



# **L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION, QUELS DÉFIS AUJOURD'HUI ?**

***PRÉSENTATION RÉALISÉE DANS LE CADRE DU  
WORKSHOP DU 2 JUILLET 2013  
DU PROJET EUROPÉEN***

***RIGHTS ON THE MOVE  
RAINBOW FAMILIES IN EUROPE***

***[www.rightonthemove.eu](http://www.rightonthemove.eu)***

*Sous la coordination de  
Anne-Marie DUGUET*

*Avec les contributions de  
Hélène GAUMONT-PRAT, Barry FITZPATRICK,  
Vera Lucia RAPOSO, Anna ZEMANDLOVÁ, Florence TABOULET,  
Marta TOMASI, Sophie PARICARD*





# **L'ASSISTANCE À LA PROCRÉATION, QUELS DÉFIS AUJOURD'HUI ?**

*PRÉSENTATIONS RÉALISÉES DANS LE CADRE  
DU WORKSHOP DU 2 JUILLET 2013  
DU PROJET EUROPÉEN  
RIGHT ON THE MOVE – RAINBOW FAMILIES IN EUROPE*

[www.rightonthemove.eu](http://www.rightonthemove.eu)

*Sous la coordination de  
Anne-Marie DUGUET*

© Tous droits réservés

**LEH Édition 2015**

253-255 cours du Maréchal Gallieni 33000 Bordeaux

Tél. 05 56 98 85 79 – Fax 05 56 96 88 79

[www.leh.fr](http://www.leh.fr)

**Consultation du catalogue et commande en ligne sur : @ [www.leh.fr](http://www.leh.fr)**

**Consultation du fonds numérique et commande de contenus  
et d'ouvrages numériques sur : @ [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)**

*Bibliothèque numérique de droit de la santé et d'éthique médicale  
Réseau d'information et connaissance*

Cette publication a été produite avec le soutien financier de l'Union Européenne, DG Justice, programme Droits fondamentaux et citoyenneté, Grant agreement JUST/2012/FRAC/AG/2805. Les opinions exprimées sont celles des auteurs. Ce document ne reflète pas les opinions de la Commission Européenne, de même la Commission Européenne n'accepte aucune responsabilité pour l'exactitude des informations contenues dans le présent document.

Plus d'information sur le projet *Rights on the move* – Rainbow families in Europe sur le site <http://www.rightsonthemove.eu>

This publication has been produced with the financial assistance of the European Union, DG Justice, Fundamental Rights and Citizenship Programme, Grant agreement JUST/2012/FRAC/AG/2805. The views expressed are those of the authors. The report does not reflect the views of the European Commission, nor does the European Commission accept responsibility for the accuracy of the information contained herein.

More on the *Rights on the move* – Rainbow families in Europe project at <http://www.rightsonthemove.eu>



Cet ouvrage et les articles qui le composent sont publiés sous licence Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0). Pour une éventuelle utilisation commerciale, merci de contacter [info@leh.fr](mailto:info@leh.fr)



# **L'ASSISTANCE À LA PROCRÉATION, QUELS DÉFIS AUJOURD'HUI ?**

*Sous la coordination de*  
Anne-Marie DUGUET

LEH Édition



## À PROPOS DU PROJET

Le projet *Rights on the move* porte sur la protection européenne des droits des familles *Rainbow*, c'est-à-dire les familles dans lesquelles les rôles parentaux sont joués par des personnes de même genre légal, notamment lorsqu'elles se déplacent ou résident sur le territoire de l'Union européenne. La diversité des réglementations relatives au mariage, au partenariat, à l'accès aux techniques médicales de reproduction ou à l'adoption expose ces familles à de multiples obstacles lors de leurs déplacements au sein de l'UE.

En adoptant une approche par les droits de l'enfant, *Rights on the move* cherche à examiner comment la liberté de circulation doit être entendue en accord avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les droits européens de l'enfant, et les autres normes internationales et supranationales. Le projet a débuté en janvier 2013 pour une durée de deux ans.

### Objectifs et résultats :

- Accroître les connaissances relatives à la liberté de circulation des familles LGBT et analyser la situation juridique des 28 États membres dans une perspective comparative ;
- Diffuser les informations relatives à la situation juridique des familles *Rainbow* en Europe ;
- Organiser plusieurs programmes de formation à destination des juristes, afin d'améliorer le partage entre eux de l'état des droits des enfants issus de familles LGBT et des moyens de les protéger ;
- Créer un réseau entre praticiens du droit et plus largement la communauté juridique intéressée par les thèmes du projet ;
- Renforcer les capacités des citoyens et des ONG de connaître pleinement les droits fondamentaux, par la production d'un manuel disponible en plusieurs langues ;
- Sensibiliser les travailleurs et employeurs à la situation particulière des familles *Rainbow* se déplaçant à travers le territoire de l'Union européenne ;
- Rédiger un livre blanc faisant état des obstacles actuels et proposant les leviers pour les surmonter, et soutenir des publications scientifiques sur ces sujets.





### **Coordination du projet**

Université de Trento, faculté de droit

[www.unitn.it](http://www.unitn.it)

### **Superviseur scientifique**

Carlo Casonato

### **Coordinateur de recherche**

Alexander Schuster

[alexander.schuster@unitn.it](mailto:alexander.schuster@unitn.it)

### **Partenaires**

Cara-Friend, Belfast – Barry Fitzpatrick

[barry.fitzpatrick@cara-friend.org.uk](mailto:barry.fitzpatrick@cara-friend.org.uk)

[www.cara-friend.org.uk](http://www.cara-friend.org.uk)

CGIL Nuovi diritti, Rome – Maria Gigliola Toniollo

[mg.toniollo@cgil.it](mailto:mg.toniollo@cgil.it)

[www.cgil.it](http://www.cgil.it)

Université Toulouse III Paul Sabatier – Anne-Marie Duguet

[aduguet@club-internet.fr](mailto:aduguet@club-internet.fr)

[www.univ-tlse3.fr](http://www.univ-tlse3.fr)

Autonomous University of Barcelona – Teresa Freixes

[mariateresa.freixes@uab.es](mailto:mariateresa.freixes@uab.es)

[www.uab.es](http://www.uab.es)

Peace Institute, Ljubljana – Neža Kogovšek Šalamon

[neza.kogovsek@mirovni-institut.si](mailto:neza.kogovsek@mirovni-institut.si)

[www.mirovni-institut.si](http://www.mirovni-institut.si)

*Cet ouvrage contient les textes des interventions présentées au cours du workshop du 2 juillet 2013 organisé à Toulouse par l'équipe de l'université Paul Sabatier*



## **Sommaire**

L'assistance médicale à la procréation en France et le rôle du Comité consultatif national d'éthique .....	11
<b>Hélène GAUMONT-PRAT</b>	
Reproductive rights within rainbows families: Reproduction comes in all colors .....	23
<b>Vera Lucia RAPOSO</b>	
Analyse de l'évolution des jurisprudences françaises concernant les couples homosexuels et leurs enfants avant et après la loi du 17 mai 2013 de réforme du mariage .....	39
<b>Pierrette AUFIERE</b>	
Free Movement in EU law, particularly to receive reproductive services ...	51
<b>Barry FITZPATRICK</b>	
Assisted reproduction in Europe - general overview .....	57
<b>Leona MUSILOVÁ, Lukáš PRUDIL, David RUMPÍK, Anna ZEMANDLOVÁ</b>	
À propos du rappel à la loi adressé aux gynécologues sur la collaboration aux soins transfrontaliers d'AMP avec don d'ovocytes .....	73
<b>Florence TABOULET</b>	
The Status of Children born after Art in Rainbow Families: challenging Parenthood .....	83
<b>Marta TOMASI</b>	
La réception des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation pratiquée à l'étranger .....	103
<b>Sophie PARICARD</b>	



---

# L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION EN FRANCE ET LE RÔLE DU COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE

---

Hélène GAUMONT-PRAT<sup>1</sup>

---

## Introduction

Il est question aujourd'hui de la procréation médicalement assistée en France et à l'étranger. En France, l'assistance médicale à la procréation (AMP) est proposée comme l'une des solutions possibles au problème humain et social de l'infécondité. Pendant longtemps, la maîtrise de la reproduction s'est limitée essentiellement à la contraception féminine et à la lutte contre l'infertilité dont on pensait qu'il s'agissait de stérilité féminine avant d'aborder, avec l'évolution des mœurs, le problème de la stérilité masculine. Des tentatives se doublaient de techniques déjà anciennes comme l'insémination artificielle visant à pallier la stérilité ou l'hypofertilité qui engendraient une grande souffrance pour le couple.

L'assistance médicale à la procréation (AMP) est un des domaines scientifiques qui s'est particulièrement développé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Les progrès médicaux en pleine évolution, issus de la biologie, de la génétique et de la médecine de la reproduction ont permis soit de soigner certaines infertilités, soit de les contourner en permettant d'aboutir à la procréation : ils ont conduit à envisager plusieurs modes de procréation se réalisant en dehors de toute relation charnelle, appelés « procréation artificielle », « nouvelles techniques de reproduction », « procréation médicalement assistée » puis « assistance médicale à la procréation » ou AMP.

Ces nouvelles techniques de procréation de plus en plus sophistiquées d'abord au sein du couple (procréation homologue)<sup>2</sup>, puis avec le recours à un tiers donneur (procréation hétérologue ou exogène<sup>3</sup>) reposent sur une intervention médicale. Elles ont été le résultat d'une alliance entre des connaissances ou des savoir-faire, et une demande de la société. Pour autant, elles ont suscité tant l'engouement que de nombreux questionnements éthiques, d'où le rôle important

---

<sup>1</sup> Professeur des universités, directeur du laboratoire Droit de la santé (EA 1581), université de Paris VIII, ancien membre du Comité consultatif national d'éthique.

<sup>2</sup> Insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple.

<sup>3</sup> Insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec les gamètes d'un membre du couple et celles d'un tiers donneur anonyme.

joué par le Comité consultatif national d'éthique sur ce point. Ces discussions préalables au vote des lois de 1994 ont été relayées par la doctrine<sup>4</sup> juridique parfois inquiète du développement effréné du désir d'enfant, qui venait prendre le pas sur l'intérêt de l'enfant.

Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) est né par décret n° 83-132 du 23 février 1983<sup>5</sup>, à la suite des Assises de la Recherche et sa création fut motivée notamment par le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation et la naissance du premier bébé-éprouvette en Grande-Bretagne en 1978, puis en France en 1982. Le domaine de la procréation artificielle a été abordé sous deux angles par le CCNE : l'assistance médicale à la procréation et la gestation pour autrui.

La France a été le premier pays à se doter d'une telle instance. Différents textes ont modifié par la suite ses modalités de fonctionnement (loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal<sup>6</sup>, décret n° 97-555 du 29 mai 1997 relatif au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé<sup>7</sup>, loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique<sup>8</sup>, décret n° 2005-390 du 28 avril 2005<sup>9</sup>, loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique<sup>10</sup>). Si ses avis et recommandations sont considérés comme des textes n'ayant pas de valeur contraignante, sa liberté et son indépendance donnent cependant à ses recommandations une vraie légitimité et une autorité morale importante. Il a rendu 122 avis dont 17 sur la procréation artificielle.

<sup>4</sup> A. SÉRIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle », *D.* 1985, Chron. 53 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.* 1985, Chron. 147 ; J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris PUF 1987 ; F. TERRÉ, « L'enfant de l'esclave », *Génétique et droit*, Paris 1987 ; P. KAYSER, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.* 1987, Chron. 189 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les procréations assistées, état des questions », *RTD civ.* 1987, 457 ; M.T MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant », *RTD civ.* 1988, 465 ; M. BANDRAC, « Réflexions sur la maternité », *Mélanges P. Raynaud*, 1988 ; A. SÉRIAUX, « Procréation artificielle sans artifice », *D.* 1988, Chron. 201 ; P. MURAT, « Procréation médicalement assistée et droits de l'enfant », *RDSS* 1991, 387 ; F. GRANET, « L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de loi sur la bioéthique », *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1994, p. 219 ; Ph. MALAURIE, « L'homme, être juridique, à propos des projets de loi sur la bioéthique », *D.* 1994, Chron. 97.

<sup>5</sup> *JORF* du 25 février 1983, page 630.

<sup>6</sup> *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, page 11060.

<sup>7</sup> *JORF* n° 124 du 30 mai 1997, page 8287.

<sup>8</sup> *JORF* n° 182, 7 août 2004.

<sup>9</sup> *JORF* n° 100 du 29 avril 2005, page 7428.

<sup>10</sup> *JORF* n° 0157 du 8 juillet 2011, page 11826.

La délimitation du champ de l'assistance médicale à la procréation suscite des questionnements éthiques récurrents (I) qui trouvent des prolongements dans la pratique de la gestation pour autrui interdite actuellement au plan national (II).

## **I. La notion d'assistance médicale à la procréation en France**

### **A. L'état des pratiques et le rôle du CCNE**

#### **- L'état des pratiques**

L'insémination artificielle humaine est la technique la plus ancienne dont les premières applications remonteraient à environ à deux siècles (fin du XVIII<sup>e</sup> siècle en Angleterre, et fin du XIX<sup>e</sup> siècle en France). Elle fait suite dans l'histoire de la médecine reproductive à l'insémination canine réalisée en 1780 par Spallanzani<sup>11</sup>.

L'insémination artificielle est pratiquée par les gynécologues, sans hospitalisation, précédée le plus souvent d'une stimulation ovarienne, afin de l'optimiser. Elle concerne autant l'insémination artificielle avec les gamètes du couple (procréation homologue) qu'avec les gamètes de tiers donneur (procréation hétérologue). Elle fut suivie et complétée par la technique de fécondation *in vitro*, développée de manière spectaculaire grâce à Robert Edwards<sup>12</sup>, biologiste britannique, qui l'appliqua à la femme après ses expériences réussies chez la lapine en 1962. Celui-ci est considéré comme le père de la fécondation *in vitro*, et le pionnier des bébés-éprouvette, avec la naissance de Louise Brown en Grande-Bretagne le 25 juillet 1978. Depuis cette date, plusieurs millions d'enfants sont nés grâce aux techniques d'AMP.

Dans un premier temps, la fécondation *in vitro* a surtout permis de pallier certaines causes d'infertilité féminine; elle est maintenant utilisée de façon plus large pour surmonter d'autres causes de stérilité, tant masculine que féminine. Diverses variantes ont vu le jour: l'ICSI (*Intracytoplasmic sperm injection* ou injection intra-cytoplasmique de spermatozoïde), variante de la technique de fécondation *in vitro* (FIV) fit son apparition en 1992. L'objectif de l'ICSI a été de prendre en charge les stérilités masculines et consiste à sélectionner un seul spermatozoïde (ou à partir de précurseurs des spermatozoïdes) et à l'introduire directement dans le cytoplasme de l'ovule en « forçant » le processus de fécondation. L'injection de spermatozoïde court-circuite donc le processus normal d'interaction avec l'ovocyte par le choix délibéré d'un spermatozoïde pour cette fécondation assistée. À l'origine réservée à la stérilité masculine par déficit nu-

<sup>11</sup> René FRYDMAN, « L'assistance médicale à la procréation, aspects médicaux et pratiques », in *La liberté de la personne sur son corps*, ss dir. P. Muzny, Dalloz, 2010.

<sup>12</sup> Robert Edwards qui a obtenu le 4 octobre 2010, le prix Nobel de médecine.

mérique ou fonctionnel extrêmement sévère du spermatozoïde, l'ICSI est aussi proposée pour répondre à des stérilités dans le cadre de maladies génétiques telles que la mucoviscidose (agénésie déférentielle) ou le syndrome de Kartagener (akinésie flagellaire du spermatozoïde). Cette technique permet en cas de stérilité masculine d'éviter le recours à un tiers donneur. Le premier enfant issu de la fécondation *in vitro* assistée est né en Belgique en 1992 et en 1994 en France. Le GIFT (*gamete intra-fallopian transfer*) est une variante également de la FIV et de l'insémination artificielle puisque les gamètes prélevés sont transférés dans les trompes de Fallope. Le ZIFT (*zygote intra-fallopian transfer*) est une fécondation *in vitro* avec transfert dans les trompes de Fallope. La ZUZI (*subzonal insemination*) se greffe sur la fécondation *in vitro*, et consiste à injecter des spermatozoïdes sous la zone pellucide, au contact de l'ovocyte. Autre variante de la FIV, l'IMSI consiste à observer un très fort grossissement et à choisir le spermatozoïde qui sera injecté dans l'ovocyte par l'ICSI.

#### - Les avis du CCNE

Le Comité consultatif national d'éthique a joué un rôle actif de conseil en la matière dès sa création, se prononçant, dans de nombreux avis, sur divers aspects des problèmes soulevés par les procréations médicalement assistées. Ces avis ont ainsi constitué une référence de qualité lors des travaux ayant présidé à l'élaboration des différents projets de loi sur la bioéthique, déposés devant le Parlement en 1992. La communauté médicale confrontée à des demandes de plus en plus spécifiques éloignées de ce que la procréation naturelle permettait de faire (grossesse d'une femme ménopausée, transfert d'embryon *post-mortem*) réclamait un encadrement législatif. Le dispositif français issu des décrets du 8 avril 1988<sup>13</sup>, antérieur à la législation bioéthique de 1994, complété par la déontologie, le droit médical et les règles de bonnes pratiques, apparaissait en effet très succinct et insuffisant. Il était nécessaire de poser la question des limites face aux demandes individuelles qu'entraînent encore aujourd'hui les techniques de procréation assistée, et qui ont ouvert le champ du « droit à l'enfant ».

L'apparition des techniques de procréation dites « artificielles » a suscité des interrogations majeures sur la « fabrication de l'humain », la médecine du futur et l'éthique. Le CCNE a rendu 17 avis relatifs à la procréation artificielle<sup>14</sup> où il a

<sup>13</sup> Décret n° 88-327 du 8 avril 1988 relatif aux activités de procréations médicalement assistées et décret n° 88-328 du 8 avril 1988 portant création de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction (dits « Barzach »).

<sup>14</sup> CCNE, Avis n° 3 : *Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport* (23 octobre 1984) ; Avis n° 18 : *État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons* (15 décembre 1989) ; Avis n° 20 : *Avis sur l'organisation actuelle du don de gamètes et ses conséquences* (18 juillet 1990) ; Avis n° 24 : *Avis sur les réductions embryonnaires et fœtales* (24 juin 1991) ; Avis n° 40 : *Avis sur le transfert d'embryons après décès du conjoint (ou du concubin)* ; Avis n° 42 : *Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance*



marqué son attachement à défendre des grands principes : dignité de la personne, respect du corps humain, non-commercialisation du corps humain. L'avis n° 3 du 23 avril 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle et sur l'enfant à naître, résume la position du Comité tout au long de ses trente années d'existence : « les nouvelles techniques obligent à considérer séparément l'intérêt des patients, parents potentiels, et celui du futur enfant » [...] « Est-ce que dans ces conditions, toute personne a le droit, à toute condition, d'avoir un enfant ? » ; « L'enfant ne risque-t-il pas d'être traité comme un moyen et non comme une fin en lui-même ? » Il évoque « un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant ».

