaissance de l'identité du donneur est illustrée par la doctrine comme un moyen pour l'enfant d'accéder à une vérité intime qui concerne son identité, il est possible de penser que le projet de loi lie le génétique non seulement à la réalité factuelle, c'est-à-dire au fait qu'un enfant est issu des gamètes de telle ou telle personne, mais aussi à une connaissance incontestable que l'enfant peut acquérir sur lui-même et qui doit, si l'enfant le souhaite, lui être révélée.
- 27 Certes, il faut noter que le projet de loi, d'un côté, ouvre l'accès à l'identité du donneur ou de la donneuse seulement aux enfants qui le souhaitent et, d'un autre côté, subordonne l'accès à l'identité des donneurs/-euses à leur consentement exprès exprimé non pas au moment du don - comme c'est le cas pour l'accès à des données non identifiantes -, mais au moment de la demande⁸¹. Or, même ainsi, le projet de loi présente la connaissance des origines génétiques comme un élément qui peut s'avérer fondamental pour la construction de l'identité, et plus largement, pour la vie de tous les enfants conçus d'un don de gamètes⁸². Par ailleurs, il est évident que, comme le propose le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la proposition de cette modification déplace l'attention, autrefois concentrée sur la paix des familles et le respect de la vie privée des donneurs et des donneuses, sur la découverte de la réalité factuelle relative au mode de conception des enfants. C'est pour cette raison que certains auteurs voient ce changement plutôt comme une réaffirmation de l'ancrage de la PMA sur le modèle charnel de procréation que comme un éloignement de ce modèle⁸³, et, ce même en absence de rapport de filiation entre le donneur ou la donneuse et l'enfant⁸⁴. En d'autres termes, ils considèrent qu'en présentant l'accès aux origines génétiques comme un élément nécessaire à connaître, le projet apparente encore davantage la PMA à la procréation biologique et diminue ainsi indirectement la place de la volonté dans l'établissement de la filiation⁸⁵. De ce point de vue, il devient possible de penser que l'autorisation de l'accès à l'identité des donneurs et donneuses

peut servir de « contrepoids » à l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires et aux couples de femmes, qui, par définition, met au premier plan la volonté d'une personne et d'un couple de devenir parent.

2. Les critères d'établissement de la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : la place incertaine du lien génétique entre deux personnes et la non-remise en question des règles classiques de filiation

- 28 En l'état actuel des choses, les techniques procréatives sont autorisées seulement aux couples composés d'un homme et d'une femme, à l'exclusion des couples formés de deux personnes de même sexe ainsi que des personnes célibataires⁸⁶. Le projet de loi relatif à la loi de la bioéthique étend la PMA aux femmes célibataires et aux couples de deux femmes⁸⁷. En outre, il prévoit que l'établissement de la filiation des enfants nés des PMA des femmes célibataires ou des couples de deux femmes sera régulé par les règles qui s'appliquent actuellement à la PMA⁸⁸, c'est-à-dire les règles *classiques* de filiation⁸⁹. On observe que le Sénat n'institue pas un nouveau mécanisme d'établissement de la filiation en cas de PMA des couples de femmes et des femmes célibataires, mais conserve le système de filiation actuel. Au contraire, l'Assemblée nationale a estimé que la filiation en cas de PMA des femmes célibataires et des couples de femmes devrait obéir à des règles qui lui seraient propres⁹⁰. Ainsi elle a proposé que la filiation des enfants nés des PMA des femmes célibataires et des couples de femmes à l'égard de la (ou des) femmes qui ont désiré la naissance serait établie par le biais de la reconnaissance volontaire de l'enfant par ladite (ou lesdites) femme(s) devant le notaire⁹¹.
- 29 En rejetant cette différenciation, le Sénat adopte une autre solution. La chambre haute décide effectivement de faire appliquer les règles *classiques* de filiation à tous les cas de PMA, y compris pour les couples de femmes et les femmes célibataires⁹². Dès lors, dans ces derniers cas, la filiation est, selon la proposition du Sénat, établie de la manière suivante : en vertu de l'article 311-25 du Code civil, la femme dont le nom figure sur l'acte de naissance sera automatiquement considérée comme mère légale de l'enfant⁹³ ; vu que l'article 16-7 du même Code portant sur l'interdiction de la GPA est interprétée par la Cour de cassation de manière à considérer que la maternité est établie en France selon la règle de l'accouchement⁹⁴, comme mère légale sera considérée la femme qui accouche de l'enfant conçu du don ; enfin, dans l'hypothèse d'un couple de femmes, la conjointe de la mère pourrait adopter l'enfant⁹⁵. On observe que, selon le positionnement du Sénat, les règles *classiques* de filiation ne sont dans aucun cas remises en cause : la PMA est étendue aux femmes célibataires et aux couples composés de deux femmes, mais elle continue, d'une certaine manière, d'être calquée sur la procréation biologique, et ce parce que, mère légale est, même dans ces cas-là, considérée la femme ayant accouché de l'enfant conçu du don⁹⁶.
- 30 À première vue, ni la solution de l'Assemblée nationale ni celle du Sénat concernant la PMA des femmes célibataires et des couples de deux femmes ne privilégient le lien génétique : la première est fondée sur la reconnaissance devant le notaire, la seconde sur les règles *classiques* de filiation et, dans le cas d'un couple de femmes, l'adoption. Cependant, il convient de relever que selon les députés, dans l'hypothèse d'une PMA avec don de gamètes (donc dans toute PMA des femmes célibataires et des couples formés de deux femmes), la reconnaissance conjointe devrait être « remise » à l'officier de l'état civil qui serait ensuite obligé de l'« indiquer » dans l'acte de naissance de

l'enfant⁹⁷. Si la reconnaissance volontaire d'un enfant s'appuie sur volonté d'une personne de devenir parent, l'indication de cette reconnaissance sur l'acte de naissance des enfants nés par une femme célibataire ou un couple de femmes fonctionnerait en quelque sorte en faveur de l'élément génétique, et ce, parce qu'elle mettrait au premier plan le mode de la conception de l'enfant. Certes, dans le cadre de la PMA des couples de femmes et des femmes célibataires, l'intervention de la tierce personne qui fait le don est évidente et viendra indubitablement à la connaissance de l'enfant. Néanmoins, l'inscription sur l'acte du fondement de la filiation aurait une portée symbolique, puisqu'elle mettrait symboliquement l'accent sur le fait que l'enfant fut conçu grâce à un don. Donc, couplée à l'autorisation par le projet de loi de l'accès à l'identité du donneur, l'inscription de la reconnaissance sur l'acte privilégierait indirectement l'élément génétique. Si cette disposition est pour l'instant abandonnée, reste à voir quels seront les critères utilisés en matière d'établissement de la filiation pour les couples de femmes et les femmes célibataires en deuxième lecture.