Bien avant l'intervention du législateur en 1994, il était bien apparu que l'assistance médicale à la procréation, parce qu'elle aboutit à faire naître des enfants, ne relevait pas seulement du domaine de la vie privée ou de l'autonomie de la personne mais s'inscrivait profondément dans le cadre de la famille et du droit de la famille, comme le souligne de manière incidente mais récurrente le CCNE. L'intérêt de ce futur enfant apparaît au CCNE comme un des critères de réponse aux différentes questions posées, faisant de l'AMP une réponse médicale à un problème médical, principe repris par le législateur. Un certain nombre de ses avis mettent aussi l'accent sur les conséquences des pratiques médicales : questions de sécurité sanitaire, de risques de malformation pour l'enfant dans le cas de l'ICSI<sup>15</sup>.

## B. Le régime juridique

Après de nombreux colloques, avis et rapports<sup>16</sup>, des projets de lois ont été déposés en 1992 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Les lois de bioéthique

---

*médicale à la procréation* (30 mars 1994); Avis n° 54: *Réponse au président de la République au sujet du clonage reproductif*; 22 avril 1997 (non-instrumentalisation de la personne et intérêt enfant); Avis n° 56: *Problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez des couples où l'homme est séropositif et la femme est séronégative*, 10 février 1998; Avis n° 60: *Réexamen des lois de bioéthique* (25 juin 1998); Avis n° 67: *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique* (27 janvier 2000); Avis n° 69 *L'assistance médicale à la procréation chez les couples présentant un risque de transmission virale – Réflexions sur les responsabilités* (8 novembre 2001); Avis n° 72: *Réflexions sur l'extension du diagnostic pré-implantatoire* (4 juillet 2002); Avis n° 075: *Questions éthiques soulevées par le développement de l'ICSI*; Avis n° 90: *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation* (24 novembre 2005); Avis n° 105: *Questionnements pour les états généraux de la bioéthique* (9 octobre 2008); Avis n° 110: *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* (1<sup>er</sup> avril 2010); Avis n° 113: *La demande d'assistance médicale à la procréation après le décès de l'homme faisant partie du couple*.

<sup>15</sup> CCNE, Avis n° 75, *Questions éthiques soulevées par le développement de l'ICSI*.

<sup>16</sup> Rapport du Comité consultatif national d'éthique, La Documentation française, 1986; Rapport du Conseil d'État, *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, Notes et études documentaires, 1988; N. LENOIR, *Aux frontières de la vie, une éthique biomédicale à la française*, La Documentation française, 1992.

adoptées le 29 juillet 1994 (loi n° 94-653 relative au respect du corps humain et loi n° 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'AMP et au diagnostic prénatal<sup>17</sup>) ne se sont pas bornées à tirer les conséquences juridiques des progrès récents de la biologie, de la génétique et de la médecine, elles ont intégré les grands principes développés par le CCNE, principes devenus règles de droit, fondatrices d'un statut civil du corps humain : primauté de la personne, sauvegarde de la dignité de la personne<sup>18</sup> respect et inviolabilité du corps humain, anonymat et gratuité.

En outre, comme le préconisait le CCNE, le législateur a réservé l'AMP<sup>19</sup> à certaines indications médicales, assorti de conditions à la fois médicales et sociales afin d'éviter que l'AMP ne vienne bouleverser les conditions biologiques de la procréation. Les révisions législatives successives<sup>20</sup> (loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique et loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique) ne les ont pas remises en cause malgré des demandes portant sur la légalisation du transfert d'embryons *post-mortem*, ou l'ouverture de l'AMP aux femmes seules ou homosexuelles.

Enfin, dans la lignée des avis du CCNE, le législateur est intervenu en 1994 pour encadrer les pratiques d'AMP, choisissant de rapprocher la procréation artificielle le plus possible de la procréation naturelle, en présentant une conception classique d'une technique imitant la nature, et en préservant l'intérêt de l'enfant au sein de sa famille : le législateur a encadré les activités d'AMP en refusant de consacrer un « droit à l'enfant ». Ces règles<sup>21</sup> ont été élaborées au regard de celles qui encadrent la procréation naturelle ou classique qui a donné lieu à un « modèle familial » considéré comme optimal pour élever un enfant, la double

<sup>17</sup> *JORF* 30 juillet 1994.

<sup>18</sup> La Cour de cassation se réfère à ces textes : ainsi en décembre 2000, l'arrêt *Érignac* relatif à la publication de l'image du préfet décédé peu après son assassinat, était fondé sur le respect de la dignité de la personne humaine. Récemment par un arrêt du 16 septembre 2010, (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 sept. 2010, n° 09-67.456) a confirmé l'interdiction de l'exposition « *Our body* à corps ouvert » présentant des cadavres humains, par application de l'article 16-1-1 du Code civil.

<sup>19</sup> CSP, Art. L. 2141-1.

<sup>20</sup> Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, AN n° 1325 du 20 novembre 2008 et Sénat n° 107 du 17 décembre 2008 ; Agence de biomédecine, *Bilan de l'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004*, Rapport au ministre de la Santé, octobre 2008, Rapport annuel 2009 de l'Agence de la biomédecine ; Rapport du Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, mai 2009, La Documentation française ; Rapport d'information de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janv. 2010 (Audition 18 nov. 2008) ; B. FEUILLET (ss dir.), *Les lois de bioéthique à l'épreuve des faits*, PUF, 1999 ; B. FEUILLET, *Procréation médicalement assistées et anonymat, panorama international*, Éd. Bruylant, 2008 ; H. GAUMONT-PRAT, *Bioéthique et Droit : L'assistance médicale à la procréation*, Éd. Les Études Hospitalières (LEH) 2011 ; J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique*, Éd. Lexisnexis 2012 ; A. MIRKOVIC, *L'essentiel de la bioéthique*, Éd. Gualino, 2013.

<sup>21</sup> Code civil, Art. 311-19 et 311-20 ; A. MIRKOVIC, *Dt fam.* 2009, Étude 23.

parenté garantissant l'intérêt de l'enfant : deux parents, un père et une mère. Le législateur a ainsi marqué sa préférence pour la famille traditionnelle : une femme célibataire, ou vivant en couple avec une autre femme, ou encore une femme dont le mari vient de décéder ne pourra être bénéficiaire d'une AMP.

Selon l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique :

*L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.*

*L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation.*

L'AMP est ainsi entendue comme une activité de soin et le don de gamètes doit respecter le principe d'anonymat et de gratuité<sup>22</sup>.

Pour autant, l'évolution récente résultant de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>23</sup> a amené le CCNE à s'autosaisir début 2014 des indications sociétales de l'assistance médicale à la procréation qui devraient être liées à la question de la légalisation de la gestation pour autrui revendiquée par les couples d'hommes, même s'il n'est pas nécessaire d'être marié pour avoir accès aux techniques d'AMP.

## **II. Les pratiques de la gestation pour autrui**

Si ces nouvelles techniques de reproduction ont engendré de nombreux bienfaits, l'évolution de ces pratiques ou une plus grande ouverture ne peut-elle pas générer des risques importants pour les droits fondamentaux des personnes ? La liberté conquise par la maîtrise de la contraception, puis par la lutte contre la stérilité ne s'accompagne-t-elle pas de dépendance et d'un risque d'asservissement pour le corps des femmes ou de certaines femmes<sup>24</sup> ? Comment préserver la dignité

<sup>22</sup> F. TABOULET, « Le don de gamètes : quels enjeux médico-économiques ? », in *Le don de gamètes*, ss. dir. A. MIRKOVIC, Éd. Bruylant, 2013.

<sup>23</sup> *JORF* n° 0114 du 18 mai 2013 page 8253.

<sup>24</sup> H. GAUMONT-PRAT, « L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance », in *La liberté de la personne sur son corps*, ss. dir. P. MUZNY, Éd. Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010 ; J. Hauser, « La gestation pour autrui, aspects juridiques et éthiques », in *La*

humaine des risques d'instrumentalisation du corps humain ? L'émergence de nouveaux marchés (comme le marché de la procréation) ne vient-elle pas vient à la rencontre de cette médecine de la reproduction ?

Tel a été l'avis du CCNE en matière de gestation pour autrui. Dans certains pays, l'assistance médicale à la procréation englobe la location d'utérus ou la gestation pour compte d'autrui (GPA).

## A. L'approche du CCNE

Du fait de la mondialisation du marché<sup>25</sup> de la procréation, apparaît la possibilité d'avoir recours à des femmes à l'étranger pour porter l'enfant contre rémunération et même à moindre prix (Inde, pays de l'Est) : la tentation de sous-traitance constatée aux États-Unis est encouragée par des sites spécialisés sur internet<sup>26</sup>. Un certain nombre de rapports ont déjà été rendus abordant cette question<sup>27</sup>. Une définition de la « mère porteuse » conduit à distinguer la procréation pour autrui, où la mère porteuse est à la fois gestatrice et donneuse d'ovocyte, l'insémination se faisant avec le sperme du « père d'intention » (situation rassemblant trois acteurs, les parents d'intention et la mère porteuse), de la gestation pour autrui, où la mère porteuse est seulement gestatrice : elle porte l'embryon des parents d'intention, conçu *in vitro* (situation rassemblant trois acteurs, les parents d'intention et la mère porteuse). Parfois, si la fonction ovocytaire est également déficitaire, un don d'ovocyte peut avoir été à l'origine de l'embryon, voire en cas de stérilité masculine, également un don de sperme. Ces dernières situations mettent en scène alors la présence de quatre ou cinq personnes (les parents d'intention, le ou les donneurs et la mère porteuse) à l'origine de la création d'un enfant.

Dans le prolongement des principes visant l'AMP, le CCNE s'est penché sur la gestation pour autrui et le sort réservé à l'enfant comme à la mère porteuse.

---

*liberté de la personne sur son corps*, ss dir. P. MUZNY, Éd. Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010.

<sup>25</sup> Debora L. SPAR, *The Baby Business : How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Cambridge, Massachussets, Harvard Business School Press, 2006.

<sup>26</sup> Planethospital ([https://secure.planethospital.com/index.php?page=procedure\\_surgeons&id=177&section=surgeon&name=Surrogacy](https://secure.planethospital.com/index.php?page=procedure_surgeons&id=177&section=surgeon&name=Surrogacy)) ; <http://www.myivfalternative.com/>

<sup>27</sup> Rapport de l'Agence de la biomédecine sur le bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004 intégrant l'étude comparative de l'encadrement juridique international, oct. 2008, <http://www.agence-biomedecine.fr/agence/le-bilan-d-application-de-la-loi-de-bioethique-du-6-aout-2004.html> ; Rapport d'information n° 421 (2007-2008) : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui » de Michèle André, Alain Milon et Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, 25 juin 2008, Sénat ; Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, nov. 2008, <http://www.senat.fr/noticerap/2008/r08-107-1-notice.html> ; Rapport du Conseil d'État sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, mai 2009 ; Rapport final des états généraux de la bioéthique d'Alain Graf, 16 juillet 2009.

Pratiquement dès sa création, dans l'avis n° 3 sur « les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle et sur l'enfant à naître » du 23 avril 1984, il défend la dignité de l'enfant et de la femme porteuse dont il dénonce les risques d'instrumentalisation et d'exploitation : « Est-ce que toute personne a le droit, à toute condition, d'avoir un enfant ? [...] Jusqu'au moment où la question devient : a-t-on le droit de donner un enfant ? L'enfant ne risque-t-il pas d'être traité comme un moyen et non comme une fin en lui-même ? » « Cette solution au problème de l'infécondité n'est pas liée à des développements techniques nouveaux, mais est nouveau le fait qu'interviennent des tiers : la femme qui se prête à l'opération ; l'intermédiaire qui l'organise et la suit pendant plusieurs mois. Le recours à cette pratique est, en l'état du droit, illicite. Elle réalise la cession d'un enfant. Un tel contrat ou engagement est nul par son objet, et est contracté en fraude à la loi relative à l'adoption » ; [...] « Telle est la loi, et il ne faut pas la changer ». Revenant sur le contrat de cession d'un enfant, il rappelle les termes de l'article 1128 du Code civil disposant qu'il « n'y a que les choses qui sont dans le commerce », un tel contrat étant nul du fait de son objet illicite. Il rappelait que le fait « d'apporter, dans un esprit de lucre, son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant, constitue un délit sanctionné par l'article 353-1 - Code pénal ». Le CCNE proposait dans ces conditions, de continuer à appliquer la législation actuelle. Dans l'avis n° 90 intitulé *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*<sup>28</sup>, il dénonçait la réification de l'enfant, mais aussi le risque de fragmentation de la parenté du fait de pratiques qui multiplient les acteurs dans le processus de procréation, et la démultiplication de la question des origines et l'exploitation corporelle et psychologique de la femme porteuse, son instrumentalisation, au service des intérêts mercantiles. Enfin, dans un avis n° 110 *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* du 1<sup>er</sup> avril 2010, le CCNE, se prononce majoritairement contre la légalisation de la GPA, reprenant ses arguments précédents : « une instrumentalisation du corps des femmes et aboutit à considérer l'enfant comme une marchandise », évoquant le terme d'« aliénation », tout en faisant figurer en annexe, une mention dissidente et argumentée de sept membres, favorables à une GPA strictement encadrée et limitée au don de la capacité gestatrice de la femme porteuse, l'embryon devant être issu des deux gamètes des « parents d'intention », marquant ainsi une orientation différente au sein de la réflexion globale du comité.

Dans le cadre de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, il a été demandé au CCNE de se prononcer sur la légalisation de la GPA.

<sup>28</sup> CCNE, Avis n° 90 : *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 25 mai 2005.

## B. Les réponses du droit français

La jurisprudence saisie de ces questions de mère porteuse et de gestation pour autrui s'est montrée stricte. Elle a tout d'abord annulé et dissout les associations qui avaient pour objet de faciliter ces procédés, et l'objet a été déclaré illicite<sup>29</sup>. Des principes fondant l'interdiction de la gestation pour autrui furent affirmés par la Cour de cassation<sup>30</sup> : indisponibilité de l'état des personnes ; indisponibilité du corps humain.

La condamnation de la gestation pour autrui par la loi est inscrite à l'article 16-7 du Code civil affirmant que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Il s'agit d'une nullité absolue, et si le juge est informé de l'existence de la convention, il doit refuser de prononcer l'adoption qui est demandée ultérieurement. Se trouve également sanctionnée pénalement l'activité des intermédiaires entre un couple désireux d'accueillir un enfant et une mère porteuse (article 227-12 du Code pénal).

La disposition spécifique de l'article 16-7 du Code civil s'inscrit dans le corpus des principes protecteurs du corps humain inscrits par la loi du 29 juillet 1994, sur lesquels le législateur n'est pas revenu ni en 2004, ni en 2011. Ces principes sont d'ordre public, car ils visent aussi bien à protéger les intéressés que la société (article 16-9) : principe de dignité, principe de non-patrimonialité du corps humain, ses éléments et ses produits (article 16-1 du Code civil) ; nullité des conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits (article 16-5 Code civil).

Divers fondements expliquent ce texte :

- Le premier fondement, reconnu par la Cour de cassation, est l'indisponibilité de l'état des personnes. En vertu de ce principe, il est impossible de disposer de son état et la qualité de mère ou de père d'un enfant ne saurait se déduire des termes d'un contrat.
- Le second fondement, tiré du principe d'indisponibilité du corps humain, rend illicite toute convention sur le corps humain (ou ses éléments), que ce soit en vue d'un prêt, d'une location ou d'un don.

<sup>29</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 déc. 1989, Assoc. Alma mater, *D.* 1990, 273, rapp. Massip ; *JCP* 1990, II, 21526, note Sériaux ; CE 22 janv. 1988, Assoc. Les Cigognes, Rec CE 1988, 37. Dans le même temps, quelques décisions des juges du fond avaient envisagé la possibilité de l'adoption plénière au nom de l'intérêt de l'enfant, pour lui permettre d'accéder à une filiation maternelle (TGI Versailles, 9 juillet 1986, *Dr. enfance et fam.* 1986, 26 obs. Rubellin-Devichi, Paris, 15 juin 1990 ; Pau, 19 février 1991, *D.* 1991, 380, note Larribau-Terneyre) ou l'adoption simple (Aix-en-Provence, 5 déc. 1984, *RTD civ.* 579, Rubellin-Devichi).

<sup>30</sup> Ass. plén. 31 mai 1991, *JCP* 1991, II 21752, note F. Terré ; Defrénois 1991, p. 1267, obs. Aubert ; Gobert, 1992, 489.

- Le troisième fondement est tiré du principe de la non-patrimonialité du corps et de ses éléments, inscrit à l'article 16-1 du Code civil. Dans sa décision de 1994, le Conseil constitutionnel fait référence au principe de non-patrimonialité du corps humain, qui peut être considéré comme l'un des composants du principe plus général d'indisponibilité du corps humain. Ainsi la rétribution de la mère porteuse vient-elle transgresser le principe de non-patrimonialité et de gratuité. Il est impossible de nier la dérive financière et de croire à l'intention généreuse de la mère gestatrice rencontrée sur internet pour éviter que les contrats soient de simples objets de transactions financières. La notion d'« indemnité raisonnable » qui serait versée à la mère porteuse, notion qui existe en droit anglais, pour éviter le mot « rétribution » est confuse, d'autant que les frais de la grossesse sont pris en charge par la Sécurité sociale en France. Ce seront les femmes les plus démunies et les plus vulnérables économiquement qui se proposeront pour remplir l'office de mères de substitution.
- Le principe de dignité se trouve bafoué à l'égard de la femme porteuse, par cette forme d'aliénation moderne<sup>31</sup>, par la marchandisation et l'instrumentalisation de son corps, fondé sur la dérive mercantile et le commerce dégradant. Le rapport du Comité sur le Préambule de la Constitution<sup>32</sup> vient corroborer cette position : « Jusqu'à présent, l'idée d'utiliser un être humain pour sa capacité «gestatrice» n'avait concerné que les animaux d'élevage, en aucun cas des êtres humains ; cette nouveauté doit être regardée en ce qu'elle est : une nouvelle forme de barbarie ». « Il semble que l'on prenne conscience, à partir des pratiques existantes du caractère inhumain des naissances ainsi produites à partir de matériaux et de personnes instrumentalisées, non seulement parce que des enfants nés ainsi recherchent des personnes derrière des manipulations biomédicales, mais aussi parce que la tarification d'une fécondation et d'une gestation fait apparaître l'enfant lui-même comme une marchandise. Il est évident qu'acheter une gestation revient à acheter un bébé. »

Si l'établissement de la filiation paternelle ne pose en général pas de difficulté, la filiation maternelle de ces enfants ne peut être établie. Lorsqu'en dépit de la prohibition légale, des enfants naissent d'une mère porteuse, ils ne peuvent être rattachés à la mère commanditaire puisqu'en droit, la mère est celle qui accouche de l'enfant. Le rattachement à la femme demandeuse constituerait une supposition d'enfant incriminée par l'article 227-13 du Code pénal.

Lorsque l'enfant est né d'une mère porteuse dans un pays où la pratique est légale, l'acte de naissance étranger désigne le couple français comme les parents. Cet acte de naissance ne peut être transcrit sur les registres français d'état civil du fait de la

<sup>31</sup> Selon R. Frydman, il s'agit d'une forme d'esclavage et une exploitation des femmes démunies, Audition, cité dans le Rapport de l'Académie de médecine.

<sup>32</sup> Comité sur le Préambule de la Constitution, Rapport au président de la République, décembre 2008.

prohibition existant dans la loi française, comme l'a affirmé récemment la Cour de cassation par trois décisions (Cass. civ. 6 avril 2011) : « il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». L'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du Code civil reconnaît la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger<sup>33</sup>. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé par les autorités compétentes.

À l'occasion de la révision de la loi bioéthique en 2011 puis des débats autour du mariage pour tous en 2013, des critiques de la position française ont été développées au motif notamment que la pratique existe à l'étranger et favorise le tourisme procréatif. Toutefois, jusqu'à présent, les divers rapports<sup>34</sup> et avis notamment du CCNE sont très majoritairement défavorables à la suppression de l'interdiction légale.

L'importance de l'impact social des techniques de procréation artificielle conduit l'éthique et le droit à s'interroger sur les modalités de procréation d'un enfant, et des conditions à inscrire dans la loi afin qu'elles apparaissent socialement légitimes et répondent aux vœux de la majorité des citoyens. L'avis en préparation du CCNE devra aborder la question des indications sociétales de l'assistance médicale à la procréation.

La réflexion devrait porter également sur le rôle que la société entend donner à la médecine : corriger et prévenir les maladies ou répondre aussi à des demandes de société. Pour aller jusqu'au bout de la question, ne faudrait-il pas s'interroger sur le coût d'une telle mesure : sur l'opportunité de faire prendre tous ces traitements en charge par la solidarité nationale, pour éviter la discrimination par l'argent ?

<sup>33</sup> Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; mais ce n'est pas ce qui est en jeu dans les situations dont nous parlons.

<sup>34</sup> Rapport fait au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, 25 janv. 2006 : Ass. nat. n° 2832, p. 178 ; Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, nov. 2008, précit. ; Académie nationale de médecine, Rapport du 10 mars 2009, publié in *Bull. Acad. nat. méd.* 2009, T. 193, n° 3, p. 583-619 ; Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, Délibération, 18 septembre 2009 ; Rapport du Conseil d'État sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, mai 2009 précit. ; Rapport final des états généraux de la bioéthique d'Alain Graf, 16 juillet 2009, précit. ; Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 4 février 2010 : <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/GPA.pdf> :



---

# REPRODUCTIVE RIGHTS WITHIN RAINBOWS FAMILIES: REPRODUCTION COMES IN ALL COLORS

Vera Lúcia RAPOSO<sup>1</sup>

---

## 1. Reproductive rights as fundamental rights

The consideration of reproduction as a right – a fundamental right in internal orders and a human right in international law – is quite recent.

The first judicial recognitions come from the north-American Supreme Court. In the beginning of the 20<sup>th</sup> century – cases *Meyer v. Nebraska* (1923)<sup>2</sup>, *Buck v. Bell* (1927)<sup>3</sup> and *Skinner v. Oklahoma* (1942)<sup>4</sup> – the Supreme Court affirmed that having biological offspring was a juridical right and not just a simple desire, a pretension or even a morally relevant right.

Tough the most significant decisions in what regards reproduction are related with the opposite pretension – the right to not have children, stated in *Griswold v. Connecticut* (1965)<sup>5</sup>, *Eisenstadt v. Baird* (1972)<sup>6</sup> and *Roe v. Wade* (1973)<sup>7</sup> – the fact is that the line of reasoning stated by the US Supreme Court in those decisions, based on privacy and intimate choices, can also be transposed to the desire to have children, even when its materialization imposes the use of artificial reproductive techniques (ART)<sup>8</sup>.

The discussion around reproductive rights regarding ART entails many doubts about the exact configuration of those rights, namely, the content and the roll of possibilities involved: should them be understood as a right to reproductive self-determination (first generation rights) or as a right to have reproductive treatments paid by public economic resources (second generation rights)?

---

<sup>1</sup> Assistant Professor of the Faculty of Law of Macau University, China, Auxiliary Professor of the Faculty of Law of Coimbra University, Portugal, vera@fd.uc.pt, vraposo@umac.mo

<sup>2</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

<sup>3</sup> *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

<sup>4</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

<sup>5</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>6</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 at 453 (1972).

<sup>7</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>8</sup> Vera Lúcia RAPOSO, “O Direito à Imortalidade...”, pp. 141-144.

The common understating nowadays – which is also our understanding – is that reproductive rights should be essentially configured as freedoms, *i.e.*, negative rights, in the sense that no one can be prohibited to reproduce and, therefore, everyone retains freedom of choice in reproductive matters (though limited by the child’s best interests or by preeminent societal values). This dimension cannot be confused with the right to require medical assistance to the State, understood as a positive right to benefits and allowances, which is the basic feature of the Welfare State. However, this last dimension is not included in the right to reproduce. That same idea is clearly stated by one of the main advocates of reproductive rights, John Robertson: “Liberty, as used in procreative liberty is a negative right. It means that a person does not violate any moral duty in making a procreative choice, and that other persons have a duty not to interfere with that choice. However, the negative right to procreate or not does not imply the duty of others to provide the resources or services necessary to exercise one’s procreative liberty despite plausible moral arguments for governmental assistance”<sup>9</sup>.

In other words, the State can finance reproductive treatments, but it is not obliged to do so. The same conclusion applies even if we configure reproduction in the framework of the right to health care, therefore, qualifying it as a reproductive treatment. Indeed, not every medical intervention is necessarily paid by state funds, since not all are considered priority health treatments. State paid ART cycles, as a feature of the right to health care, are especially difficult to sustain regarding gay people, since the classification of their impossibility to procreate as a disease can be especially problematic.

## 2. The scope of protection of reproductive rights

Two people of the same sex face severe limitations regarding offspring. Perhaps in the near future the transformation of any human cell in a germinal cell and the gestation of a fetus into an artificial uterus will become routinely treatments. Until that becomes possible and legally acceptable gay couples still have to apply to gamete donation and, in case of two males, to surrogacy.

Using more traditional methods or more complex ones, the fact is that ART makes it possible for same sex couples to have children genetically linked to, at least, one of them<sup>10</sup>. Nonetheless, many of the existing laws still forbid access to ART by gay couples.

<sup>9</sup> John ROBERTSON, *Children of Choice...*, p. 22.

<sup>10</sup> It is expectable that in the near future offspring will be biologically connected to both of them on account of developments on genetics techniques. About the benefits of ART and genetics to the reproductive capacity of gay people, Lauren MAXEY, *Two Dads...*, pp. 1422-1429.

This legal option is juridically problematic. The reason is that any legal restriction of fundamental rights is submitted to constitutional limits and requirements (what the German doctrine calls *Shranken-Schranke*). The violation of the rules regarding the limitation of fundamental rights will turn the legal norm restricting fundamental rights unconstitutional, therefore, void of any effect. So, the next step consists in evaluating if the norms prohibiting homosexuals of accessing to ART restrict fundamental rights and, if the answer is affirmative, if they comply with every requisite imposed by constitutional texts.

A position that can be sustained in this regard is that when legal norms regulating ART exclude gay people they are simply stating an evidence: homosexuals cannot reproduce. Therefore, reproductive rights can only be held by heterosexual persons (note that in most of the laws single people are also excluded, disregarding their sexual orientation, since only couples are allowed). According with this perspective, reproduction by homosexuals is not included in the scope of protection of reproductive rights, either because this faculty does not belong *ab initio* to the *Tatbestand* of the right, by virtue of the so called “immanent limit” (internal limits to fundamental rights); or because it is excluded due to a subsequent evaluation (external limits to fundamental rights).

Immanent limits<sup>11</sup> are a figure of constitutional law based in the idea that any right has limits that are co-natural to it. Those are limits derived from the rights of others (*Nichtstörungsschranken*) or intrinsic to the social order (in other words, imposed by minimum requirements of life in society, the so called *Gemeinschaftsklausel*).

Another possibility is to consider that homosexuals, though *a priori* holder of reproductive rights, are deprived of those rights by means of a subsequent evaluation. This other position departs from the existence of a wide range of protection of fundamental rights (*weite Tatbestand*), however, on the assumption that the juridical positions therein included merely beneficiate from a *prima facie* protection. Their materialization as effectively protected positions – the ones which effectively consubstantiate the fundamental right – only occurs after a process of balancing and optimization of juridical values, whereby a *prima facie* right turns into a definitive right<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> On the figure of immanent limits José Carlos Vieira de ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais...” (2007), p. 292 ss.; J. J. Gomes CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1279, 1280; José Casalta NABAIS, “Os Direitos Fundamentais...”, p. 23 ss.; Ignacio de OTTO Y PARDO, “La Regulación del Ejercicio...”, p. 151; Jorge Reis NOVAIS, “As Restrições...”, in particular p. 437/547.

<sup>12</sup> Advocating this theory about the juridical scope of protection of fundamental rights, J. J. Gomes CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1282, 1283; “Dogmática...”, p. 202/214 (criticizing the internal theory); J. J. Gomes CANOTILHO and Vital MOREIRA, “Constituição...”, p. 389, 390, following the doctrine of Robert ALEXYS, “Teoria de los Derechos Fundamentales”, p. 267 ss. Critically, Jorge Reis NOVAIS, “As Restrições...”, p. 410 ss., 440, 547-567.

If any of the described doctrines were correct the legal prohibition regarding ART and homosexuality would escape to the mentioned constitutional limits set to legal restrictions of fundamental rights. The reason is that the norm forbidding gay people to use ART would not contain any relevant limitation, by the simple fact that there was no fundamental right to restrict.

However, the prohibition of gay people accessing ART is indeed under the scrutiny of constitutional limits. Reproduction by single individuals or by homosexuals is part of the scope of protection of reproductive rights, even when it operates through ART. The inclusion of the described situation in the *Tatbestand* of the right to reproduce<sup>13</sup> cannot be removed by internal or external limits to fundamental rights. Therefore, they cannot escape to the limits imposed to legislative restrictions of fundamental rights.

The reason is that reproduction by homosexuals does not encompass an effective constitutional collision with other fundamental rights or with juridical protected values, except with a certain idea of social morality, but which does not represent a value with constitutional dignity.

Any legal limitation of fundamental rights has to respect all constitutional requisites imposed in order to guarantee the legitimacy of such limitations. The prohibition in presence clearly fails the constitutional test. First of all, differentiates between persons without a proper juridical justification, which turns unlawful the differed treatment provided by law, in other words, discriminatory. Secondly, the restriction is not appropriate, nor proportionate, nor necessary, thus violating the principle of proportionality in its border understanding, one of the main criteria to evaluate legal limitations to fundamental rights.

### 3. Access to ART and reproductive rights

#### 3-1. Limits regarding access to ART

The exercise of reproductive rights by means of sexual intercourse suffers very limited restrictions, if any at all, by the simple fact that any public intromission would risk to be considered an unlawful intrusion in the core of individual and family privacy<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> The constitutional base of the right to reproduce is also controversial. However, we are not going to deal with this issue in the present study. For further developments see Vera Lucia RAMPOSO, *Direitos Reprodutivos*, p. 111/131, “In the Borderline...”, pp. 135/154 and “O Direito à Imortalidade...”, pp. 41-192.

<sup>14</sup> Cf. John HARRIS, “Rights...”, p. 7; Kylie STEPHEN, “Infertility Treatment...”, p. 42-44.

However, in the particular case of reproduction by means of ART the legislator feels entitled to intervene. Therefore, the law determines some additional requisites that must be fulfilled.

The idea underlying such requirements is that it is necessary to evaluate the capacity of potential ART users to be good parents. Nonetheless, this is a very curious demand, because while the fertile population can freely have all the children they want, those who cannot procreate by using exclusively their biologic resources are subject to strict scrutiny. Therefore, it raises serious concerns about the violation of the equality principle between users and nonusers of ART<sup>15</sup>.

In order to escape from these critics, the advocates of the prohibitive solution usually invoke values as the best interest of the child or relevant values embraced by society. However, those are mere shadows to hide the discriminatory treatment.

### **3-2. The best interest of the child**

Most of the allegations against the opening of ART to gay people are founded on the supposed best interest of the child and his/her right to be born and grow up in a healthy community life, which, curiously enough, systematically matches the heterosexual couple.

The great fear regarding this type of candidates is the danger of wrongly guiding their offspring to homosexuality, on the one hand; the fact that those children will suffer all kinds of humiliations in school and in society in general<sup>16</sup>, on the other hand; and, lastly, the fear of abuses by those particular parents<sup>17</sup>.

Regarding the first argument one may wonder how children raised in regular heterosexual couples turned up homosexuals, as indeed happened with most of the homosexuals that are adults nowadays and grew up in very “normal” (whatever that may be) families.

In what concerns the critique of ostracism, its acceptance would lead to also ban reproduction by ethnic minorities or disabled people, since it is a well-known fact that their children are, likewise, marginalized in schools and in society. The preposterous character of such solution is evident in both scenarios.

Finally, in relation to the last argument, certainly that cruelties inflicted on children are more likely to occur when their birth was accidental than in families where children are desired and longed, as in the present situation. Within het-

<sup>15</sup> Refusing a violation of the equality principle, João Carlos LOUREIRO, *Filhos de um Gâmeta...*, p. 35, 36. Criticizing that position, and identifying this solution as a discriminatory treatment, Vera Lúcia RAPOSO, “Direitos Reprodutivos”, p. 120, 121.

<sup>16</sup> Presenting this argument, Ramón HERRERA CAMPOS, “La Inseminación Artificial...”, p. 60.

<sup>17</sup> Those fears, and the critics to such statements, in Vera Lucia RAPOSO, “Direitos Reprodutivos: Homossexualidade...”, pp. 76/82.

erosexual couples not all babies are wished and sometimes the fact that the pregnancy was undesired reflects in the way parents treat their children.

But the worst argument (actually, closely linked to the previous one) is that these children will be sexually abused, in a vain attempt to assimilate homosexuality to pedophilia.

### **3-3. Relevant societal values**

One of the considerations taken into account to justify this prohibition is the preservation of a certain form of society, based on a particular model of family, supposedly threatened by the proliferation of new family models.

However, today's society is far from founded on a unique model of family. Furthermore, the perfect trinity of the traditional family is not at risk of extinction with the new family models, since the so-called "regular family" will always exist, side by side with new kinds of families. In the end we have to conclude that the traditional model of family was not so perfect after all; otherwise the community would not felt the need to seek an alternative to it.

What should be noted is that limitations imposed on fundamental rights cannot be arbitrary, or based on paternalistic pretensions of the community, much less in particular sensibilities of some of its members. No doubt that it is up to society to shape the concepts of "good" and "bad", but that must be done in a comprehensive and consensual way. Likewise, it is unquestionable that the rights of others limit every single right, but we must be talking of effective rights and not merely of more refined sensibilities.

While it is not demonstrate that gay families indeed jeopardize the well being of the child, the only justification that remains is the consideration of these conducts as deviant, and even sinful, in light of traditional morality (which is no longer the dominant one) and personal evaluations. However, both of these pseudo-arguments are clearly insufficient to establish any restriction to fundamental rights.

### **3-4. The real justification in presence**

The biggest problem does not lie in the control in itself, but in the criteria followed in that control, still largely influenced by prejudices regarding individual behaviors, especially sexual orientation. If we analyze the range of individuals usually excluded by national laws regulating ART, we clearly conclude that they match those that deviate from the traditional pattern of social conduct, whether due to marital status or because of their sexual orientation. Indeed, we are mainly talking about gay people, either single, or in a couple.

Therefore, we must apply to the criterion of the undue burden, which has been especially used by north-American courts in decisions about abortion to support

the illegitimacy of laws prohibiting the interruption of pregnancy in certain circumstances, in such a way that they inflict an unfair burden on women. This kind of reasoning can perfectly be transposed to some of the solutions stated in ART legislation, since these laws also are cause of an undue burden by prohibiting reproduction without a reasonable justification, in other words, not based in recognized juridical values, but merely in moral individual considerations.

#### **4. Access to ART by gay people in some legal orders**

The majority of national laws in Europe continues to restrict access to ART to people married with someone from the opposite sex and, eventually, to persons living in a *de facto* relationship, but still as an heterosexual relation.

Such prohibitions, far from banning the use of ART by same-sex couples, had led to an increased movement of gay patients – the so called reproductive tourism<sup>18</sup> – looking for more complacent laws, mostly found in the north of Europe and in the USA.

However, curiously enough, liberal laws can be also found in unexpected geographical locations. Though the south of Europe is traditionally more conservative on this matter, the fact is that we have the singular example of Spain which, despite being a very catholic country, has a quite liberal law on ART, allowing same sex couples (but only females) to use reproductive techniques.

##### **4-1. The Portuguese legal solution**

The Portuguese Law n. 32/2006, from 26<sup>th</sup> June, opened the door to new family formations outside the classic family model, by allowing unmarried heterosexuals couples to access ART.

The redaction of the norm is quite clear: “Only married people, who are not legally separated, in their persons or in their property, or that, being of the opposite sex, live in conditions similar to that of marriage for at least two years, may use ART techniques”.

Because of this norm, *de facto* relationships between two persons of the same sex are forbidden to use ART. This configures a serious discrimination in comparison with the treatment provided to heterosexual couples.