- 31 Hormis les deux propositions précitées, le Sénat a aussi ajouté au projet un article relatif à la GPA., selon lequel « tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères » sans que ces dispositions fassent obstacle « à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre », c'est-à-dire du titre concernant la filiation adoptive, « si celles-ci sont réunies »⁹⁸. Par le biais de cette disposition, le projet de loi interdit la transcription complète de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA, sur lequel figure le nom d'un parent d'intention. S'il n'est pas effectivement certain si cet article sera maintenu en deuxième lecture, il peut pour autant être lu comme une réaction aux derniers arrêts de la Cour de cassation en la matière.

B. Évolutions jurisprudentielles relatives à la reconnaissance des rapports de filiation en matière de GPA légalement réalisées à l'étranger : l'abandon de la réalité génétique comme critère de transcription des actes de naissance des enfants nés par le biais d'une GPA ?

- 32 En octobre et en décembre derniers, la Cour de cassation a rendu trois arrêts concernant la transcription des actes de naissance des enfants nés par le biais d'une GPA à l'étranger⁹⁹. Ces arrêts concernent deux hypothèses différentes : la première hypothèse porte sur la transcription de l'acte de naissance des enfants né par un couple composé d'un homme et d'une femme¹⁰⁰ ; la seconde sur la transcription de l'acte de naissance des enfants nés par un couple formé de deux hommes¹⁰¹. En lisant les solutions rendues dans ces arrêts, nous avons à prime abord l'impression que la Cour remet en question l'importance qu'elle a accordée en 2017 au lien génétique comme critère de transcription des actes de naissance des enfants¹⁰². Néanmoins, à la lecture des arrêts, il est possible de penser que les changements jurisprudentiels ne suppriment pas absolument cette solution. Si le positionnement de la Cour dans les deux arrêts concernant la transcription de la filiation paternelle dans le cadre d'un

couple d'hommes demeure plus ambigu (2), l'arrêt concernant le couple composé d'un homme et d'une femme comporte plusieurs éléments montrant qu'il s'agit plutôt d'un arrêt d'espèce que d'un arrêt de principe (1).

1. La transcription des actes de naissance à l'égard du géniteur et l'adoption de l'enfant par la mère « d'intention » dans le cadre des couples composés d'un homme et d'une femme : l'ancrage de la réalité juridique dans une logique de filiation biologique

- 33 En octobre dernier, la Cour de Cassation a clôturé l'affaire *Mennesson* en autorisant l'inscription dans l'acte de naissance des enfants du nom de la mère « d'intention » qui n'est pas génétiquement liée à eux¹⁰³. Statuant ainsi, elle s'éloigne de la position retenue en 2017, selon laquelle s'agissant de la désignation du père, les actes de naissance des enfants nés par le biais d'une GPA légale dans un pays étranger devraient être transcrits car ils n'étaient « ni irréguliers ni falsifiés » et « les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité »¹⁰⁴. Néanmoins, s'agissant de la désignation de la mère, la transcription ne pourrait pas avoir lieu, et ce, parce que « la réalité, au sens de l'article 47 du Code civil est la réalité de l'accouchement »¹⁰⁵. Dès lors, le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention « poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil » sans créer une « discrimination injustifiée en raison de la naissance »¹⁰⁶. Selon les arrêts de 2017, la non transcription ne portait non plus « une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi » à partir du moment où « l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger »¹⁰⁷. La Cour concluait que si la transcription ne pouvait pas être autorisée, l'adoption permettait néanmoins, si les « conditions légales » en étaient « réunies » et si elle était « conforme à l'intérêt de l'enfant », de « créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père »¹⁰⁸.
- 34 Partant de ce point de vue, l'arrêt rendu en octobre dans l'affaire *Mennesson* paraît effectivement rompre avec la jurisprudence précédente puisque le juge français admet désormais la transcription non seulement de la filiation à l'égard du géniteur, comme exigeait la Cour EDH dans l'arrêt *Mennesson*¹⁰⁹, mais aussi de la mère « d'intention » n'étant pas génétiquement liée à l'enfant. Toutefois, à la lecture de l'arrêt, il est aisé de comprendre que la solution de 2017 n'est pas rejetée mais considérée par la Cour de cassation comme étant non pertinente en l'espèce, et ce, parce que, selon la Cour, eu égard aux circonstances factuelles, et notamment aux nombreuses années qui se sont écoulées depuis la réalisation de la GPA, ainsi que l'affirmation dans l'arrêt *Mennesson* de la Cour EDH que le rapport entre la femme et les enfants en question relevait de la protection l'article 8 de la CEDH, l'établissement de la filiation au moyen de l'adoption était susceptible d'être considéré comme contraire à la « vie privée » des enfants¹¹⁰. Il apparaît donc que l'admission dans cet arrêt de la transcription de la filiation maternelle à l'égard d'une femme qui n'a pas de lien génétique ou biologique avec l'enfant ne constitue qu'une « exception » au « principe »¹¹¹ adoptée par la Cour en 2017, c'est-à-dire la transcription des actes de naissance étrangers seulement pour le

parent génétiquement lié à l'enfant et l'établissement de la filiation de la mère « d'intention » par le biais de l'adoption.