Note that the lawmaker only felt the need to include the “opposite sex” specification regarding *de facto* relationships, since Portuguese law does admit this kind of civil partnership for couples of opposite sexes and, likewise, for couple of the same sex. In contrast, this clarification was not considered necessary in what concerns

---

<sup>18</sup> Cf. Elena FALLETTI, “LGBTI Discrimination...”, pp. 32-39.

married people, since when this law was issued the only matrimonial contract allowed in the Portuguese legal order included necessary two parts of opposite sexes.

However, the advent of the law recognizing same-sex marriage<sup>19</sup> (Law n. 9/2010 of 31<sup>st</sup> May) raised many doubts about the correct interpretation of the referred legal norm. This law brought up the question of whether two people of the same sex married to each other would be “married persons” for the purposes of article 6 of Law n. 32/2006.

Surely Law n. 9/2010 could recognize same sex marriage without conferring to it the entire range of effects of opposite sex marriage. Namely, the law could have forbidden these couples to access reproductive techniques. Such a solution could be a target for much criticism and charged with discrimination but, still, while in force, would provide a clear answer to this dilemma. Actually, the legislator adopted this differentiating (*rectius*: discriminatory) position in what concerns adoption, by stating, in article 3 of this law, that “[t]he amendments made by this Act do not involve the legal admissibility of the adoption in any of its forms, for married persons with spouse of the same sex”, even specifying that none of its legal dispositions could be understood otherwise. However – and here is the curious note – the law is silent about any other exception to the legal regime of marriage, namely, it does not contain any exclusion regarding the use of reproductive techniques.

Just a few days after the publication of the law, the national authority in control of reproductive issues – the National Council of Medically Assisted Procreation (CNPMA) – ruled as follows: “notwithstanding the provisions of Law n. 9/2010, of 31<sup>st</sup> May, access to ART techniques is currently still legally forbidden to same-sex people married with each other, a ban that will remain if not changed by the way constitutionally provided for a legislative amendment”.

The strongest base for this statement of the Council was a legal norm from Law n. 32/2006 imposing the principle of subsidiarity in reproductive techniques. Article 4/1 of the referred law states as such: “ART techniques are a subsidiary method of procreation, not an alternative one”.

The other argument of the Council is less convincing and it applies to the conception of “disease”. Based on the qualification of infertility as a disease, the CNPMA added that “in addition to the legal content that this expression may have, it involves a technical-scientific nature – which cannot be exceeded by the legislator, since it is universally defined, namely by the World Health Organization”.

This statement of the Council had raised many doubts and critics.

<sup>19</sup> On same sex marriages, Jaime M. GHER, “Polygamy...”, p. 556 ss. ; Elizabeth SEPPER, “Doctoring Discrimination...”, p. 703/763.



First of all, the Council is an administrative entity and administrative bodies lack the competence to limit fundamental rights. However, the CNPMA is indeed limiting fundamental rights by preventing same sex marriages to use ART.

Secondly, the very form adopted by the Council to express its position – the CNPMA called it an “interpretative declaration” – is quite doubtful. Such figure is not juridically recognized in Portuguese legal order, much less an admitted legal form to restrict fundamental rights. It should be noted that article 18 of the Portuguese Constitution only allows restrictions on those rights if performed by parliamentary law or by a governmental decree, but this last one only if the government has been properly authorized by the parliament to do so. None other administrative authority has legitimacy to restrict fundamental rights. Therefore, the CNPMA was not entitled for this statement, which should be considered void of any legal effect.

Furthermore, it is curious that the Council justified its position on the definition of infertility provided by World Health Organization. The mentioned definition only refers the inability of a couple to procreate, without mentioning if this couple consists in a man and a woman, nor demanding that the impediment to procreate is caused by a particular reason.

But above all, it should be noted that this solution cannot be sustained in the face of the current legal framework, in that article 6 of Law n. 32/2006 refers to married people, not married people of distinct sex, without any further restriction coming from Law n. 9/2010.

An objection which can be made to our thesis is that this article 6 cannot be read in isolation from the involving content of the law. Thus, we cannot look down on the subsidiarity principle of article 4/1, already quoted, or on the development of this rule stated in number 2 of that norm: “The use of ART techniques can only occur by means of an infertility diagnosis or, when appropriate, for the treatment of a serious illness or risk of transmission of genetic diseases, infectious diseases or others”.

Actually, in some cases gay people may face the risk of transmitting a genetic disease and in that event the opponents of our solution lack a proper answer. Or it may happen that within the same sex couple one party is infertile, which raises a question for which, once again, none of the advocates of the restrictive reading of the norm has an answer.

However, we admit that those would be exceptional scenarios. In most of the cases the risk of transmitting a defective gene does not exist, nor can we say that the elements of the couple are infertile in the traditional sense of the concept. What we may question is if there is any form of infertility applying to same sex couples. The answer is that the broad understanding of infertility – dominant nowadays – covers any impossibility to procreate, whereas it is because a woman cannot have children with a man, or because a man cannot have children with another man or a woman with another woman.

In fact, side by side with classic biological infertility has emerged a so-called “social infertility”, but which is actually also biological, since there are indeed biological reasons preventing people of the same sex of having a child with each other.

It may be argued that infertility related with same-sex couples is not an eligible cause to use ART because it is required that the impossibility to procreate operates in regard to everyone. So, since each one of the partners could have children with persons from the opposite sex, some scholars say that they could simply procreate with someone else, as long as of the opposite sex<sup>20</sup>.

But the question is that there is no rule imposing the absolute character of the inability to procreate. In fact, many people allowed to use ART are only incapable of procreating with a specific person, not with all the human specie, as it happens in the so-called relational infertility. This designation refers the cases of heterosexual couples where the vaginal mucus of the woman destroys the sperm of her male partner (that is why it is called “killer mucus”). So, she cannot reproduce with that particular man, but she could indeed reproduce with all other men; the same happens in the male perspective, since he cannot have children with that woman but this would be a possibility with all other women. If the requisite of an absolute impossibility to procreate indeed ruled, those couples would not be allowed to use ART, since they could just simply split and have children with another person. Nonetheless, those cases are commonly allowed worldwide, no one requiring them to have children with someone else. This means that the “biological barrier” in which infertility is founded does not have to be absolute (inability to procreate with everyone else), but may be relative (inability to procreate with a certain person), as in the case of homosexuality.

The ones that oppose to this solution reply that the law is always more than the raw form of its text, thus refusing strictly textual interpretations, which ignore the legal environment around. The remaining content of the law, it is said, demonstrates that ART treatments are exclusively aimed to people that cannot procreate with human beings of the opposite sex. So, the fact that the text of the law does not demand the existence of two sexes within marriage becomes irrelevant, because the reasoning underlying this law is exclusively focused in heterosexual relationships. However, it is precisely those who refuse the clinging on words that ultimately get too attached to the literal concept of the word “infertility”, disregarding the new understandings of this term around the world, especially the acceptance of social infertility, even in Portugal.

This position of ours has been attacked for leading to an incongruous and discriminatory result, since it opens access to ART to married people of the same sex but outlaws it when they are living in a *de facto* relationship<sup>21</sup>. This is certainly true.

<sup>20</sup> Cf. João Carlos LOUREIRO, “Há Mais Vida...”, p. 273 ss.

<sup>21</sup> Also pointing this note João Carlos LOUREIRO, “Há Mais Vida...”, p. 286.

But that is not a floss of our solution, rather the result of legislative malpractice. As already stated, we strongly criticize any restriction on the access to ART motivated by sexual orientation. The difference is that in relation to married people of the same sex this prohibition is deprived of any justification in the legal text.

#### **4-2. The Spanish legal solution**

By contrast, Spanish law (Law n. 14/2006, from 26<sup>th</sup> May) contains a very wise solution, by allowing the use of ART by “any woman” (we are quoting the legal expression used in article 6), without imposing restrictions on account of civil status or even sexual orientation.

In fact, it is not necessary to expressly declare that gay people can use ART, even because there is no need to such specification. By merely allowing every person to use these techniques, the lawmaker reaches the same effect, without referring sexual orientation, which, indeed, is irrelevant for this purpose, since one of the main aims of ART is permitting reproduction without being dependent on sexual intercourse between a man and a woman.

Another curious feature of Spanish law is the following: nothing in his text leads us to conclude that it is required, as a requisite, the infertility or the risk of transmission of an inherited disease, as it happens in most of the remaining legal regimes. The previous version of this law stated in its article 1/2 that “assisted reproduction techniques have as fundamental purpose the medical intervention over human sterility, in order to facilitate procreation when other treatments are excluded by inadequate or ineffective”. Even under this redaction professor Romeo Casabona<sup>22</sup> argued that, since the wording referred a “fundamental purpose”, we could conclude that the norm did not preclude other aims. Therefore, gay people could access ART by the simple fact that they were prevented from coital reproduction with their partners because of their sexual orientation. In the present legal text that statement disappeared from the law, thus, it quite clear that the law does not require the biological impossibility to procreate by sexual intercourse.

This legal and academic doctrine is congruent with the position that has been stated by the Spanish Constitutional court, according to which the juridical protection provided to family goes far beyond its traditional sense, in order to embrace some new understandings<sup>23</sup>.

That is, indeed, the only acceptable solution having in mind the basic features of any legal order which respects human rights, namely the equality principle, to right to constitute family, the right to self-determination and the right to the development of personality.

<sup>22</sup> Carlos Maria ROMEO CASABONA, “La Situation juridique espagnole”, p. 100.

<sup>23</sup> Decision from the Spanish Constitutional Court, n. 376/1989, from 17<sup>th</sup> June 1999, regarding the previous Spanish law on assisted reproduction.

## 5. Same sex families

The heterosexual family model is not the only legitimate model in a dynamic and multifaceted society, as the one existing today. Many Constitutional texts corroborate this idea, by accepting different family structures, as it happens with the Portuguese Constitution<sup>24</sup>. The same is truth for almost every constitutional text around Europe<sup>25</sup>.

Nevertheless, still many national and international bodies state that a homosexual couple, even with children, cannot be equated to an heterosexual family, disregarding one of the basic juridical principles, the principle of equality, today explicitly applied to sexual orientation.

The attachment to this traditional understanding can be very clearly deduced from the case law of the Council of Europe, despite the fact that the juridical base of this international organization is the European Convention on Human Rights (ECHR), a document which strongly forbids any kind of discrimination, including the one grounded on sexual orientation. Nonetheless, the decisions from the juridical bodies of the Council of Europe – first the European Commission on Human Rights (EComHR), afterwards the European Court of Human Rights (ECtHR) – consistently differentiated in a negative way the homosexual family from the heterosexual family, considered the only real family<sup>26</sup>.

For instance, in the case *Kerkhoven and Hinke v. The Netherlands*<sup>27</sup> the EComHR considered that a lesbian couple with a child born of a process of artificial insemination with semen from a donor could not be treated as a family, as the concept is foreseen in article 8 of the ECHR, for the allocation of parental responsibilities to the woman who had not participated in biological reproduction.

Indeed, looking back on the recognition of gay rights around the world, the fact is that the first recognition of homosexuality by many instances occurred by virtue of privacy rights and not exactly because of its authentication as a family. This conclusion also applies to the Council of Europe case law, where juridical protection to gay people started precisely by using privacy – we are talking about

<sup>24</sup> About the features of the Portuguese Constitution in this regard, Vera Lúcia RAPOSO, “Crónica de um Casamento...”, pp. 157/190 and *O Direito à Imortalidade...*, pp. 306 ss.

<sup>25</sup> Regarding the Spanish constitution, also stating that it does not forbids same sex marriage, Julio GAVIDIA SANCHEZ, “Uniones Homosexuales...”, pp. 12 ss. Conversely, concluding for the opposite solution in what concerns the German *Grundgesetz*, Michael SACHS, *Verfassungsrecht...*, pp. 365-368.

<sup>26</sup> A comment to these decision in Vera Lucia RAPOSO, “Direitos Reprodutivos: Homossexualidade...”, pp. 77-80.

<sup>27</sup> *Kerkhoven and Hinke v. The Netherlands*, n. 15666/89, 19<sup>th</sup> May 1972, ComEDH. Cfr. Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita...*, p. 117; Edson Luiz FACHIN, “Legal Aspects...”, pp. 113 ss.

the *Dudgeon* case<sup>28</sup> – and considering sexual orientation as a matter of private life, where the State should not intrude.

Non-discrimination only recently was called to analyze these cases. The first time that the judicial organ from the European Council considered the issue was in 1999, when the ECtHR concluded that the prejudicial treatment given to homosexuals configured unlawful discrimination on the basis of sexual orientation. Until that moment discrimination was not really called to ground a decision involving sexual orientation. The case in question was about the denial of parental responsibilities to a man by virtue of his relationship with another man, as declared by the court of his national state (actually, a Portuguese court). The ECtHR held that, since such discrimination was forbidden by article 14 ECHR, it should be required a reason compelling enough in order to ground the refusal of parental rights, as for instance the invocation of the best interest of the child. But even in presence of a strong justifying reason the court should evaluate if the restriction of the claimant's rights was proportionate to the desired aim or if the same could be achieved by means of a less stringent measure. In the particular case the ECtHR concluded that the legitimacy of the scope – the protection of the child – could not conceal the imbalance of the judicial judgment, since the refusal to grant parental responsibilities was based solely on the father's sexual orientation<sup>29</sup>.

In a very similar case of 2002 the ECtHR analyzed a decision from the French authorities refusing to authorize the adoption of a child by an homosexual. However, this time the ECtHR held that the purpose was legitimate and the prohibition was still proportional to the main aim. Thus, concluded for the non-infringement of articles 8 (right to respect for private and family life) and 14 (prohibition of discrimination) ECHR<sup>30</sup>.

But some years later, in 2008, the ECtHR came back to the previous track, by finding that the French State violated article 14 of ECHR when prevented a lesbian woman to adopt a child<sup>31</sup>.

More recently the ECtHR denied the violation of article 14 (nondiscrimination), together with article 8 (privacy of family life), regarding the denial of an adoption request presented by a woman in relation to the biologic child of her female partner, conceived by means of sperm donation of an anonymous donor<sup>32</sup>. French law only allows this modality of adoption whenever the adoptive parent is mar-

<sup>28</sup> *Dudgeon v. The United Kingdom*, n. 7525/76, 22<sup>th</sup> October 1981, ECtHR.

<sup>29</sup> *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, n. 33290/96, 2<sup>st</sup> December 1999, ECtHR.

<sup>30</sup> *Fretté v. France*, n. 36515/97, 26<sup>th</sup> February 2002, ECtHR. A critic comment to this decision in Cristina CAMPIGLIO, *Procreazione Assistita...*, p. 120.

<sup>31</sup> *E.B. v. France* [GC], n. 43546/02, 22<sup>th</sup> January 2008, TEDH.

<sup>32</sup> *Gas and Dubois v. France*, n. 25951/07, 15<sup>th</sup> March 2012, TEDH.

ried with the biological parent, which was not happening in this case. Actually, the marriage would be impossible in light of the existing French law, which by that time forbid same sex marriage (only allowed in 2013).

Similar to this one is an Austrian case of 2013, regarding the refusal of a woman adopting the biologic child of her female partner, here born out of marriage and with fatherhood recognized by the biological father. This kind of adoption was forbidden by the Austrian Civil Code, nonetheless, the applicants applied to the Austrian Constitutional Court in order to have that prohibition declared unconstitutional, but the pretension failed. So, the plaintiffs presented their pretension to the ECtHR. The ECtHR held that there has no violation of article 14, in conjunction with article 8, in the sense that the applicants' situation could not be compared with that of a married heterosexual couple in which one spouse wishes to adopt the other spouse's child. However, the ECtHR did consider verified a violation of article 14, taken in conjunction with article 8, if the applicants' situation was to be compared with that of an unmarried couple of opposite sexes in which one partner wishes to adopt the other partner's child<sup>33</sup>. Thus, condemned the Austrian government for violating the ECHR.

## 6. Final remarks

None of what was said intends to praise homosexual parenting, but simply underline that the arguments until now presented against it are weak and of doubtful juridical content. Gay people can be as good or as bad parents as any other person and sexual orientation should not be a criterion to refuse parenting.

To finalize our comment it should be underlined that the majority of constitutional texts in western societies do not impose, in any manner, that the sole family is the heterosexual one, not even that the sole marriage is the one between two people of opposite sex.

So, if family comes in all sizes, formats, colors and genders, the lawmaker lacks legitimacy to forbid access to ART. By doing so he acts solely grounded on his own personal convictions about what is right and wrong regarding sexual conduct.

“In itself, homosexuality is as limiting as heterosexuality: the ideal should be to be capable of loving a woman or a man; either, a human being, without feeling fear, restraint, or obligation”.

Simone de Beauvoir

---

<sup>33</sup> *X and Others v. Austria*, n. 19010/07, 19<sup>th</sup> February 2013.

## References:

ALEXY, Robert – *Teoría de los Derechos Fundamentales* (translation by Ernesto Garcón Valdez), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

ANDRADE, José Carlos Vieira – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.<sup>a</sup> edição (2.<sup>a</sup> reimpressão da edição de 2004), Almedina, Coimbra, 2007

CAMPIGLIO, Cristina – *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes – “Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado”, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais* (J. J. Gomes CANOTILHO) Coimbra Editora, Coimbra, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.<sup>o</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

FALLETTI, Elena – “LGBTI Discrimination and Parent-Child Relationships: Cross-Border Mobility of Rainbow Families in The European Union”, *Association of Family and Conciliation Courts Family Court Review*, 52, 2014

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio – “Uniones Homosexuales y Concepto Constitucional de Matrimonio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n<sup>o</sup> 61, Enero-Abril, 2001

GHER, Jaime M. – “Polygamy and Same-Sex Marriage - Allies or Adversaries Within the Same-Sex Marriage Movement”, *William and Mary Journal of Women and Law*, 14(3), 2008, <http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol14/iss3/4> (19/10/2010)

HARRIS, John – “Rights and Reproductive Choice”, in *The Future of Human Reproduction*, (John Harris and Soren Holm, eds.) Clarendon Press, Oxford, 1998

HERRERA CAMPOS, Ramón – *La Inseminación Artificial: Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española*, Universidad de Granada, Granada, 1991

LOUREIRO, João Carlos – “Filhos de um Gâmeta Menor? Procriação Medicamentemente Assitida Heteróloga”, *Lex Medicinæ*, ano 3, n<sup>o</sup> 6, 2006

LOUREIRO, João Carlos – “Há Mais Vida Para Além da Letra. A Questão das Chamadas Homoparentalidades e a Re(Leitura) da Lei da Procriação Medicamentemente Assitida”, *Revista Portuguesa de Bioética*, n.<sup>o</sup> 11, Julho de 2010

MAXEY Lauren – “Two Dads Are Better Than One: The Supreme Court Of Virginia’s Decision In L.F. V. Breit And Why Virginia’s Assisted Conception Statute Should Allow Gay Couples To Legally Parent A Child Together”, *University of Richmond Law Review*, 48, 2014

NABAIS, José Casalta – “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 400, 1990

NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

OTTO Y PARDO, Ignacio de – “La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución”, *Derechos Fundamentales y Constitución* (L. MARTÍN-RETORTILLO, I. de OTTO Y PARDO), Civitas, Madrid, 1988

RAPOSO, Vera Lúcia – “Direitos Reprodutivos”, *Lex Medicinæ*, ano 2, nº 3, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia – “Crónica de um Casamento Anunciado”, *Revista do Ministério Público*, 2010

RAPOSO, Vera Lúcia – “Direitos Reprodutivos: Homossexualidade, Celibato e Parentalidade”, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião* (Guilherme de Oliveira, Jónatas Machado, Rosa Andreia eds.), Coimbra Editora, Coimbra, 2010

RAPOSO, Vera Lúcia – “In the Borderline of Human Reproduction”, in *Droit de la santé publique dans un contexte transnational* (Anne-Marie Duguet coord.) Les Études Hospitalières Édition, Bordeaux, 2010

RAPOSO, Vera Lúcia – *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Almedina, Coimbra

ROBERTSON, John – *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1994

ROMEO CASABONA, Carlos Maria – “La Situation juridique espagnole”, *Des Enfants comme les autres* (dir. Claudine Bourg), John Libbey Eurotext, Éditions Luc Pire, Paris, 1996

SACHS, Michael – *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, Springer, Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 2000

SEPPER, Elizabeth – “Doctoring Discrimination in the Same-Sex Marriage Debates”, *Indiana Law Journal*, 89, 2014

STEPHEN, Kylie – “Infertility Treatment and the HIV Positive Woman: Old Moral Prejudices Disguised as New Ethical Dilemmas”, in *Well Women- The Gendered Nature of Health Care Provisions* (Anne MORRIS, Susan Nott eds.), Ashgate, England, 2002



---

# ANALYSE DE L'ÉVOLUTION DES JURISPRUDENCES FRANÇAISES CONCERNANT LES COUPLES HOMOSEXUELS ET LEURS ENFANTS AVANT ET APRÈS LA LOI DU 17 MAI 2013 DE RÉFORME DU MARIAGE

Pierrette AUFIERE<sup>1</sup>

---

## I. La jurisprudence avant la loi

### *Jurisprudence concernant les mères*

#### **A. Le principe de la filiation maternelle en France**

L'article 311-25 du Code civil édicte : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. »

Trois hypothèses envisageables pour une femme homosexuelle afin de devenir mère biologique :

- soit après avoir eu une relation avec un homme, lequel ne créera pas de lien de filiation avec son enfant ;
- soit après avoir une relation avec un homme (d'un autre couple homosexuel) lequel créera un lien de filiation avec l'enfant ;
- soit en bénéficiant d'une procréation médicalement assistée avec donneur (PMA).

Dans ce dernier cas, les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 organisent l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation.

Article L. 2141 du Code de la santé publique, « l'assistance médicale s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryon et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ».

La PMA répond à la « demande parentale d'un couple » art. L. 2141-2 Code de la santé publique et « a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité ».

---

<sup>1</sup> Avocat honoraire, Toulouse France.

Le législateur a nettement affirmé que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » refusant ainsi le bénéfice de ces techniques aux femmes célibataires.

Toutefois, ces dernières peuvent se rendre dans des pays européens limitrophes où cette restriction n'existe plus, et accoucher en France de leur enfant dont la filiation sera alors établie à leur égard.

## **B. Les possibilités de création d'un lien juridique avec la compagne de la mère**

### *a) L'adoption simple*

Le lien de filiation pour la mère découlera donc de la simple mention de son nom dans l'acte de naissance.

Toutefois, pour établir un lien de filiation avec la compagne de la mère cela ne pouvait résulter que d'une éventuelle mise en place d'une adoption simple.

Cette disposition a été cependant refusée à des couples de femmes homosexuelles pendant la minorité des enfants, compte tenu des problèmes inhérents à l'autorité parentale.

Pour que l'autorité parentale soit de plein droit établie au profit d'un parent, il faut que le lien de filiation soit constitué avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an.

Compte tenu de ce que l'adoption simple effectue un transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptant, en application de l'article 365 du Code civil : « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale... » ; les magistrats ont refusé en conséquence les adoptions simples présentées par la compagne de la mère homosexuelle (Cassation 1<sup>re</sup> civ. 19 décembre 2007).

Un tel refus concernant les adoptions simples a même été considéré par la Cour européenne des droits de l'Homme comme non discriminatoire (CEDH 15 mars 2012).

Certains couples ont tenté de contourner la difficulté en faisant coïncider un accord de la mère biologique et juridique pour l'adoption simple, et concomitamment la présentation par la compagne de la mère d'une demande de transfert de l'autorité parentale de l'adoptante, c'est-à-dire elle-même, entre les mains de la mère. Ceci a été également refusé de manière absolue et considéré comme à « l'égard d'une adoption antinomique et contradictoire » (Cassation 1<sup>re</sup> civ. 20 février 2007).

Par contre, une fois les enfants devenus majeurs, l'adoption simple est tout à fait possible, l'obstacle de l'autorité parentale étant levé (TGI Toulouse 2011).

## b) La délégation partage de l'autorité parentale

Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 permettent la délégation partage de l'autorité parentale dans les familles homoparentales.

Cette modalité découle de l'article 377 du Code civil: « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance... »

La Cour de cassation a admis ces délégations partage (Cassation 1<sup>re</sup> civ. 24 février 2006) et le tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 18 septembre 2009, a considéré même de surcroît que la délégation de l'autorité parentale était plus que compatible avec l'intérêt de l'enfant, sans prendre en considération la nécessité pour la mère biologique et juridique d'être dans une indisponibilité qui justifierait la place de l'autre compagne, et a indiqué de manière claire que :

*« les circonstances et l'intérêt de l'enfant exigent que » [...] « ce dernier qui n'a pas de filiation paternelle établie puisse bénéficier de la conjonction de deux parents également investis de l'autorité parentale afin que soit poursuivi un rôle éducatif et affectif continu auprès de lui, notamment en cas d'absence ou d'empêchement de la mère biologique ».*

*[...] « en effet, si l'enfant dont la filiation n'a été établie qu'à l'égard de sa mère, qui exerce l'autorité parentale, sa compagne apparaît comme le second parent de fait de l'enfant, s'occupant au quotidien de l'enfant avec la mère, prenant les décisions avec elle, et pourvoyant à tous ses besoins d'ordre extrapatrimonial (éducation, santé, surveillance) ou d'ordre patrimonial (contribution financière à son éducation) ».*

Analyse infirmée par la Cour de cassation : elle a conditionné à nouveau que les circonstances de la délégation de l'autorité parentale l'exigent (indisponibilité de la mère etc.) et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Cassation 1<sup>re</sup> civ. 8 juillet 2010).

Enfin, la délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale sollicitée par les deux parents ensemble, chacun des pères et mères vivants eux-mêmes en couple homosexuel, a été l'objet d'une évolution tout d'abord négative puis positive.

Le tribunal de grande instance de Toulouse (TGI Toulouse 29 juillet 2011) a refusé une telle prétention au motif de l'intérêt de l'enfant, décision confirmée par arrêt de la cour d'appel de Toulouse (CA Toulouse 18 septembre 2012).

Par contre, le tribunal de grande instance de Paris, quelques mois après, a accepté une telle délégation partage (TGI Paris 22 février 2013).

À aucun moment dans l'ensemble de ces jurisprudences, n'a été évoquée la notion de fraude à la loi alors que l'enfant résulte d'une procréation médicalement

assistée interdite en France, mais pratiquée en Europe en application de législation étrangère plus permissive.

Cette information a pourtant été indiquée dans une totale transparence à l'appui des demandes de délégation partage de l'autorité parentale, voire d'adoption simple, lorsque les enfants sont majeurs.

### *Jurisprudence concernant les pères*

#### **A. Le principe de la filiation paternelle en France**

Le lien de filiation résultera de la reconnaissance effectuée par le père.

Cette disposition (article 316 du Code civil) concerne un mode d'établissement de la maternité ou de la paternité lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi (mariage entre parents hétérosexuels).

La reconnaissance est un acte volontaire qui n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

Elle est faite soit dans l'acte de naissance, soit par un acte authentique indépendant, antérieur ou postérieur à la naissance (tels que testament, etc.)

La reconnaissance peut également être effectuée conjointement par les père et mère avant la naissance.

Rien n'empêche donc un père vivant en couple homosexuel de créer un lien de filiation avec un enfant issu d'une union libre avec une mère vivant en couple homosexuel.

Ce sont les projets de coparentalité entre couples homosexuels...

#### **B. Les possibilités de création d'un lien juridique avec le compagnon du père**

##### *a) L'adoption simple*

Elle semble difficile d'application si déjà une adoption plénière a créé le lien de filiation entre le père célibataire et l'enfant, car l'article 346 du Code civil précise : « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ».

##### *b) La délégation partage de l'autorité parentale*

Il s'agit des mêmes cas évoqués ci-dessus pour ce qui est du partage de l'autorité parentale entre la mère et sa compagne...

Ceci a été confirmé par un jugement ayant permis la délégation partage de l'autorité parentale entre le père célibataire ayant adopté de manière plénière l'enfant

et partageant l'autorité parentale avec son compagnon (TGI Grenoble 28 janvier 2008).

### **C. Le lien de filiation résultant de la mise en place d'une gestation pour autrui et reconnaissance correspondante du père**

La GPA est toujours interdite en France à ce jour en application de l'article 16-7 du Code civil : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

En 2010, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait rendu un avis sur la gestation pour autrui. Il affirmait la nécessité de maintenir son interdiction à cause du risque d'instrumentalisation des personnes et de remise en cause du principe de la dignité humaine.

Toutefois, une circulaire du 25 janvier 2013 du ministère de la Justice permet la délivrance de certificat de nationalité française à des enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant eu vraisemblablement recours à une procréation ou gestation pour le compte d'autrui (GPA).

Cette circulaire, d'application immédiate, invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française à ces enfants dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil étranger remplissant les conditions de l'article 47 du Code civil : « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

La circulaire est claire : le seul soupçon de recours à une convention de GPA à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance.

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance reste fondé à refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française.

Cependant, la Cour de cassation (Cassation 1<sup>re</sup> civ., 13 septembre 2013) vient de rendre deux arrêts affirmant sa fermeté face à la convention de gestation pour autrui :

*En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil.*

La seconde décision confirme une décision rendue par la cour d'appel de Rennes, qui a caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui.

La Cour de cassation indique que la cour d'appel de Rennes :

*en a déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne peut être transcrit sur les registres de l'état civil français et, en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'Enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués. Il en va de même de la reconnaissance en paternité qui doit être annulée, comme participant du processus frauduleux, sans que puissent être invoquées les conventions précitées.*

En conséquence de quoi, si l'enfant n'est pas déjà entré sur le territoire français grâce à l'application de la circulaire, il ne pourra donc le faire puisqu'il n'aura plus de filiation paternelle permettant d'établir sa nationalité française.

S'il est déjà entré en France, l'annulation de la reconnaissance aura pour effet de le placer dans le statut d'un mineur sans filiation étranger entré sur le territoire français, et donc soumis aux textes en la matière (Protection de l'enfance application extensive de l'article 375 du Code civil).

Depuis est intervenu un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme qui s'impose à la France :

- *Menesson et autres /France* requête déposée le 12 février 2012, arrêt du 26 juin 2014 :

*Cette requête introduite depuis le 6 octobre 2011 par un couple hétérosexuel compte tenu d'une gestation pour autrui au bénéfice d'une mère totalement infertile, était pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme et s'appuie sur l'article 8 et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.*

*La Cour a rendu sa décision par un arrêt du 26 juin 2014: elle a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 8 pour les époux pour ce qui est du respect de la vie familiale.*

*Mais par contre la Cour a retenu l'argument présenté par les requérants sur la violation de l'article 8 compte tenu « de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance » du lien de filiation des enfants ce qui crée « une situation juridique discriminatoire par rapport d'une part, aux autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte dont le père biologique est connu, et, d'autre part aux*

*enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil ».*

*La Cour a considéré qu'il y avait eu « violation de l'article 8 de la convention s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée ».*

*Les troisième et quatrième requérantes sont les enfants mineures Valentina et Fiorella Mennesson.*

Donc la décision a été rendue sur la base de l'intérêt supérieur des enfants, primant devant tout autre argument, à voir leur acte de naissance transcrit en France sur les registres de l'état civil.

Ceci va entraîner des modifications favorables à ces enfants...

### ***Jurisprudence concernant les pères et mères homosexuels***

Lien de filiation résultant d'un jugement d'adoption plénière intervenue avec un seul parent.

Lorsqu'elle est individuelle, il suffit que l'adoptant ait plus de 28 ans.

Se posait uniquement le problème de savoir si de telles adoptions par une personne seule homosexuelle pouvaient être considérées comme un empêchement de ladite adoption.

Une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 22 janvier 2008 à permis de sanctionner une telle discrimination lorsque le refus d'agrément à l'adoption opposée par le président du conseil général apparaissait sous-tendu par cette notion d'homosexualité.

## **II. La jurisprudence depuis la loi du 17 mai 2013 sur « le mariage pour tous »**

Toutes les dispositions du mariage sont applicables à l'ensemble des époux tels que cette notion résulte de l'article 143 du Code civil en application de la loi du 17 mai 2013 : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

Cependant, le législateur a spécifiquement prévu que seule l'adoption permettrait à ces couples mariés de même sexe d'instaurer un lien de filiation pour le conjoint ou conjointe vis-à-vis de l'enfant d'un des deux membres du couple.

L'article 6-1 du Code civil indique que : « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnues par les lois, à l'exclusion prévue dessus au titre VII livre I<sup>er</sup> du présent code, que les époux parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

Le titre VII du livre I<sup>er</sup> du Code concerne tous les effets inhérents à la filiation.

Les dispositions de l'article 6-1 du Code civil ci-dessus interdisent également la reconnaissance par la compagne (ou la femme) de la mère qui accouche, ou une seconde reconnaissance par le compagnon du père (ou le mari), l'hypothèse d'une seconde reconnaissance était d'ailleurs déjà impossible de par la loi, un enfant ne pouvant avoir une double filiation paternelle établie ainsi.

Dès lors, la filiation de l'enfant à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourra résulter que d'un jugement d'adoption.

Il s'agit plus précisément des termes de l'article 345-1 du Code civil :

*L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :*

- *Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;*
- *Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;*
- *Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;*
- *Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendant au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.*

Cet article prévoyait déjà dans des couples de même sexe la possibilité d'adopter l'enfant du conjoint.

Pour ce faire, certains aménagements ont été prévus avec l'adjonction à l'article 345-1 du Code civil précisant que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : « lorsque l'enfant est l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ».

Précision : pour être adopté par le conjoint, l'enfant doit n'avoir été au préalable adopté que par un seul adoptant et n'avoir une filiation établie qu'à son égard.

La circulaire du 29 mai 2013 explicite cette notion : un enfant adopté en la forme plénière conjointement par un couple ne pourra donc pas faire l'objet, à la suite du divorce des adoptants et du remariage de l'un d'eux, d'une adoption par le nouveau conjoint de l'un des adoptants.

De même, si un enfant adopté par une personne seule est ensuite adopté par le conjoint de cette dernière, il ne pourra plus être adopté par le conjoint ultérieur de l'un des adoptants.

Exception faite de l'article 346 du Code civil : une nouvelle adoption de l'enfant peut être prononcée après décès de l'adoptant ou des deux adoptants, soit encore après le décès de l'adoptant ou des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.



Par contre, il est impossible d'adopter en forme plénière l'enfant précédemment adopté en la forme simple. En effet, un enfant adopté à la forme simple dispose en plus de sa filiation adoptive, sa filiation d'origine ; il n'est donc pas possible qu'il soit adopté en la forme plénière par le conjoint de son parent adoptif.

Quant à l'adoption simple de l'enfant du conjoint, l'article 360 du Code civil permet déjà l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière qu'il était justifié « de motifs graves » : la jurisprudence a pu admettre ainsi l'adoption simple par l'époux de l'enfant adopté en la forme plénière par son conjoint.

Pour éviter des pratiques divergentes et ne plus exiger cette notion de « motifs graves », le législateur a modifié l'article 360 du Code civil en précisant que : « l'enfant précédemment adopté par une seule personne en la forme simple plénière peut l'être une seconde fois par le conjoint de cette dernière en la forme simple ».

En conséquence, que ce soit l'adoption simple ou plénière de l'enfant du conjoint, les adoptions successives par les différents conjoints du parent de l'enfant sont prohibées.

L'enfant précédemment adopté par une seule personne en la forme simple ou plénière ne peut être qu'une seule nouvelle fois.

Les premières décisions essentiellement présentées par des femmes en couple homosexuel mariées sont sans doute intervenues en la matière ; elles évoluent de manière fluctuante et discordante.

Le tribunal de grande instance de Lille (TGI 14 octobre 2013) a considéré qu'il n'y avait pas fraude à la loi et que cette demande était compatible avec l'intérêt de l'enfant. Ainsi que le tribunal de grande instance de Toulouse (TGI 16 décembre 2013) dans une de ses premières décisions.

Les critiques de la doctrine (droit de la famille, janvier 2014) insistent cependant sur cette notion de fraude à la loi, et sur l'inégalité de traitement en la matière entre les couples homosexuels masculins et féminins.

On peut craindre que certains procureurs de la République s'opposent donc à une telle demande tant sur ce motif que sur d'autres, tels que développé par le procureur de la République à Toulouse :

*Attendu que fait partie intégrante de l'intérêt présent et futur de l'adopté de pouvoir un jour avoir accès d'une manière ou d'une autre à ses origines ;*

*Que cette dimension essentielle de la personnalité a été reconnue par le législateur dès 2002 et a été créée à cette fin le Conseil national d'accès aux origines personnelles qui peut être mis en mouvement en cas d'accouchement sous x ;*

*Que le respect de l'histoire de l'enfant ne peut pas faire abstraction pure et simple d'une intervention paternelle dans sa conception ;*

*Que le désir manifeste aujourd'hui et compréhensible de la mère biologique et de son épouse pourrait parfaitement aller contre la volonté future de l'adopté et constitue d'ores et déjà une forme de manque de respect pour l'histoire de l'enfant adopté dont l'intérêt commande qu'elle soit préservée et non transformé en fable ;*

*Qu'il n'y a donc pas lieu à faire droit à la requête d'adoption plénière présentée et emportant rupture irrévocable avec les parents biologiques mais uniquement de prononcer l'adoption simple de A Y par Madame x et donner à l'adopté les prénoms et noms suivants, comme souhaités par sa mère et l'adoptante : Arsène Y x.*

*En outre, en cas de FIV réalisée à l'étranger donnant lieu à une adoption plénière, cette situation reviendrait à créer une application différente de la loi en fonction du sexe du couple adoptant au profit des couples de femmes et au détriment des couples d'hommes ou hétérosexuels qui ne se justifie absolument pas.*

Dans certains tribunaux, pour tenter de faire relativement échec à la seule possibilité existant aujourd'hui d'adoption de l'enfant de la conjointe, entre deux femmes d'un couple homosexuel ayant utilisé une procréation médicalement assistée, la jurisprudence aurait-elle tendance à ce jour à leur opposer la notion de fraude à la loi, largement invoquée en matière de gestation pour autrui ?