- 35 Par ailleurs, la demande d'avis effectuée quelques mois avant par la Cour de cassation à la Cour EDH concernant la conventionalité de cette solution peut être vue comme une preuve de la volonté du juge français d'utiliser effectivement cette solution¹¹². Bien évidemment, la réponse positive de la Cour européenne va dans ce sens, puisqu'elle estime que le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" »¹¹³ sans pour autant requérir « que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger »¹¹⁴. Au contraire, la Cour européenne considère qu'il appartient à l'État de choisir le mode d'établissement de la filiation maternelle, qu'elle pourrait se faire, comme le propose la Cour de cassation française, par voie d'adoption de l'enfant par la mère d'intention, « à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁵.
- 36 D'après ce qui précède, il demeure possible d'affirmer qu'à partir du moment où la solution de 2017 n'est pas supprimée, le lien génétique entre deux personnes continue à occuper une place importante en matière de transcription des actes de naissance des enfants nés via des GPA réalisées à l'étranger. En d'autres termes, déterminante pour la transcription des actes de naissance des enfants est la réalité *génétique* – c'est-à-dire le lien génétique du père « d'intention » avec ces enfants – et non pas la réalité *factuelle*, c'est-à-dire le fait que les deux parents « d'intention » désirant un enfant ont recouru à la GPA à l'étranger. Or, contrairement à l'arrêt *Mennesson* de la Cour EDH, qui, sans expliquer pourquoi, reconnaît néanmoins une prépondérance de la filiation génétique lorsqu'il s'agit de l'identité et de la vie privée des enfants¹¹⁶, la solution rendue par la Cour de cassation aboutit à la seule transcription du parent qui est génétiquement lié à l'enfant, sans pour autant s'appuyer sur le rôle dominant de la filiation génétique. Au contraire, en lisant les arrêts de 2017, on voit aisément que c'est le fait de l'accouchement qui joue le rôle prépondérant, puisque c'est la « réalité de l'accouchement » - et non pas celle du rapport génétique - qui est entendue par l'usage du terme « réalité » à l'article 47 du Code civil¹¹⁷.
- 37 Contrairement à la transcription de la filiation maternelle, les évolutions jurisprudentielles accordées à la transcription de la filiation paternelle semblent diverger davantage de la solution de 2017.

2. La transcription des actes de naissances à l'égard tant du géniteur que du père « d'intention » non génétiquement lié à l'enfant dans le cadre des couples formés par deux hommes : une divergence entre réalité juridique et réalité génétique

- 38 Dans deux arrêts de décembre dernier¹¹⁸, la Cour de cassation casse et annule deux arrêts de la Cour d'appel en ce qu'ils rejettent la demande des pères « d'intention » - qui ne sont pas génétiquement liés aux enfants nés d'une GPA à l'étranger - tendant à la transcription, sur les registres de l'état civil, de l'acte de naissance de ces enfants dressés par les autorités étrangères. La solution rendue par la Cour nous amène à penser que la Cour de cassation admet désormais la transcription compétente des actes de naissance, c'est-à-dire indépendamment de l'existence d'un rapport génétique entre

l'enfant et la personne qui fait la demande. S'il est vrai que ces arrêts présentent plusieurs points communs avec celui d'octobre 2019, les arguments sur lesquels s'appuie finalement la Cour de cassation différencient considérablement et interrogent quant à la position du juge français, à savoir s'il s'éloigne ou pas de la solution rendue en 2017.

- 39 En effet, les arrêts de décembre commencent par rappeler la solution retenue dans les arrêts de 2017, à savoir que conformément à l'article 8 de la CEDH, le droit français reconnaît la possibilité d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une GPA à l'égard du géniteur, ainsi qu'à l'égard du parent « d'intention » n'étant pas génétiquement lié à l'enfant, en précisant toutefois que la première peut être établie par le biais de la transcription de l'acte de naissance, tandis que la seconde l'est par le biais d'une adoption¹¹⁹. Ensuite, ils reprennent l'argument utilisé dans l'arrêt *Mennesson* d'octobre 2019, selon lequel cette solution ne peut pas « trouver application lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés »¹²⁰. Cependant, à la différence de cet arrêt, la Cour de cassation ne concentre pas son intérêt autour des circonstances factuelles des affaires en question, mais sur le fait que les actes de naissance dont la transcription a été demandée ne sont ni « irréguliers » ni « falsifiés », et que, par conséquent, la Cour d'appel ne devrait pas refuser leur transcription en ce qu'ils désignent comme père non seulement le géniteur, mais aussi son époux ou compagnon¹²¹. En fait, en s'appuyant principalement sur l'argument de la régularité des actes de naissance¹²² - et non pas sur celui de l'établissement de la filiation - le raisonnement de la Cour de cassation diverge de celui suivi dans l'arrêt d'octobre 2019 : il ne s'agit plus d'une appréciation des circonstances exceptionnelles de l'affaire en question justifiant que l'adoption ne serait pas appropriée en l'espèce, mais d'un raisonnement fondé sur la nature régulière de l'acte de naissance potentiellement applicable également dans d'autres affaires.
- 40 Dès lors, contrairement à l'arrêt d'octobre 2019, il n'est plus possible d'affirmer que ces arrêts sont des arrêts d'espèce ne remettant pas en question la solution de 2017. Outre cela, il demeure que si ces dernières décisions ne font pas disparaître la solution de 2017, ils ne privilégient pas non plus le lien génétique, comme le faisait ladite solution. Avec ce prisme, il devient possible de penser que les juges opèrent une certaine évolution jurisprudentielle en la matière : contrairement à la transcription de l'acte en ce qu'il désigne la filiation maternelle, qui demeure en principe impossible, la transcription à l'égard de la filiation paternelle paraît désormais possible non seulement pour le géniteur, mais aussi pour l'homme n'étant pas génétiquement lié à l'enfant. Dès lors, à la lecture de trois arrêts, on observe que s'agissant de la filiation paternelle, la Cour de cassation semble abandonner la prépondérance qu'a reconnue la Cour EDH à la filiation à l'égard du géniteur. Ici, on retrouve la définition *classique* de la paternité, laquelle est davantage fondée sur le mariage et la reconnaissance volontaire que sur la réalité *génétique*, c'est-à-dire sur le fait qu'un enfant est issu des gamètes d'un homme¹²³. S'agissant par contre de la filiation maternelle, si on prend en considération le caractère plutôt exceptionnel de l'arrêt d'octobre 2019, la Cour de cassation maintient le principe selon lequel la « réalité » de l'article 47 est « la réalité de l'accouchement », ce qui empêche la transcription de l'acte à l'égard de la mère « d'intention » et rend possible l'établissement de la filiation seulement par le biais d'une adoption. La difficulté éprouvée par la Cour de cassation de fonder (indépendamment de circonstances particulières de l'espèce) la maternité directement

sur la transcription de l'acte de naissance des enfants nés d'une GPA à l'étranger montre le fort lien qui existe en droit entre la maternité et l'accouchement. Plus largement, cette solution souligne la distinction entre la définition - plus biologique - de la maternité et la définition - plus volontariste - de la paternité, et, par extension, la différente manière avec lequel le droit traite les hommes et les femmes en matière de filiation¹²⁴.

- 41 En guise de conclusion, on peut dire que le lien génétique entre deux personnes est un élément fort, mais peu privilégié par le droit *classique* de la filiation. Les évolutions que connaît la place occupée par le lien génétique en droit français - tant comme fondement de la filiation, que comme élément justifiant la levée partielle du principe d'anonymat - sont dans un premier temps directement associées à la jurisprudence de la Cour EDH. Si la Cour de cassation française donne aujourd'hui l'impression d'*aller plus loin* que ce qu'exige la Cour européenne¹²⁵, c'est surtout en matière de transcription des actes de naissance des enfants nés d'une GPA, et seulement en ce qui concerne la filiation paternelle. La filiation à l'égard de la mère demeure par contre en règle générale liée à l'accouchement et est potentiellement établie au moyen d'une adoption.
- 42 Autrement dit, si la réalité *génétique* voit son importance augmenter, c'est sous l'influence de la Cour EDH et en sa qualité de fondement de l'accès à des données identifiantes et non identifiantes des donneurs et des donneuses des gamètes. En droit de la filiation en revanche, la réalité *génétique* continue à jouer un rôle incident, et seulement dans le cadre de la PMA des couples composées par deux femmes ou par une femme célibataire (envisagée par le projet de loi de bioéthique), ainsi que de la GPA (réalisée à l'étranger), elle semble progressivement s'imposer : en matière de la proposition de nouvelles méthodes de PMA, il est possible qu'elle s'impose symboliquement, par le biais de l'inscription sur l'acte de naissances des enfants du fondement de leurs filiation ; en matière de la GPA, la réalité *génétique* semble être déjà établie, mais seulement au regard de la filiation paternelle. En revanche, la filiation maternelle demeure fondée plutôt sur l'accouchement, que sur le lien génétique entre les parents et les enfants. En d'autres termes, les changements apportés (ou seulement proposés) par le droit à la PMA et la GPA favorisent, plus ou moins, l'élément génétique sans pour autant mettent absolument en question les notions *classiques* de la filiation, et notamment l'attachement de la maternité à l'accouchement.
- 43 *Note* : au moment de la rédaction de cet article le projet de loi relatif à la bioéthique était envoyé par le Sénat à l'Assemblée nationale pour la deuxième lecture.

NOTES

1. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 342-343.
2. S.v. « réalité », in Dictionnaire de l'Académie française (disponible sur <https://academie.atilf.fr>).
3. S.v. « vérité », in Dictionnaire Larousse (disponible sur <https://www.larousse.fr/>).

4. Par exemple v. les loi n° 46-729 du 16 avril 1946 portant amnistie ; n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales et n° 53-112 du 20 février 1953 portant amnistie en faveur des français incorporés de force dans les formations militaires ennemies..
5. Art.263 et.s. et 427-428 CPC, 156 et.s. CPP, R.261-1 et.s. CJA.
6. Comme par exemple l'expertise médicale (art. L. 141-1 CSS).
7. L'expertise génétique est considérée comme étant « de droit en matière de filiation », sauf motif légitime de ne pas y procéder (v. notamment Civ. 1^{re}, 28 mars 2000 (98-12.806) ; Cass.civ., ass. plén., 23 nov. 2007 (05-17.975, 06-10.039).
8. Pour un panorama des questions civiles et pénales, v. par exemple Florence BELLIVIER, « La réticence du droit face à la notion d'identité génétique » in Blandine MALLER-BRICOUT et Thierry FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, pp.39-49 ; Pour l'articulation entre le lien génétique et la responsabilité administrative, v. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Conseil génétique et responsabilité : l'embarrassante question du concours de la victime à la survenance d'un dommage », *AJDA*, 2009, pp.214-220.
9. Art.16-7 CC.
10. Cass, civ., ass. plén., 31 mai 1991 (90-20105).
11. Civ, 1^{ère}, 6 avril 2011 (10-19.053), n°370 ; n°371.
12. Cour EDH, 5^e Sect., 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassée contre France* (déf.), Requ. n°65192/11 et n°65941/11.
13. Cass, ass.plén. 4 octobre 2019, (10-19.053) n°648 ; Civ, 1^{ère}, 18 décembre 2019 (18-11.815), n°111 et n°112.
14. Sur ce point, v. Marcela IACUB, *L'empire du ventre : Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004 ; V. également Laurie MARGUET, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne : Étude sur la normalisation de la vie*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2018, pp. 532-534.
15. V. notamment Civ., 1^{ère}, 6 avril 2011 n°370 ; n°371.
16. Art. 316 CC ; sur ce point v. Marc PICHARD, *Filiation : « Quelle place pour la volonté ? », Mouvements*, n° 82, 2015/2, pp. 141 à 147 (v. précisément p.143).
17. Art. 310-1 CC et 327-328 CC.
18. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *op.cit.* ; Cass.,civ., ass. plén., 23 nov. 2007, *op.cit.* (v. *supra* note n°5).
19. Civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, (08-10.936).
20. Civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, (12-24.588).
21. Civ. 1^{ère}, 23 fév. 2011, (10-17.799).
22. Cour EDH, 5^{ème} Sect., 25 juin 2015, *Cannone conte France* (déf.), Requ. n°22037/13.
23. Cour EDH, 1^{ère} Sect., 7 février 2002, *Mikulic contre Croatie* (déf), Requ.n°53176. Dans cet arrêt, la requérante, enfant née en dehors de mariage, cherchait avec sa mère à faire établir par voie judiciaire la paternité de son géniteur. Le juge croate avait ordonné un test ADN à partir du sang ; or en raison du refus continu du prétendu père de se rendre à la clinique indiquée, l'affaire était encore, à la date de l'arrêt, pendante devant les juridictions nationales. Dans le même ordre d'idées, la Cour a estimé que l'impossibilité de contester la paternité par reconnaissance, comme aussi l'établissement par la loi d'un court délai, à l'expiration duquel la paternité ne pouvait en aucun cas être contestée, portaient atteinte à l'article 8 de la Convention (Cour EDH, 5^{ème} Sect., 8 décembre 2016 *L.D. et P.K. contre Bulgarie* (déf.), Requ. n°7949/11 et n°45522/13 ; Cour EDH, 1^{ère} Sect., 24 novembre 2005, *Shofman contre Russie* (déf.) Requ.n°74826/01).
24. Cour EDH, 1^{ère} Sect., 7 février 2002, *Mikulic précit.*, § 65. La Cour a précisément pris en considération les différentes mesures adoptées par les États pour résoudre le refus du prétendu père de se soumettre au test ADN et a estimé qu'en absence de telles mesures, la Croatie ne ménageait pas « un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard

inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN. Sur cette question v. également l'arrêt *R.L et autres.*, selon lequel l'impossibilité pour le père légal qui n'est génétiquement lié à l'enfant de contester la paternité d'un enfant qu'il a traité comme s'il était sien, n'est pas incompatible avec l'art.8 (Cour EDH, 2^{ème} Sect., 7 mars 2017, *R.L et autres. contre Danemark*, (déf.), Requ.n° 52629/11).

25. Cour EDH, 13 juillet 2006, 3^e Sect., *Jäggi contre Suisse* (déf.) Requ. n° 58757/00.

26. Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jäggi*, précit., § 37-43.

27. Cour EDH, 5^{ème} Sect., 14 janvier 2016, *Mandet contre France* (déf.), Requ.n° 30955/12.

28. Cour EDH, *Mandet* précit., § 56

29. *Ib.id.*

30. *Ib.id.* (nous soulignons).

31. *Ib.id.* (§ 14).

32. Le nombre de ces décisions est petit en comparaison avec les hypothèses dans lesquelles la filiation est établie selon la présomption de la paternité du mari ou par reconnaissance volontaire.

33. Art. 311-20 al.2 CC.

34. Art.311-20 al.3 CC.

35. Art. L.2141-4, II (1°) CSP.

36. Art.311-19 al. CC.

37. Si à présent les soupçons de recours à une GPA pèsent fort sur l'établissement de la possession d'état, il demeure que le refus d'établir la filiation dans ces cas est fondé sur le fait que la personne demanderesse n'a pas accouché de l'enfant, et non pas sur l'absence de lien génétique avec l'enfant.

38. Civ. 1^{ère}, 16 juin 2011 (08-20475).

39. Cass,civ., ass. plén., 31 mai 1991 (90-20105).

40. Civ, 1^{ère}, 6 avril 2011 n°370 ; n°371 ; V. aussi Civ., 1^{ère}, 13 sept. 2013, n°1092 et Civ., 1^{ère}, 19 mars 2014 no 13-50005.

41. Cour EDH, 5^e Sect., 26 juin 2014, *Mennesson*, précit. ; Cour EDH, 5^e Sect., 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/France* (déf.), Requ. n° 9063/14 et n° 10410/14 ; Cour EDH, 5^e Sect., 19 janvier 2017, *Laborie c/France* (déf.), Requ. n° 44024/13.

42. *Ibid.*

43. Cour EDH, *Mennesson*, précit., §§ 96-99.

44. Cour EDH, *Mennesson*, précit., § 100 (nous soulignons).

45. Cass., civ. ass. plén., 3 juillet 2015 (14-21.323), n° 619 ; n° 620.

46. Civ., 1^{ère}, 5 juillet 2017 (15-28.597), n°826.

47. Civ., 1^{ère}, 5 juillet 2017 (15-28.597), n°825.

48. Civ., 1^{ère}, précit., n°825.

49. Civ., 1^{ère}, précit., n°826.

50. Cour EDH, 10 avril 2019, Avis consultatif « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandée par la Cour de cassation française », Demande n° P16-2018-001.

51. Cour EDH, 7 février 2002, *Milulic* précit, § 64.

52. Cour EDH, 7 février 2002, *Milulic* précit ; Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jäggi*, précit ; Cour EDH, *Mandet* précit. ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson* précit. ; Cour EDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet* précit ; Cour EDH, 19 janvier 2017, *Laborie* précit..

53. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a récemment publié un rapport intitulé, Rapport : « Don anonyme de sperme et d'ovocytes: trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants, Recommandation 2156 (2019).

54. Ce terme, très largement utilisé par la doctrine, figure à présent sur l'avis du Conseil d'État rendu en juillet 2019 sur le projet de la nouvelle loi portant sur la bioéthique (CE, Avis sur un

projet de loi relatif à la bioéthique, 24 juillet 2019, p.7 : « Droit d'un enfant conçu dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation par recours à un tiers donneur d'accéder à ses origines », ainsi que sur les espaces presse des sites du Sénat et de l'Assemblée nationale où sont présentées les modifications apportées par chaque chambre audit projet de loi (disponibles sur https://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201912/bioethique.html et http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/bioethique_2). Par contre, le texte du projet de loi n'utilise pas ce terme, qui figure seulement dans le titre du « Conseil national pour l'accès aux origines personnelles », institution créée par ce projet. En France, le terme « accès aux origines » est déjà utilisé par le législateur en matière d'accouchement anonyme (v. notamment la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à « l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat », qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour EDH [GC], 13 février 2003, *Odièvre contre France* (déf.).

Requ.n°42326/98. Au niveau international, la Cour EDH utilise ce terme plutôt dans les arrêts qui portent sur l'accouchement anonyme [v. Cour EDH, 13 février 2003, *Odièvre contre précit.* ; Cour EDH, 5^{ème} Sect., 16 juin 2011, *Pascaud contre France* (déf.), Requ.n°19535/08], que dans les arrêts concernant l'établissement de la filiation à l'égard du géniteur. Cependant, un certain nombre de textes, notamment de « *soft law* » utilisent ce terme pour faire référence à la possibilité des enfants nés dans le cadre d'un don des gamètes d'accéder à des données sur l'identité des donneurs et les donneuses (v. par exemple le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relatif au don des gamètes qui sera analysé plus tard [v. *infra* partie I.B.(2)]).

55. Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic précit.*, § 64 ; Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi, précit.* § 38.

56. Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic précit.*, § 55.

57. Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi, précit.*, § 39.

58. Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi, précit.*, §§ 37-38

59. Cour EDH, *Mandet précit.*, § 56.

60. Cour EDH, 13 juillet 2006, *Jaggi, précit.*, § 37.

61. La Cour EDH ne détermine pas le terme d'identité. Sur la vie privée, elle affirme néanmoins que « Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...] Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...] Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. » (Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni* (déf.), Requ.n°2346/02, § 61).

62. Rapport : « Don anonyme de sperme et d'ovocytes: trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants, Recommandation 2156 (2019).

63. Rapport *précit.* p.1 (§2).

64. *Ibid.* (§2).

65. *Ibid.* (§3).

66. *Ibid.* (§4).

67. *Ibid.* (§5).

68. *Ibid.* (§§6-7).

69. *Ibid.* (§ 7.1 : « il faudrait renoncer à l'anonymat pour tous les dons futurs de gamètes dans les États membres du Conseil de l'Europe et interdire l'utilisation de spermatozoïdes et d'ovocytes donnés anonymement » ; § 7.4 : « l'anonymat des donneurs de gamètes ne devrait pas être levé de manière rétroactive lorsque cet anonymat a été promis au moment du don, hormis pour des raisons médicales ou lorsque le donneur a consenti à la levée de l'anonymat et, par conséquent, à

l'inscription au registre des donneurs et des personnes conçues par don. Les donneurs devraient obtenir orientation et conseil avant de décider s'ils acceptent ou non de lever l'anonymat »).

70. *Ibid.* (§ 7.2).

71. *Ibid.* (§ 7.1).

72. Projet de loi relatif à la bioéthique modifié par le Sénat en première lecture le 4 février 2020 et enregistré à l'Assemblée nationale le 5 février 2020.

73. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*.

74. Cass, civ., ass. plén. *précit.*, n°648 ; Civ, 1^{ère}, *précit.* n°111 et n°112.

75. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

76. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, Titre I, Chapitre III (intitulé « Accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur »).

77. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, Titre VII bis (intitulé « De la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur »).

78. Selon le droit français, si la femme qui lui a donné naissance consent, l'enfant né dans l'anonymat peut obtenir des informations concernant son identité auprès du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (v. art. 326 CC ; art. L224-6 CASF ; L147-1 et s. CASF).

79. Partiellement parce que, selon le projet de loi relatif à la bioéthique, le don continue à être effectué de manière anonyme. Ce n'est qu'à la majorité de l'enfant, et sous condition de consentement du donneur ou de la donneuse, que le projet autorise l'accès à des informations identifiantes et non identifiantes concernant ces personnes.

80. Art. 16-8 CC ; art. L. 1244-6 CSP et art. R. 1244-5 CSP. Sur ce point v. également CE, 28 décembre 2017, n°396571 (Dans cet arrêt, le Conseil d'État a confirmé le rejet de la demande du requérant tendant à la communication des documents relatifs au donneur de gamètes à l'origine de sa conception en estimant que « plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à interdire la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes [...], notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps » et qu'« au regard de cette dernière finalité, qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et plus précisément aux articles 8 et 14 de la Convention).

81. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, art. L. 2143-2 (« toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes de ce tiers donneur définies à l'article L. 2143-3 ; Elle peut également, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité du tiers donneur, sous réserve du consentement exprès de celui-ci exprimé au moment de la demande qu'elle formule en application de l'article L. 2143-5 ; Le consentement exprès des personnes souhaitant procéder au don de gamètes ou d'embryon à la communication de leurs données non identifiantes dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article est recueilli avant qu'il soit procédé au don. En cas de refus, elles ne peuvent procéder à ce don »). Le Sénat a ici suivi la recommandation du Conseil d'État, selon laquelle il serait plus pertinent de conditionner l'accès de l'enfant à l'identité du donneur ou de la donneuse à ce que ce dernier y consente au moment où l'enfant, devenu majeur, en fait la demande, et non pas au consentement donné, avant de procéder au don [CE, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, p.9, § 27].

82. Sur ce point. v. aussi art. 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant (« L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une

nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »).

83. Daniel BORILLO, « L'accès aux origines, «ruse de la raison conservatrice», *Libération*, 31 mars 2019.

84. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, Titre VII bis [intitulé « De la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (v. précisément l'article 342-9 selon lequel « En cas d'assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation ; Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur »)].

85. Daniel BORILLO, *précit.*

86. Art. L. L2141-2 CSP.

87. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*, Titre I, Chapitre I [intitulé « Permettre aux personnes d'exercer un choix éclairé en matière de procréation dans un cadre maîtrisé » (v. précisément l'article L. 2141-2-1, selon lequel « tout couple formé de deux femmes ou toute femme non mariée répondant aux conditions prévues au II de l'article L. 2141-2 a accès à l'assistance médicale à la procréation selon les modalités prévues au présent chapitre »)].

88. Projet de loi relatif à la bioéthique *précit.* Titre VII bis [intitulé « De la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (v. précisément l'article 342-10 selon lequel « Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner leur consentement à un notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ainsi que des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur ; Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet ; les deux membres du couple en font la demande au notaire, le consentement donné à une assistance médicale à la procréation vaut consentement de la mère dont la filiation à l'égard de l'enfant qui en est issu est établie par l'effet de la loi ou par la reconnaissance volontaire, à l'adoption de cet enfant par l'autre membre du couple. Celui-ci s'engage à saisir le tribunal de grande instance d'une requête en adoption de l'enfant [...] ; Le membre du couple qui, après s'être engagé à saisir le tribunal de grande instance d'une requête en adoption de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation, n'y procède pas, engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ; L'adoption de l'enfant peut, dans ce cas, être prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de la mère dont la filiation est établie. »)].

89. V. *supra*, Partie I, A (1).

90. Projet de loi relatif à la bioéthique, Titre 1, Chapitre V (adopté par l'Assemblée nationale en première lecture et déposé au Sénat le 16 octobre 2019).