C'est le cas de la décision du tribunal de Versailles (TGI Versailles 29 avril 2014) qui a refusé toute adoption de quelque ordre qu'elle soit.

Ce, dans l'esprit de ramener une certaine égalité des sexes entre femme et homme, ces derniers confrontés à l'impossibilité d'avoir une filiation biologique et légalement établie avec une mère dans le cadre d'une gestation pour autrui, pour les enfants issus de ces couples.

Ces éléments constituent des analyses ne respectant même pas les observations du Conseil constitutionnel dans le cadre de cette notion de différenciation retenue dans la décision numéro 2010-92 *Question préalable de constitutionnalité* du 28 janvier 2011, laquelle a pourtant posé que : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

La Cour de cassation a alors été saisie d'une demande d'avis sur l'interrogation de deux tribunaux de grande instance (Avignon et Poitiers) et a rendu les deux avis suivants en date du 22 septembre 2014, numéro 14-70.007 et 14-70.006 où

elle affirme clairement que : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

Ne restait en litige devant la cour d'appel de Toulouse que la critique formalisée en première instance par le procureur de la République, lequel ne souhaitait la mise en place d'une adoption simple et non d'une adoption plénière tel qu'il en avait développée les motifs ci-dessus.

Par plusieurs arrêts en date du 2 février 2015, la cour d'appel de Toulouse a confirmé les décisions du tribunal de grande instance qui avait accepté le principe de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, entre deux femmes mariées homosexuelles.

L'intérêt d'un de ces arrêts d'ailleurs vient du fait que l'enfant avait été conçu sans le bénéfice d'une procréation médicalement assistée à l'extérieur du territoire français, ce qui pouvait laisser supposer potentiellement que le père biologique puisse reconnaître l'enfant.

On peut donc maintenant considérer que le principe de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dans un couple homosexuel est acquis par la jurisprudence, en tout cas lorsqu'il s'agit d'un couple composé de deux femmes.

Reste toujours en suspens le problème des enfants nés par gestation pour autrui et dont le père serait marié : tant que les jurisprudences de la Cour de cassation n'auront pas évolué à ce niveau, on voit mal comment cet enfant pour être l'objet d'une adoption plénière par le conjoint du père, puisqu'à ce jour, la résistance de l'état civil français à la seule transcription de l'acte de naissance de cet enfant reste une difficulté.

Il conviendra de connaître l'évolution des arrêts de la Cour de cassation à venir qui seront confrontés à l'injonction des arrêts déjà rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme...



---

# FREE MOVEMENT IN EU LAW, PARTICULARLY TO RECEIVE REPRODUCTIVE SERVICES

Barry FITZPATRICK<sup>1</sup>

---

## Introduction

This paper considers the “fundamental freedoms” of EU law of free movement of goods, persons, services and capital. In particular, the freedom to provide services is considered in the context of the freedom to move between Member States to receive services and, in particular, reproductive services. This analysis will take into account the development of EU citizenship and of the Charter of Fundamental Rights. The paper will also address the issue of free movement for same-sex partners in rainbow families, in this case to receive reproductive services.

## Free movement<sup>2</sup>

The fundamental freedoms of the EU treaties are the bedrocks of the EU. Although initially economic in nature, both the EU legislator and the Court of Justice of the EU (CJEU) have increasingly appreciated the social dimension of European integration.

Hence Article 45, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), provides for free movement of EU workers:

1. “Freedom of movement for workers shall be secured within the Union.
2. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.”

Article 49 TFEU involves the “right of establishment”, namely the right to set up a business in another Member State. Article 56 TFEU sets out the freedom to provide services, namely from one Member State into another. Article 56 pro-

---

<sup>1</sup> Policy Consultant, Cara Friend, Belfast, Northern Ireland.

<sup>2</sup> See generally RIJMA J. and KOFFEMAN N., “Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law; What Role to Play for the CJEU?”, pp. 455-491 in GALLO, D. *et al.* (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg: Springer, 2014.

vides: “Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended.”

Article 57 TFEU then states: “Services shall be considered to be ‘services’ within the meaning of the Treaties where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons.”

Both the right of establishment and the freedom to provide services are subject to an “exceptions clause” in Article 52 TFEU, which states:

“The provisions of this Chapter and measures taken in pursuance thereof shall not prejudice the applicability of provisions laid down by law, regulation or administrative action providing for special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health.”

Significantly, the CJEU has developed the freedom to provide services into a freedom also to receive services.

The recognition of EU citizenship<sup>3</sup> and the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) have developed this social dimension and the latter will be reinforced by the prospect of the EU becoming a party to the European Convention of Human Rights. This does not mean that all the obstacles to free movement of rainbow families will be removed. But existing developments charted in this paper may indicate how the free movement of rainbow families to receive reproductive services may develop in the future.

EU legislation on free movement and residence of EU nationals, and their families, was consolidated and enhanced by Directive 2004/38/EC<sup>4</sup>. In particular, Article 2.2 of the Directive extends free movement and residence rights to civil partners and their families. So also Article 3.2(b) requires Member States to “facilitate entry and residence” of “the partner with whom the Union citizen has a durable relationship, duly attested”.

Even before this development, the (now) Court of Justice of the European Union (CJEU) had been developing free movement and residence rights for EU citizens, for example, in Case C-85/96 *Martínez Sala*<sup>5</sup> and Case C-413/99, *Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department*<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Articles 9 and 20 TFEU.

<sup>4</sup> Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

<sup>5</sup> [1998] ECR I-2591, involving the right of a Spanish citizen residing in Germany to child allowance without proof of a residence permit.

<sup>6</sup> [2002] ECR I-7091, involving a wide interpretation of the rights of children of an EU national

Throughout the history of the European Treaties, it has always been accepted that providers of services could move between Member States to provide those services. In a healthcare case<sup>7</sup>, the original European Court of Justice (ECJ) accepted that this fundamental freedom pre-supposed a right to move to **receive** services.

By 2001, many of the initial restrictions on free movement to receive healthcare services had been removed<sup>8</sup>. These cases involved issues far removed from the receipt of reproductive services. Nonetheless they indicate a willingness to interrogate national objections to the reimbursement of the costs of medical treatment across national boundaries.

The fundamental freedom to provide (and receive) services has been significantly expanded by the coming into force of Directive 2006/123/EC<sup>9</sup>. However, a wide range of services are excluded from the remit of the Directive, including healthcare services.

This gap was rectified by the enactment of Patients' Mobility Directive 2011/24/EU<sup>10</sup>, to be brought into effect in national legal systems by 25 October 2013.

## Charter of Fundamental Rights of the European Union

Article 2.1, CFREU (“Right to life”) states, “Everyone has the right to life.” Article 3, CFREU (“Right to the integrity of the person”) is an innovative provision of significance for reproductive rights. Article 3.1 states: “Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity”.

Article 3.2 provides, “In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:

---

to continue their education and of a non-EU parent to remain with them. Both cases have been subject to extensive commentary and analysis, see TIMMERMANS C., SHAW J., MENÉNDEZ A.J. and CLOSA MONTERO C. in MADURO M.P. and AZOULAI L. (eds), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

<sup>7</sup> Joined Cases 286/82 and 26/83, *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377.

<sup>8</sup> Case C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] ECR I-5473. At §55, the Court stated, “It must be accepted that a medical service provided in one Member State and paid for by the patient should not cease to fall within the scope of the freedom to provide services guaranteed by the Treaty merely because reimbursement of the costs of the treatment involved is applied for under another Member State’s sickness insurance legislation which is essentially of the type which provides for benefits in kind.” See MARTIN, D., (2003) 1 *European Journal of Migration and Law* 143-162; DOUGAN M. and SPAVENTA E., “Educating Rudy and the (non) English Patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC”, (2003) 28 *European Law Review* 699-712.

<sup>9</sup> Directive 2006/123/EC on services in the internal market.

<sup>10</sup> Directive 2011/24/EU on the application of patients’ rights in cross-border healthcare.

- (b) the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons;
- (c) the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain;
- (d) the prohibition of the reproductive cloning of human beings.”

These are important declarations as public policy considerations play a large part in determining which reproductive rights, if any, rainbow families enjoy. Article 3 is partly based on the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine (1997, CETS No: 164), but this Convention has not been ratified by all Member States.

Article 7, CFREU (“Respect for private and family life”) provides: “Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications”.

This provision mirrors Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

The European Court on Human Rights (ECtHR) has had to consider this in a number of cases. In *Dickson v United Kingdom*<sup>11</sup>, the Grand Chamber considered that reproductive issues came within Article 8, ECHR (“right to family and private life”). In this case, a long-term prisoner and his wife sought permission to have IVF treatment, which was regulated under the UK system. The Court accepted that issues surrounding procreation came within Article 8. Given the moral and ethical issues involved, the Contracting States had a wide margin of appreciation on procreation matters. Nonetheless it concluded that, since IVF treatment was only permitted in exceptional circumstances, the authorisation process was disproportionate and therefore in breach of Article 8. So, where reproductive services are permitted, authorisation must be applied proportionately.

## **The Patients’ Mobility Directive<sup>12</sup>**

Article 3(a) of the Patients Mobility Directive defines “healthcare” as being “health services provided by health professionals to patients to assess, maintain or restore their state of health, including the prescription, dispensation and provision of medicinal products and medical devices”. It can be argued that the provision of reproductive services is within this “healthcare” definition. Whether the provision of surrogacy services can be considered “healthcare” is more debateable.

<sup>11</sup> 44362/04 (4 December 2007) (2008) 46 EHRR 41.

<sup>12</sup> See generally, KOFFEMAN N., “Legal Responses to Cross-Border Movement in Reproductive Matters within the European Union”, presented at the IX<sup>th</sup> World Congress of the IACL, “Constitutional Challenges: Global and Local”, Oslo, Norway, 16-20 June 2014.



Also, recital 7 of the Directive states, “This Directive respects and is without prejudice to the freedom of each Member State to decide what type of healthcare it considers appropriate. No provision of this Directive should be interpreted in such a way as to undermine the fundamental ethical choices of Member States.”

Article 4 sets out the responsibilities of the Member State of treatment. Article 4.2 provides that, “The Member State of treatment shall ensure that... (b) healthcare providers provide relevant information to help individual patients to make an informed choice, including on treatment options, on the availability, quality and safety of the healthcare they provide in the Member State of treatment”.

Article 5 sets out the responsibilities of the Member State of affiliation. These include, in Article 5(b), “mechanisms in place to provide patients on request with information on their rights and entitlements in that Member State relating to receiving cross-border healthcare”.

Article 7.1 provides that “the Member State of affiliation shall ensure the costs incurred by an insured person who receives cross-border healthcare are reimbursed, if the healthcare in question is among the benefits to which the insured person is entitled in the Member State of affiliation.” Article 8 covers healthcare that may be subject to prior authorisation for reimbursement costs.

These provisions are of interest to rainbow families seeking reproductive services in another Member State, so long as their State of affiliation permits the reproductive treatment. However, where the home Member State does not permit the reproductive treatment in question, it is doubtful whether these provisions can apply. The CJEU has not addressed reproductive issues to any great extent. While rights to free movement may well be protected, any rights to be reimbursed may not be, if the patient is not entitled to the healthcare in her own State. So also it remains to be seen whether a Member State is under an obligation to provide information on reproductive services in another State if it is prohibited in the home State.

The CJEU considered an Irish ban on information about abortion services in the UK in *Grogan*<sup>13</sup>. The CJEU accepted that abortion services were “services” within what is now Article 57, TFEU, which covers the right to provide, but also to receive, services. It therefore appears that the provision of MAR and surrogacy also come within “services” in EU law. The CJEU in *Grogan* avoided the issue of the compatibility of the information ban with the law on provision of services by concluding that the student organisations, seeking to provide the information, were not within the scope of Article 57.

This situation will develop as the case law of the CJEU addresses issues of reproductive rights.

<sup>13</sup> C-159/90 [1991] ECR I-04685 (4 October 1991).

Article 5(c) of the Patients Mobility Directive provides that “where a patient has received cross-border healthcare and where medical follow-up proves necessary, the same medical follow-up is available as would have been if that healthcare had been provided on its territory”. It is unclear whether this obligation applies if the MAR treatment is prohibited in your home State. In the ECtHR case, *A., B. and C. v Ireland*<sup>14</sup>, the issue of aftercare in the home State, after an abortion in another State, was addressed. It is therefore possible that a refusal of follow-up care may be a breach of Article 8, ECHR.

It is also the case that EU free movement law can be invoked against a home Member State if free movement rights have been exercised. So there are arguments that a failure to provide after care, for both the child and the mother, may not be permissible.

A final issue which can be considered under free movement law more generally, namely, can medical and legal advisers be prohibited from assisting a patient or travelling with her to another Member State?

Again, the CJEU has not considered this situation. Advisers have a right to provide services in cross-border cases under Article 56 TFEU. Arguments on public policy and public health would have to be considered as in the case of the free movement more generally. It may prove difficult for Member States to justify such prohibitions on the provision of these services or professional repercussions for doing so.

## Conclusion

Issues of free movement to receive reproductive services provide new challenges to EU law. These challenges have yet to be addressed by the CJEU, although the ECtHR has provided some limited guidance on reproductive issues.

EU free movement law and the Patients’ Mobility Directive certainly open out some opportunities for rainbow families to move in order to receive reproductive services. However, there remains considerable uncertainty over the extent of these rights in EU, law.

<sup>14</sup> (2010), 25579/05 (16 December 2010).

---

# ASSISTED REPRODUCTION IN EUROPE.

## GENERAL OVERVIEW

Leona MUSILOVÁ, Lukáš PRUDIL, David RUMPÍK, Anna ZEMANDLOVÁ

---

### INTRODUCTION

It is beyond all doubt that reproductive medicine has been since its formation a dynamically developing field. Assisted reproductive technologies (ART) offer solution for increasing number of those who cannot reproduce naturally and who need medical assistance. According to the data from 2002, Europe was the world leader in ART services, while there was an increase of 59% from 1997<sup>1</sup>. Reproducing by means of ART is part of a current social reality in Europe while infertile seeking the convenient reproductive services also across the borders of their home state. This makes from ART issue touching upon the European law.

Since ART relate to the essential questions of human life, it is a sensitive territory. It seems that each state carefully protects its own autonomy to legally arrange these issues. This is one of the reasons why this legal sphere has been “resistant” to a process of “standardisation” and harmonisation ongoing on the platforms of the Council of Europe (Coe) and the European Union (EU) respectively. Thus, different cultural and social circumstances of the European states and a distinctive nature of the issue make from “common regulation” of ART highly challenging issue. Several essential points to this discussion are raised in this paper.

### 1. GENERAL REMARKS

Since 1978, when Lousia Brown, the first “IVF baby” was born, assisted reproductive technologies have been developing rapidly. In fact, reproductive medicine is one of the most dynamic fields in medicine and reproductive technologies get more and more sophisticated. This makes them potentially dangerous and raising public concern. The governments reacted to this development by enacting laws or guidelines which made *in vitro fertilisation* (IVF) a special situation in that it had to operate under special laws or guidelines in contrast to every other specialty in medicine<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> SORENSON Corinna. ART in the European Union. *Euro Observer. The Health Policy Bulletin of the European Observatory on Health Systems and Policies*. Autumn 2006, Vol. 8, No 4. p. 1.

<sup>2</sup> JONES Howard W. Jr., COOKE Ian, KEMPERS Roger, BRINDEN Peter, SAUNDERS Doug *et al.* *IFFS Sur-*

It has been over thirty years since assisted reproductive technologies became common clinical practice in the European countries. As governments reflected this situation to the national legal systems, the differences in attitudes to the regulation of the ART issues became apparent. Therefore ART became more or less accessible and people begun to travel for desired (less expensive) ART procedures abroad if they could not for some reason undergo the treatment in state of their residence.

Despite the fact that above mentioned made from ART a sort of “European problem” (together with the recent case-law of the ECHR), there are no universal (European) ART specific rules in order to set standard regarding quality of the medical care and scope of the available techniques. From the “ART neutral” rules, the general documents such as the Charter of Fundamental Rights of the EU or the European Convention<sup>3</sup> should be applicable<sup>4</sup>. More specific rules regarding ART are to be found in the Oviedo Convention<sup>5</sup> (rules for PGS, protection of embryo within embryo research, prohibition of the sex selection). However, the only set of rules particularly dedicated to ART are the “soft-law” *Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* in 1989 (CAHBI Principles)<sup>6</sup>. Though they were introduced twenty five years ago, they might serve as an inspiration for the possible harmonisation activities. In such case they would need revision in terms of reflection of the current degree of knowledge and scientific development. Beside the CAHBI Principles, there are also ethical recommendations and guidelines introduced by the international medical federations ESHRE and FIGO that constitute sort of ethical standard in the reproductive medicine<sup>7</sup>.

As to applicability of the existing EU law it should be noted that it is designed primarily to ensure free movement of persons and services in order to achieve internal market of the EU. However, the ART services (the range of permitted treatments and particular conditions), except the access to those, do not fall into the scope of the EU law. Previous ECJ case-law<sup>8</sup> shows that within this right

---

*veillance 2010. American Society for Reproductive Medicine: Fertility and Sterility*, 2010, p. 10.

<sup>3</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>4</sup> See case-law of the ECHR below.

<sup>5</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Oviedo Convention).

<sup>6</sup> Report on Human Artificial Procreation: *Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), 1989. Available from: <http://www.coe.int>

<sup>7</sup> European Society of Human Reproduction and Embryology; International Federation of Gynecology and Obstetrics.

<sup>8</sup> Court of Justice of the European Union case-law (previously ECJ), e.g. The best known Case *Luisi i Carbone*, ECJ 286/82 and 26/83.

falls also the passive aspect of the free movement of services (the right to obtain a service). This principle should be therefore applicable also for the ART services as well as the principle of equal treatment (non-discrimination). Any other source of EU law is directly relevant, except directive on safety and quality of human cell tissues and cells<sup>9</sup>. Preamble of this directive explicitly states: “This Directive should not interfere with decisions made by Member States concerning the use or non-use of any specific type of human cells, including germ cells and embryonic stem cells.” The listed EU law sources give basic legal framework; nevertheless they impose any obligation on the member states in terms of particular arrangement of ART issues in the national legislations.

It is obvious that there is no common regulation of ART in the European region and currently would probably be quite uneasy to achieve it. Due to many differences in a cultural, religious, social and political background and in the development of ART clinical practice in each state are national legislations rather various. Any harmonisation attempt should definitely begin with gathering reliable information about individual legislations. Nevertheless, according to the IFFS<sup>10</sup> “... there are no sophisticated data which will allow the comparison of end results in countries operating under these various legislative situations; indeed it might be extremely difficult ever to get information of this kind”<sup>11</sup>. It seems that this conclusion may be relevant also for the European region, though there are some studies introducing a sort of legislative comparison<sup>12</sup>.

According to the available resources<sup>13</sup>, clinical practice and regulation on ART in Europe differ in terms of form of regulation as well as in terms of the content. As to a form of regulation, in some European countries is specific ART regulation absent, but often there are applicable general rules of medical law (Cyprus, Poland, Ireland etc.)<sup>14</sup>. However, this regulative attitude is not major. Other European countries adopted specific clinical guidelines or secondary legislation (*e.g.* Slovakia, Malta) and majority of countries enacted specific statutory regulation

<sup>9</sup> Directive 2004/23/EC of the EP and EC from 31. 5. 2004.

<sup>10</sup> International Federation of Fertility Societies.

<sup>11</sup> IFFS Surveillance 2010, p. 10.

<sup>12</sup> *E.g.* Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies. (SANCO/2008/C6/051). Final Report worked out by ESHRE, 2008, p. 10. Available at: [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf); Steering Committee of Bioethics (CDBI). Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP, CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012, p. 17. Available at: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/INF\\_2005\\_7%20e%20REV2%20MAP.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf).

<sup>13</sup> *E.g.* IFFS Surveillance 2010, ESHRE Comparative Analysis 2008, MAP Questionnaire CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012 and relevant case-law of the ECHR.

<sup>14</sup> IFFS Surveillance 2010, ESHRE Comparative Analysis 2008, MAP Questionnaire CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012 and relevant case-law of the ECHR.

on ART<sup>15</sup>. The international comparison shows that countries that have long been the users of IVF do have some sort of legislative regulation or guidelines<sup>16</sup>.

The lack of harmony in ART regulations follows also from the case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) which repeatedly stressed the lack of consensus amongst CoE member states. However, due to moral sensitivity of the issue, it is uneasy to find legal consensus even on a national level. This may be the reason why some countries have not adopt specific ART legislation yet, although IFFS in the Surveillance from 2010 found out that the more sophisticated techniques are offered, the increasing regulatory activity is indicated<sup>17</sup>.

## 2. THE MOST CONTROVERSIAL PROBLEMS

Assisted reproductive technologies encompass the whole set of the medical procedures<sup>18</sup>. Some of them are considered as more controversial (surrogacy, posthumous use of sperm) while others are mainly accepted (IVF, sperm donation). International comparison shows that, regulation of these particular questions is quite heterogeneous<sup>19</sup>.

One of the essential issues regarding ART is a **legal status of embryo *in vitro*** and degree of embryo protection. If embryo is considered equal to human person, ART in general would be hardly acceptable. Nevertheless, as far as show the available data<sup>20</sup>, medically assisted reproduction is provided also in those

<sup>15</sup> From IFFS 2010 Surveillance comes out that In 4 EU countries there is no legislation on ART, in 4 there are clinical guidelines and rest of the EU member states have legislation for ART. For Malta and Luxembourg, data are not available. See JONES Howard W. Jr., COOKE Ian, KEMPERS Roger, BRINDEN Peter, SAUNDERS Doug *et al.* IFFS Surveillance 2010. *American Society for Reproductive Medicine: Fertility and Sterility*, 2010. pp. 13-15. Slightly different data brings Comparative Analysis of Medically Assisted. Reproduction in the EU: Regulation and Technologies. Final Report worked out by ESHRE, 2008, p. 10. Available at: [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf). From this report follows, that although some EU member states have statutory legislation applicable also to ART, there is no ART specific legislation.

<sup>16</sup> IFFS Surveillance 2010, p. 10.

<sup>17</sup> JONES, Howard W. Jr., COOKE Ian, KEMPERS Roger, BRINDEN Peter, SAUNDERS Doug *et al.*, IFFS Surveillance 2010. *American Society for Reproductive Medicine: Fertility and Sterility*, 2010. p. 9.

<sup>18</sup> ZEGERS-HOSCHILD Fernando *et al.*, "International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology", 2009 [online]. *Fertility and Sterility* Vol. 92, No. 5, November 2009 [cit. 13. 11. 2012]. s. 1520-1524. Available from: <http://www.who.int/>

<sup>19</sup> IFFS Surveillance 2010, ESHRE Comparative Analysis 2008, MAP Questionnaire CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012, and relevant case-law of the ECHR.

<sup>20</sup> NYBOE ANDERSEN A., GOOSENS V., FERRARETTI A. P., BHATTACHARYA S., FELBERBAUM R., DE MOUZON J., NYGREN K. G., "Assisted reproductive technology in Europe, 2004: results generated from European registers by ESHRE". *Human Reproduction* Vol.23, No.4 p. 756-771, 2008. p. 757.

states that provide high degree of protection to an unborn (Poland, Ireland). The CDBI Report regarding embryo *in vitro* protection shows “a broad consensus on the need for the protection of the embryo *in vitro*. However, the definition of the status of the embryo remains an area where fundamental differences are encountered, based on strong arguments.”

Obviously, the degree of embryo protection relates to the other questions regarding ART such as manipulation with embryos in general such as storage of embryos, pre-implantation diagnostics (PGD), pre-implantation screening (PGS), embryo research etc. Nevertheless, each of these questions is so specific that the regulation is very various and except embryo protection within embryo research given by the Oviedo convention<sup>21</sup> (Art. 18), there is no consensus regarding these issues.

Concerning access to PGD (in the European context), the situation was recently assessed by the ECHR in the case *Costa and Pavan v. Italy*<sup>22</sup>. The judgment shows that some of the countries are more restrictive regarding this technique, due to the distinctive nature of human embryo and concern of misuse (selection of children)<sup>23</sup>. The Court found out that ban on PGD was adopted only in Austria and Italy (while recently was allowed in Switzerland). Slightly different data give ESHRE and IFFS reports<sup>24</sup>. Nevertheless, it seems that majority of EU countries grant access to PGD and/or to PGS.

Also availability of ART to particular groups can be perceived as rather problematic issue. Therefore, in some countries ART treatments are restricted to selected groups according to marital status. Thus married heterosexual couples are the only eligible in Lithuania, Cyprus<sup>25</sup>, solely couples in “qualified” partnership can receive ART services in France<sup>26</sup> etc. In the member states that do not accept homosexual couples to be legal parents, this group is also excluded from

---

Advance Access publication on February 14, 2008; IFFS Surveillance 2010, ESHRE Comparative Analysis 2008, MAP Questionnaire CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012. ECHR.

<sup>21</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.

<sup>22</sup> Judgment in the case *Costa and Pavan v. Italy* from 28<sup>th</sup> August, 2012, application no. 54270/10.

<sup>23</sup> Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies. Final Report worked out by ESHRE, 2008, p. 18. Available at: [http://ec.europa.eu/health/blood\\_tissues\\_organs/docs/study\\_eshre\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf).

<sup>24</sup> ESHRE Comparative Analysis 2008, IFFS Surveillance 2010.

<sup>25</sup> Steering Committee of Bioethics (CDBI). Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP, CDBI/INF (2005) 7 REV 2, 2012, p. 17. Available at: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/INF\\_2005\\_7%20e%20REV2%20MAP.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf); IFFS Surveillance 2010.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

ART treatments (*e.g.* Czech Republic, Austria, Germany, Italy, Slovenia). Single women are accepted as receivers of ART services only in several countries (*e.g.* Belgium, Hungary, Greece or Spain)<sup>27</sup>.

**Posthumous use of gametes or embryos** is one of the most controversial ART treatments. According to the ESHRE Comparative Analysis, 15 out of 27 EU countries permit this practice (*e.g.* Greece, Belgium, Netherlands, Denmark, Estonia, Spain or UK). However, it is disputable how reliable this information is, because Czech Republic is mentioned among of the countries permitting posthumous use, although it is unlawful here.

**Gamete and embryo donation** may be also a disputable question. In several member states (*e.g.* Austria, Denmark or Germany) embryo donation is not permitted. Due to several ethical reasons it is not lawful in each member state to donate oocyte (it is prohibited in Austria, Germany, Ireland and Lithuania). Sperm donation is not as controversial issue as sonation of embryos or oocytes, so that it is lawful in all of the member states except Austria, Italy and Lithuania. In the recent years, anonymity of the donors has been challenged in some countries which opens discussion concerning collision of the principle of anonymity versus right of a child to know her/his origin. In order to protect child's right to be informed about his/her origin more and more member states do not grant anonymity to the gamete donors<sup>28</sup>.

**Surrogate motherhood** is one of the most controversial issues relating to ART at all. For this reason, it is rarely accepted procedure. It seems that surrogate motherhood should be lawful in 12 countries out of 27 EU member states (in UK, Belgium, Cyprus, Finland, Estonia, Greece, Netherlands etc.)<sup>29</sup>. It is unclear whether these data are reliable, because there are differences between the available information sources<sup>30</sup>.

It is obvious, that the rules regarding particular techniques in the EU member states are rather various. Some countries are very "open-minded" and offer whole range of assisted reproductive treatments; others adopted more restrictive approach. Nevertheless, the most relevant fact is that there is no common ground which might serve as a basis for future harmonization activity.

### 3. REPRODUCTIVE TOURISM

From introduced above it is obvious, that there is neither specific EU law on the ART that would ensure particular standard for ART services recipients

<sup>27</sup> IFFS Surveillance 2010, p. 23.

<sup>28</sup> UK, Sweden, Norway etc.

<sup>29</sup> ESHRE Comparative Analysis 2008, p. 18.

<sup>30</sup> ESHRE Comparative Analysis 2008, p. 18 and IFFS Surveillance 2010, p. 110-111.



throughout the EU, nor consensus on regulation of this matter in the individual member states. Thus, in each member state there is different range of ART services lawful, prohibited or left unregulated.

As a consequence of the differences in regulation among European countries, recipients of ART services travel from state to state to seek desired treatment. This phenomenon is usually called “reproductive” or “procreative tourism”. To avoid stigmatization of those who do not see their quest for treatment as “tourism”, but as a forced necessity, some avoid these terms and use the neutral term “cross-border reproductive care”<sup>31</sup>.

The phenomenon itself may be perceived as “a safety valve that avoids moral conflict, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe”<sup>32</sup>. On the other hand, reproductive tourism may be considered as undesirable and potentially risky activity due to the differences between legislations of the patients and the target state<sup>33</sup>.

There are various motivations that push patients to seeking cross-border reproductive care. The most obvious is the lack of legality, legal restrictions in relation to a demanded reproductive technique in the patients’ home state (surrogacy, age limits, homosexual couples). The question of safety and legal consequences is necessary to take into account in this context. As to the safety, it is disputable whether there are appropriate control mechanisms of quality and ethical standard of medical care in operation in these states. The problem of possible legal consequences is a complex one and in more details will be focused later in this paper. The second relevant reason is the lack of resources which means that the patients seek for less expensive service abroad. Since time is a relevant factor infertility therapy, long waiting time for a particular procedure (oocyte donation) may also lead to going abroad where the process is faster (long waiting lists).<sup>34</sup>

The above mentioned aspects make some countries more “ART friendly” than others. Thus, German, French or Dutch citizens travel to Belgium due to no ART

<sup>31</sup> SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT F., GOOSENS V. “The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care: Cross border reproductive care in six European countries”. *Human Reproduction*, 2010, Vol. 00, No.0 p. 1.

<sup>32</sup> PENNINGS Guido. “Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. European Society of Human Reproduction and Embryology”. *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19, no. 12, p. 2694.

<sup>33</sup> See e.g. IFFS Surveillance 2010, p. 108.

<sup>34</sup> SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETTI A.P., NYBOE ANDERSEN A., DE WERT F., GOOSENS V. “The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care: Cross border reproductive care in six European countries”. *Human Reproduction*, 2010, Vol. 00, No.0 p. 1; PENNINGS G., DE WERT F., SHENFIELD F., COHEN J., TARLATZIST B., DEVROEY P. “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”. *Human reproduction*, 2008, Vol. 23, No.10 p. 2182.

regulation and high quality infertility centres<sup>35</sup>. Significantly shorter waiting lists for receiving donor gametes, less expensive ART services and liberal legislation on surrogate motherhood makes Czech infertility centres attractive for Germans, Austrians or Slovaks.

It is beyond doubt that reproductive tourism gives chance those who would otherwise stay childless. From this point of view, reproductive tourism supports liberty and eliminates different treatment with individuals in access to ART. However, those are not the only factors we should bear in mind regarding this issue. Actually, the equal attention should be dedicated to the negative consequences of cross-border reproductive care.

#### 4. REPRODUCTIVE TOURISM: DANGER OR BENEFIT?

The cases when patients travel abroad to demand the service they cannot obtain in state of their residence due to the restrictive legal rules deserve further attention. The facts which necessarily have to be assessed in the context are the divergence in the applicable legal orders and the legal complexity of ART procedures. We live in times when national legal order resemble labyrinth where even national lawyer may get lost, particularly if international aspect is also present.

Criticism of reproductive tourism in the EU context may be based on the well known *Blood case*<sup>36</sup>. After widely discussed legal battle, Diane Blood finally celebrated victory – she got access to deceased husband sperm and finally was fertilized (twice) in Belgium and gave birth to two children. However, success of Mrs Blood showed to be only partial; it has taken couple of years until Mr Blood has been registered as the children’s father in UK. This situation shows that the reproductive cross border care does not have only positive implications.

The *Blood case* demonstrates also the problem of legal status of the children born from ART and legal ties to their genetic (social) parents. Let’s imagine that the *Blood case* takes place in the Czech Republic. Then Mr Blood would never be registered as a legal father since posthumous fertilization is illegal according to the Czech law. The children would never be children of Mr Blood in the legal meaning and they would have no access to inheritance rights or social security allowance. For this reason is disputable, whether Mrs Blood’s (or any other woman in the similar situation) intention would be under these circumstances satisfied and if it finally complies with best interest of her children.

Very similar situation to the Blood case may happen if Austrian couple comes to the Czech Republic to undergo heterologous insemination. As far as is known to

<sup>35</sup> PENNINGGS Guido. “Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. European Society of Human Reproduction and Embryology”. *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19, no. 12, p. 2690.

<sup>36</sup> *R v. HFEA, Ex Parte Blood* [1997] 2 All ER 687.

the authors, the Austrian law does not establish fatherhood on basis of consent to this ART procedure. So that if fatherhood is challenged in the future in front of the Austrian court, or partner who gave his prior consent to the insemination with the donor sperm refuses to acknowledge his fatherhood, there would probably be no way to establish this man as a father; he objectively has no biological ties to a child.

The same as in the *Blood case* would happen in case of lesbian couple who goes abroad to undergo artificial insemination due to the fact that such treatment is not allowed in their country. It is most probable that if the artificial insemination is not accessible in such country, neither legal parenthood would be granted for homosexuals (thus the lesbian partner different from mother is not recognized as legal parent). The couple returns back home, one of the lesbians being pregnant. After delivery she is registered as a legal mother of the child. The problem is that her partner has no legal tie to a child; she is not recognized as a parent by national law. A few years later, the couple breaks up and “non-parent” of the child seeks for custody or at least for contact with the child. Because she has no parental rights (being “only social parent”), it is not possible. This situation is not desirable for anyone involved. For the child because does not have two legal parents and therefore two emotional and material supporters. For the mother because she has no legal instrument to push her ex-partner to pay the maintenance (even though she promised to do so before ART). And for the ex-partner due to the fact that she has no enforceable rights to the child at all.

Nevertheless, the negative aspects of reproductive tourism are most apparent in cases of surrogate motherhood. In the Czech Republic, surrogate motherhood is not regulated at all, so according to the constitutional principles it is considered to be a legal practice<sup>37</sup>. This is the reason why many foreigners (often from the neighbouring countries) seek the ART services here. However, the legal consequences of surrogacy are often underestimated. Surrogacy is the complex process with serious legal implications, particularly on the legal status of the potential child. Actually, legal status of the potential child is the main problem here. For this reason, in cases of “international surrogate motherhood” (surrogate mother is a citizen of different state than couple), two or more legal orders may be applied including various collision norms. Before starting ART procedure is therefore desirable to make legal situation clear. Before ART commence (and not after as sometimes happens) it is necessary to ascertain if all the legal requirements for establishing legal parenthood of the infertile couple are met. For this purpose it is essential to find out substantive and procedural norms of which state(s) are to be applied. Basically, for assessing ART is often applied legal order of one state (usually of that where the treatment is carried out) and for the further questions (child’s residence, pre-adoption care, parenthood, adoption etc.) the different one.

<sup>37</sup> With the exception of a short notice in § 804 of the Civil Code (Act No 89/2012 Coll. Civil Code).

From above mentioned is obvious that reproductive tourism may cause serious problems regarding civil status of the involved persons, especially children. Diversity among legislations leads to the situation when actually every ART procedure is accessible in some of the European state. One can travel abroad to undergo any ART procedure no matter it is legal in the state of residence. In this respect there are no limits regarding ART in Europe. Due to lack of regulation there are no norms at all for practicing ART in some countries and we shall ask once again whether there is some ethical ground and control mechanisms in these states. With regard to ethically and legally complicated nature of ART is highly questionable whether this situation is desirable.

## V. THE RIGHT TO REPRODUCE BY MEANS OF ART?

As ART developed, the problem of reproductive rights in context of medically assisted reproduction has been repeatedly assessed by the ECHR. Initially, the complaints referred to Art. 12 of the European Convention (right to marry and found a family). Due to quite narrow scope of this article, basis for debate concerning right to medically assisted procreation moved to Art. 8 (right to respect for private and family right) and Art. 14 (prohibition of discrimination).