91. Comme mentionné dans l'avis du Conseil d'État deux solutions différentes ont été initialement déposées à l'Assemblée au sujet de l'établissement de la filiation dans ces nouveaux cas. Les deux solutions seraient fondées sur la reconnaissance volontaire de l'enfant. Or, selon la première proposition, ce nouveau dispositif ne concernerait que la PMA des femmes célibataires et des couples de femmes, tandis que, selon la deuxième proposition, ce nouveau dispositif serait désormais commun pour tous les cas de PMA avec don. En conséquence, si la deuxième proposition était adoptée, la PMA des couples formés de deux personnes de sexe différent ne serait plus régulée par les règles *classiques* de filiation - comme c'est le cas aujourd'hui - mais par la reconnaissance volontaire (CE, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique *précit.*). Finalement, l'Assemblée a choisi la première proposition et elle a suggéré l'existence de deux mécanismes de filiation en cas de don de gamètes : l'un qui serait réservé à la PMA des femmes

célibataires et des couples de femmes, à savoir la reconnaissance volontaire, et l'autre qui serait applicable à la PMA (avec don) des couples composés d'un homme et d'une femme, à savoir les dons classiques de filiation (Chapitre V du Titre 1 du Projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée nationale en première lecture et déposé au Sénat le 16 octobre 2019).

92. Titre VII bis du projet de loi relatif à la bioéthique précité (v. *supra* note n°54) intitulé « De la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (v. précisément les articles 342-10, selon lequel « Si les deux membres du couple en font la demande au notaire, le consentement donné à une assistance médicale à la procréation vaut consentement de la mère dont la filiation à l'égard de l'enfant qui en est issu est établie par l'effet de la loi ou par la reconnaissance volontaire, à l'adoption de cet enfant par l'autre membre du couple. Celui-ci s'engage à saisir le tribunal de grande instance d'une requête en adoption de l'enfant. » et l'article 342-11 selon lequel « La filiation de l'enfant issu du recours à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur est établie dans les conditions prévues au titre VII du présent livre ; Dans le cas mentionné à l'article 310-1-1, la seconde filiation ne peut être établie que dans les conditions prévues au titre VIII du présent livre »).

93. V. *supra* note Partie I, A (1).

94. V. notamment Civ., 1^{ère}, 6 avril 2011 n°370 ; n°371 [*supra* note Partie I, A (1)].

95. Art. 342-10 *précit.* (« [...] Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet ; les deux membres du couple en font la demande au notaire, le consentement donné à une assistance médicale à la procréation vaut consentement de la mère dont la filiation à l'égard de l'enfant qui en est issu est établie par l'effet de la loi ou par la reconnaissance volontaire, à l'adoption de cet enfant par l'autre membre du couple. Celui-ci s'engage à saisir le tribunal de grande instance d'une requête en adoption de l'enfant [...] ; Le membre du couple qui, après s'être engagé à saisir le tribunal de grande instance d'une requête en adoption de l'enfant issu de l'assistance médicale à la procréation, n'y procède pas, engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ; L'adoption de l'enfant peut, dans ce cas, être prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de la mère dont la filiation est établie. »).

96. La seule proposition qui visait à la suppression partielle des règles classiques de filiation était l'une de deux propositions qui ont été déposées devant l'Assemblée Nationale, et plus précisément celle qui a été finalement rejetée par l'Assemblée (v. *supra* note n°90). Cette proposition prévoyait de fonder la filiation des tous les enfants nés de PMA sur leur reconnaissance volontaire par les personnes qui ont bénéficié de la PMA.

97. Chapitre V du Titre 1 du projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée nationale en première lecture et déposé au Sénat le 16 octobre 2019 (v. précisément art. 342-13 selon lequel « En cas d'absence de remise de la reconnaissance conjointe mentionnée au même article 342-10, celle-ci peut être communiquée à l'officier de l'état civil par le procureur de la République à la demande de l'enfant majeur, de son représentant légal s'il est mineur ou de toute personne ayant intérêt à agir en justice. La reconnaissance conjointe est portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Toutefois, la filiation établie par la reconnaissance conjointe ne peut être portée dans l'acte de naissance tant que la filiation déjà établie à l'égard d'un tiers, par présomption, reconnaissance volontaire ou adoption plénière, n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues à la section 3 du chapitre III du présent titre, par une action en tierce opposition dans les conditions prévues à l'article 353-2 ou par un recours en révision dans les conditions prévues au titre XVI du livre I^{er} du code de procédure civile. »).

98. Titre VII bis du projet de loi relatif à la bioéthique précité (v. *supra* note n°51) intitulé « De la filiation en cas d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (v. précisément l'article 47-1).

99. Cass,civ., ass.plén.,*précit.*, n°648 ; Civ, 1^{ère}, *précit.*, n°111 et n°112.
100. Cass civ., ass.plén.,*précit.*, n°648
101. Civ, 1^{ère}, *précit.*, n°111 et n°112.
102. V.Civ, *précit.*, n°825 [*supra* Partie I, A (2)].
103. Cass,civ.,ass.plén. *précit.* n°648.
104. Civ, 1^{ère}, *précit.*, n°825.
105. . *Ibid.*
106. *Ibid.*
107. *Ibid.*
108. *Ibid.*
109. Dans l'arrêt *Mennesson*, lorsque la Cour conclut à la violation de l'article 8, elle souligne que le refus des autorités françaises de reconnaître la filiation établie par les autorités étrangères fait « obstacle à la reconnaissance et à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard du père biologique » (Cour EDH, *Mennesson*, *précit.*, § 100) [v. *supra* Partie I, A (2)].
110. Cass, civ., ass. plén., 4 octobre 2019 n°648 [la Cour affirme précisément que dès lors que « le prononcé d'une adoption suppose l'introduction d'une nouvelle instance à l'initiative de Mme D.X (la mère « d'intention »), le renvoi des consorts X (des parents) à recourir à la procédure d'adoption, alors que l'acte de naissance des deux filles a été établi en Californie, dans un cadre légal, conformément au droit de cet État, après l'intervention d'un juge, la Cour supérieure de l'État de Californie, qui a déclaré M X (le père d'intention génétiquement lié à l'enfant) père génétique et Mme D.X. (la mère « d'intention »), “mère légale” des enfants, aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée des Mmes A. et B. X. (des enfants) ». Ainsi, elle conclut que « s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A.et B. X.(des enfants) consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger ne saurait être annulée].
111. Laurie MARGUET, « GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, p. 5 : [http:// journals.openedition.org/revdh/8964](http://journals.openedition.org/revdh/8964).
112. Cass, civ., ass.plén., 5 octobre 2018, n°638 *demande d'avis à la CEDH et sursis à statuer*.
113. Cour EDH, 10 avril 2019, Avis consultatif *précit.* [v. précisément le (1)].
114. *Ibid.* [v. précisément le (2)].
115. *Ibid.*
116. Cour EDH, *Mennesson*, *précit.*, § 100, selon lequel la non-reconnaissance en France de la filiation établie par les autorités étrangères fait « obstacle à la reconnaissance et à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard du père biologique ») [v. *supra* note n°108 ainsi que Partie I, A (2)].
117. Civ, 1^{ère}, *précit.*, n°825.
118. Civ, 1^{ère}, *précit.*, n°111 et n°112.
119. *Ib.id.* (cons.8-9 respectivement).
120. *Ib.id.* (cons.10-11 respectivement).
121. *Ib.id.* (cons.12-14 respectivement).
122. V. Laurie MARGUET« GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? », *précit.*, p. 7.
123. V. *supra* Partie I, A (1) Plus précisément v. Marc PICHARD, *Filiation : « Quelle place pour la volonté ? »*, *précit.*, et plus largement, Amélie DIONYSSI-PERYSSE et Marc PICHARD, « Le genre

dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre : Études critiques de droit français*, Paris, Éditions du CNRS, 2014, pp. 49 et. s.

124. *Ib.id.* v. également, Elsa FONDIMARE, *L'impossible indifférenciation : Le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2018, pp.667-668.

125. V. Laurie MARGUET, « GPA : Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes ? », *précit.*.

RÉSUMÉS

En droit de la filiation, les expertises génétiques sont présumées prouver le lien génétique entre deux personnes, et fonctionnent ainsi en faveur de la découverte d'une réalité *factuelle*. Or, en droit français, comme dans d'autres systèmes juridiques, malgré la valeur probante des expertises génétiques, le rapport génétique en tant que tel ne constitue qu'un de nombreux fondements de la filiation, d'autant plus si on prend en considération le petit nombre des décisions tendant à la recherche de la paternité par reconnaissance judiciaire. Ainsi, le lien génétique entre deux personnes joue un rôle plutôt incident en droit de la filiation, lequel demeure en principe fondé sur le mariage et la reconnaissance volontaire. Néanmoins, depuis peu de temps, on observe des changements quant à la place accordée au lien génétique en droit. Ces changements peuvent être systématisés en deux « types »¹. Ceux du premier « type » concernent une utilisation *classique* du rapport génétique entre deux personnes, à savoir comme fondement de la filiation. Ils sont en principe jurisprudentiels et demeurent réservés au domaine de la transcription des actes de naissance des enfants nés par le biais des gestations pour autrui (GPA) à l'étranger, c'est-à-dire aux hypothèses dans lesquelles des ressortissants Français ayant bénéficié d'une GPA légale dans un État qui autorise la pratique reviennent en France et demandent par l'administration de reconnaître la filiation établie par les autorités étrangères entre eux et l'enfant. Ceux du deuxième « type » portent sur une nouvelle *qualité* du rapport génétique entre deux personnes, à savoir comme un élément essentiel de l'identité personnelle des enfants nés des PMA avec don de gamètes. En cette qualité, le rapport génétique entre deux personnes sera, selon le projet de loi relatif à la bioéthique, de nature à justifier l'accès de ces enfants à l'identité des donneurs et des donneuses des gamètes. Les deux types de changements paraissent liés à la qualification du rapport génétique entre deux personnes comme élément de l'identité des individus et donnent l'impression d'être en principe abordés en droit français sous l'influence de la jurisprudence européenne. Si au cours des dernières années, on observe des changements dépassant les standards européens, ils semblent à géométrie variable et leur portée reste encore incertaine. Ce qui paraît toutefois certain est que ces changements ne vont pas jusqu'à remettre radicalement en cause les règles *classiques* de la filiation, et notamment le fort lien entre la maternité et l'accouchement.

In Family Law, genetic expertises are presumed to prove the genetic relatedness between two persons. However, in Family Law in France, as in other countries, despite the probative value of DNA tests, the genetic relatedness between two persons plays a rather minor role : parentage is essentially established through marriage (presumption of paternity) or by a voluntary acknowledgement of paternity ; the number of court orders through which the mother of the child aims to establish paternity remains very small. Nevertheless, recent changes (related to

medically assisted reproduction methods as well as transcription of birth certificates of children born through surrogacy in a foreign country) have quite an impact on the place accorded by law to the genetic relatedness between an adult and a child : on the one hand, genetic relatedness becomes a more decisive factor in establishing paternity ; on the other hand, according to the new bioethics law proposal, children conceived by gamete donation should be given the right to access information regarding the identity of their gamete donors. These changes are based on European Court of Human Rights (ECHR) decisions. The ECHR considers that genetic relatedness and knowledge of one's genetic origins are highly related to important aspects of one's personal identity. Any other changes in French Law that go beyond ECHR standards seem to be of variable geometry and remain still uncertain. However, all of these changes do not challenge deeply the legal definitions of maternity and paternity, and particularly they do not affect the way maternity is attached to the fact of giving birth.

INDEX

Mots-clés : filiation, maternité, paternité, accouchement, PMA, GPA, don des gamètes, accès à des informations concernant des donneurs et des donneuses des gamètes, données identifiantes et non identifiantes, expertise génétique, ADN, lien/rapport génétique, réalité, fait réel, réalité factuelle, réalité génétique, réalité juridique

Keywords : parentage, maternity, paternity, childbirth, surrogacy, medically assisted procreation, gamete donation, access to information about the donors, identifying and non-identifying information, genetic expertise, DNA, genetic relatedness, reality, fact, factual reality, genetic reality, legal reality

AUTEUR

MARIA KALOGIROU

Maria Kalogirou est doctorante et ATER en droit public (Université Paris Nanterre - CTAD : Équipe CREDOF)