### ***Evans v. the United Kingdom***

Over time, several rather specific ART issues were considered by the ECHR. In the case *Evans v. UK*, the applicant sought an approval to be fertilized by the frozen embryos against her ex-partner disagreement. Within her complaint, she raised a question whether an embryo from ART has right to life. The Court governed that such embryos have not a right to life according to Art. 2. In this context the Court also noted that due to the absence of European consensus on regulation of IVF treatment, the use of embryos created by such treatment, or the definition of beginning of life, states enjoy wide margin of appreciation in this field.

A right to respect the applicant's choice to become genetic parent was the second key issue considered by the ECHR in the *Evans v. UK* case. The Grand Chamber ruled that the right to respect for the decisions both to have and not to have a child falls within the scope of Art. 8. However, it did not consider that the applicant's right to respect for her decision to become a genetic parent (by using the stored embryos) should be more valuable than the opposite decision of her ex-partner (who withdrew his consent with using the "common" embryos). Therefore, it was – despite great sympathy for the applicant expressed by the Court – ruled that the Art. 8 was not breached in this case.

On basis of comparison of the relevant legislation in the European countries the Court noted that “[...] there was no international or European consensus with re-

gard to the regulation of IVF treatment, the use of embryos created by such treatment, or the point at which consent to the use of genetic material provided as part of IVF treatment might be withdrawn, and since the use of IVF treatment gave rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one”.

### ***Dickson v. the United Kingdom***

In the case *Dickson v. UK*<sup>38</sup>, the Court assessed very specific issue – whether denying access to artificial insemination facilities for a prisoner and his wife represents violation of Art. 8. The ECHR confirmed previous case-law in terms of applicability of the Art. 8 and ruled that this article incorporates the right to respect for the applicants’ decision to become a genetic parents. The Court finally decided that denying access to artificial insemination constituted violation of Art. 8. The ECHR noted that fair balance was not struck between the competing public and private interests involved. In addition, the Court reiterated that since there was little consensus amongst the member States of the Council of Europe regarding the issue, the states enjoy wide margin of appreciation.

### ***S. H. and others v. Austria***<sup>39</sup>

In the recent cases *S. H. and others v. Austria and Costa and Pavan v. Italy*, the Court had opportunity to consider two national ART legislations.

In the *S. H. and others v. Austria* case, the ECHR assessed whether prohibition of use of donor sperm and ova for IVF is consistent with the European Convention, namely Art. 8 and Art. 14. Regarding applicability of the Convention (Art. 8), the Court considered that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by this article. This choice is an expression of private and family life<sup>40</sup>. In the Court’s opinion, the prohibition of using donated gametes is rather an interference with the rights guaranteed by the Art. 8 than a positive obligation of the state to permit certain forms of artificial procreation. Nevertheless, the applicable principles are similar in both cases, because the fair balance has to be struck between the competing interests.

Although certain degree of criticism is obvious, the Court finally concluded that the Austrian legislature was not in collision with the rights guaranteed by the

---

<sup>38</sup> Judgment in the case *Dickson v. UK* from 4<sup>th</sup> December, 2007, application no. 44362/04.

<sup>39</sup> Judgment of grand chamber in case *S. H. and others v. Austria* from 3<sup>rd</sup> November, 2011, application no. 57813/00

<sup>40</sup> See § 82.

European Convention. The margin of appreciation is wider where case raises sensitive moral and ethical issues. The state did not exceed from it in the case in question. Due to the fact, that gamete donation for the purpose of IVF is a controversial issue in Austria and there is no consensus on the matter, there was find out no breach of Art. 8. Beyond the consideration itself, the Court underlined the importance of taking legal and fast-moving scientific developments regarding artificial procreation into account in the future legislative activity.

Within the judgement, the Court introduced comparison of the relevant pieces of legislations across Europe. It observed that the only instruments at European level dealing with the considered matter are the CAHBI Principles adopted by the *ad hoc* committee of experts in 1989. Concerning European consensus the ECHR concluded that legislation in the particular states, if it exists at all, varies considerably. “While medically assisted procreation is regulated in detail in some countries, it is regulated only to certain extent in others and in some countries not at all”<sup>41</sup>. Based on the CoE and IFFS studies, the ECHR noted that “[...] there is now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of in vitro fertilisation, which reflects an emerging European consensus. That emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law.” Therefore the Court considered that the *margin of appreciation* to be afforded to the respondent State must be a wide one. However, the ECHR underlines that this does not mean that “the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court”<sup>42</sup>.

### ***Costa and Pavan v. Italy***

In the case of *Costa and Pavan v. Italy*, ECHR considered the question of availability of IVF for the purpose of PGD. Applicants were healthy carriers of cystic fibrosis who wished to select a healthy embryo by means of PGD and avoid termination of pregnancy due to this genetic disease. Problem was that the Italian legislation permitted access to IVF only for sterile or infertile couples while, on the other hand, it allowed termination of pregnancy on the ground of serious genetic disease of a foetus. Applicants alleged collision with the Art. 8.

As to applicability of the Art. 8, the Court considered that the applicants’ desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life.

<sup>41</sup> See § 95.

<sup>42</sup> See § 96-97

The Court noted that the challenged piece of the Italian legislation was inconsistent with other provisions (allowing abortion on medical grounds). Moreover, the ECHR underlined the facts following from comparative-law materials: Apart from Italy, only in two of the thirty-two states studied, namely, Austria and Switzerland is PGD banned. Thus, applicants' lack of access to PGD was considered as disproportionate and violating Art. 8 of the European convention.

From the introduced case-law generally follows:

The right to respect for the individual choice to become a genetic parent falls within a scope of Art. 8 of the European Convention (*Evans v. UK*) because it is an expression of private and family life.

The right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Art. 8, as such a choice is an expression of private and family life (*S. H. and others v. Austria*<sup>43</sup>).

Due to the fact that it is a highly sensitive issue, the ECHR affords wider margin of appreciation to the member states in the context of ART.

There is no general European consensus (amongst CoE member states) on the matters concerning ART. Conformity of the relevant pieces of legislation can be identified only regarding particular issues and it is not act of intentional harmonisation.

## CONCLUSION

The above mentioned shows, that the cross-border reproductive care may have serious impacts. The status of the child must be particularly noted and also the others involved can be significantly affected. It is also the quality of reproductive care in terms of ethical standard and control mechanism in the states with no regulation what should be taken into account. From this point of view some arrangement is desirable. The question is whether harmonisation is the appropriate solution.

As it is obvious from the above mentioned facts, there is little common core regarding the ART in Europe. One of the reasons is a complexity of the matter itself. The artificial reproductive technologies include whole range of particular procedures. Each of them is specific and in terms of setting common rules deserves separate assessment. The reliable data for the comparative purpose should be collected.

The problem is also what platform should be the most convenient for possible harmonisation or dort of "standardisation" activity. The EU law gives certain

---

<sup>43</sup> See § 82 of the judgement.

framework nevertheless primarily pursue the different aims, namely establishing the internal market. Furthermore, the harmonisation of civil law and family law in particular are actually subjected to debate<sup>44</sup>. With respect to the work that have already been done in terms of CAHBI Principles or the case-law of the ECHR, the CoE might be the better base for establishment of the common principles or rules. Those might be designed as the lowest standard in order to maintain the conditions already set in countries with high standard of reproductive care (in terms of safety, liberty and ethics).

Within the debate concerning harmonisation of the ART regulation must be also taken into account such factors as loss of diversity and “cultural identity” caused by choosing the compromise solutions. In addition, loss of already established standard in the most liberal countries is the relevant argument to debate. On the other hand, common rules may have potential to support safety, legal predictability and certainty, increase welfare of the “ART children” and set common standard of ART ethics.

### Literature:

BOELE-WOELKI Katharina, *et al.* “Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”. Oxford – New York: *Interesentia*, 2003. p. 573

JONES Howard W. Jr., COOKE Ian, KEMPERS Roger, BRINDEN Peter, SAUNDERS Doug *et al.* IFFS Surveillance 2010. *American Society for Reproductive Medicine: Fertility and Sterility*, 2010. p. 135

NYBOE ANDERSEN A., GOOSENS V., FERRARETII A. P., BHATTACHARYA S., FELBERBAUM R., DE MOUZON J., NYGREN K. G. “Assisted reproductive technology in Europe, 2004: results generated from European registers by ESHRE”. *Human Reproduction* Vol.23, No.4 pp. 756–771, 2008. p. 756-771

PENNINGS G., DE WERT G., SHENFIELD F., COHEN J., TARLATZI B., DEVROEY P. “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”. *Human reproduction*, 2008, Vol.23, No.10 p. 2182–2184

PENNINGS Guido. “Legal harmonization and reproductive tourism in Europe. European Society of Human Reproduction and Embryology”: *Human Reproduction*, 2004, Vol. 19, no. 12. p. 2689-2694

Report on Human Artificial Procreation: *Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989. Available from: <http://www.coe.int>

SHENFIELD F., DE MOUZON J., PENNINGS G., FERRARETII A. P., NYBOE ANDERSEN A.,

<sup>44</sup> See BOELE-WOELKI K. *et al.* “Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”. Oxford – New York: *Interesentia*, 2003. p. 573.



DE WERT G., GOOSENS V. “The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care: Cross border reproductive care in six European countries”. *Human Reproduction*, 2010, Vol. 00, No.0. p. 1-8

SORENSEN Corinna. ART in the European Union. *Euro Observer. The Health Policy Bulletin of the European Observatory on Health Systems and Policies*. Autumn 2006, Vol. 8, No 4. p. 1-4

*The Protection of Human Embryo in vitro*. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus. CDBI-CO-GT3. Steering Committee on Bioethics (CDBI). 2003. p. 44

VAYENA Effy, ROWE Patrick J., GRIFFIN David P. (eds.). *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*: Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction” [online], p. 396, WHO, 2002. Available at: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/>



---

## À PROPOS DU RAPPEL À LA LOI ADRESSÉ AUX GYNÉCOLOGUES SUR LA COLLABORATION AUX SOINS TRANSFRONTALIERS D'AMP AVEC DON D'OVOCYTES

Florence TABOULET<sup>1</sup>

---

*Article rédigé à la suite du Workshop « L'assistance médicale à la procréation : enjeux actuels en Europe », organisé le 2 juillet 2013 à Toulouse avec le soutien de la Commission européenne dans le cadre du projet Right on the Move (www.rightonthemove.eu).*

**Mots-clés :** fécondation *in vitro* – don d'ovocytes – soins transfrontaliers – cadre juridique et éthique – non-patrimonialité du corps humain

**Résumé :** *Face au développement du marché de don d'ovocytes et au démarchage de cliniques étrangères auprès de gynécologues pour attirer des femmes françaises en attente de don, le ministère chargé de la Santé a adressé en janvier 2013 une circulaire à l'attention de ces praticiens pour leur rappeler les sanctions qu'ils pourraient encourir s'ils donnaient suite à ces sollicitations. Le mauvais accueil de ce rappel à la loi par les professionnels illustre les nombreuses incohérences des politiques en vigueur et les difficultés éthiques inextricables que posent ces techniques.*

Parmi les différentes techniques de fécondation *in vitro* (FIV), figurent celles qui font intervenir un tiers donneur. Certaines formes d'infertilité de la femme requièrent notamment le recours aux ovocytes d'une autre femme, pratique conditionnée par la disponibilité de gamètes féminins. Or, en France, il existe une grande disproportion entre l'offre et la demande d'ovocytes. Cette inadéquation amène un grand nombre de femmes à aller dans des établissements de santé étrangers – principalement en Espagne –, de telle sorte que la grande majorité de l'activité d'assistance médicale à la procréation (AMP) avec don de gamètes féminins réalisée pour des femmes françaises a lieu en dehors de nos frontières, d'après un rapport très complet réalisé sur le don d'ovocytes par l'Inspection générale des affaires sociales (Igas)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Florence Taboulet, professeur, UMR 1027 Inserm, université Toulouse III.

<sup>2</sup> Igas, « État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France », février 2011. Disponible sur le site de l'Igas.

S'agissant d'un marché très lucratif, les établissements étrangers recrutent facilement des donneuses qu'ils rémunèrent et cherchent à tirer profit de ce que les inspecteurs de l'Igas ont qualifié de « pénurie », en attirant dans leurs centres les femmes françaises en attente de don. Pour faire connaître leur activité médicale, ils ciblent préférentiellement leur promotion vers les médecins, considérés comme les vecteurs d'information les plus appropriés et les plus efficaces pour orienter les patientes et sélectionner une clinique. Ainsi, certaines de ces structures proposent une rémunération aux intermédiaires français qui leur enverraient de nouvelles *clientes*; exemple récent, une somme de 500 euros par patiente<sup>3</sup>.

Or, les médecins qui donneraient suite à ces sollicitations commettraient un détournement de la loi française puisque, dans la plupart des cas, les pratiques étrangères contreviennent aux grands principes éthiques et juridiques établis par la loi française et, en particulier, le principe de gratuité, rempart contre l'instrumentalisation et la réification de la donneuse. Ils seraient donc passibles de l'infraction prévue par l'article 511-9 du Code pénal :

*Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.*

Pour rappeler aux médecins leur responsabilité et les peines qu'ils pourraient encourir, la Direction générale de la santé a envoyé, en janvier 2013, une circulaire à l'attention des gynécologues pour réaffirmer les grands principes éthiques qui fondent le dispositif juridique français<sup>4</sup>. En effet, l'éventualité de réguler la procréation artificielle – avec notamment la gestation pour autrui – par les simples lois du marché est majoritairement rejetée dans notre pays. Aussi les pouvoirs publics tentent-ils d'encadrer le secteur par des actions qui portent d'un côté sur l'offre de dons en France, principalement à travers des campagnes régulières de l'Agence de la biomédecine destinées à susciter des candidates au don d'ovocytes dans les Centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humain (CECOS) et, de l'autre côté, sur la demande de ces soins transfrontaliers. Sur ce dernier volet, la seule mesure prise au cours des dernières années est ce rappel à la loi à l'attention

<sup>3</sup> Exemple, une somme de 500 euros, d'après M. PAYET, « Des cliniques étrangères offrent 500 euros par patient envoyé », *Le Parisien*, 5 février 2013.

<sup>4</sup> Circulaire de la Direction générale de la santé envoyée aux agences régionales de santé le 14 janvier 2013. D'après C. GARRÉ, « Un rappel à la loi adressé aux gynécologues », *Le Quotidien du Médecin*, 7 février 2013 : 14.

des gynécologues diffusé par le ministère chargé de la Santé. Cette mesure gouvernementale est loin d'avoir fait l'unanimité. En effet, le bien-fondé et l'opportunité de la circulaire ministérielle ont été contestés par les professionnels<sup>5</sup> pour des raisons qu'il convient d'approfondir. Nous nous proposons donc d'évaluer la cohérence et la pertinence de ce rappel à la loi et, plus largement, de la politique menée à l'égard de ces soins transfrontaliers (II), après avoir dressé un état des lieux de l'AMP avec don d'ovocytes pour les femmes résidant en France (I).

## I. État des lieux

Par rapport à l'AMP intraconjugale, les techniques de fécondation *in vitro* avec don d'ovocytes, réservées à certaines indications d'infertilité féminine, sont plus complexes, aussi bien en termes de moyens à mettre en œuvre qu'en termes de conséquences, à la fois pour les parents et pour l'enfant à naître. L'intervention du tiers donneur a en particulier pour effet de priver la filiation de l'enfant de son fondement biologique : la dissociation entre mère génétique et mère utérine entraîne la discontinuité de la généalogie de l'enfant<sup>6</sup>.

Sur le plan médical, l'intervention de la donneuse de gamètes dans le parcours de soins nécessite une planification précise des actes biologiques, radiologiques, médicaux et chirurgicaux afin d'optimiser l'appariement entre la donneuse et la receveuse, et afin d'organiser la synchronisation de la prise en charge des deux femmes. Toutes ces étapes doivent être soigneusement préparées et accompagnées par les professionnels de santé qui doivent, tout au long du parcours de soins, délivrer l'information adéquate et recueillir les consentements des intéressés.

### 1. La législation en vigueur

En plus des principes d'invulnérabilité, d'indisponibilité, de non-patrimonialité du corps humain, de gratuité et d'anonymat du don, affirmés à la fois dans le Code civil et le Code de la santé publique (CSP), la FIV avec don d'ovocytes est encadrée en France par des règles qui figurent dans le Code de la santé publique et par les « Bonnes pratiques » élaborées par les CECOS. Toutes ces normes visent à minimiser les risques à la fois pour la donneuse, pour la receveuse et pour l'enfant à naître. Parmi ces normes, le principe de la non-rémunération du don est non seulement un principe éthique fondamental visant, entre autres, à

<sup>5</sup> C. QUÉGUINER, « PMA à l'étranger : la circulaire qui fâche les gynécologues », 5 février 2013 : <http://www.franceinfo.fr/actu/societe/article/pma-l-etranger-la-circulaire-qui-fache-les-gynecologues-227313>; B. MARTRETTE, « Dons d'ovocytes à l'étranger : les gynécologues protestent », 5 février 2013 : <http://www.pourquoidoctor.fr/m/article-2001.html>

<sup>6</sup> A. MIRKOVIC, « Repenser le don de gamètes », in *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud – Droit et bioéthique*, Études coordonnées par H. Gaumont-Prat. Les Études Hospitalières, 2012 : 285-297.

assurer la liberté du consentement, mais aussi un moyen de maintenir des normes élevées de sécurité sanitaire et de contribuer à la protection de la santé humaine, conformément aux recommandations de la directive du Parlement et du Conseil européens publiée en 2004<sup>7</sup>. L'importance de ce principe de gratuité vient d'être mise en exergue par le rapport de l'Académie de médecine relatif à l'ouverture de l'AMP avec sperme de donneur à des indications non médicales<sup>8</sup>.

L'AMP avec don ne peut être réalisée que pour des raisons strictement médicales, l'infertilité ayant été médicalement constatée<sup>9</sup>. La receveuse potentielle doit être une femme qui vit en couple hétérosexuel, en âge de procréer. Son conjoint (ou concubin) doit être vivant et avoir donné son consentement. Pour éviter les risques de complication, le nombre d'ovocytes à implanter est limité. Quant à la donneuse, elle doit être majeure, avoir moins de 38 ans, et avoir obtenu, le cas échéant, le consentement de son conjoint. Elle doit se prêter à toute une série d'exams médicaux. Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut conduire à la naissance de plus de dix enfants.

Par ailleurs, de façon dérogatoire à toutes les normes qui commandent habituellement la prise en charge par l'Assurance Maladie des différents traitements, la stérilité constitue un motif d'exonération du ticket modérateur pour toutes les prestations destinées à y remédier<sup>10</sup>. Tous les actes de diagnostic et de traitement d'AMP sont remboursés à 100 % jusqu'à quatre tentatives de FIV<sup>11</sup>, jusqu'au 43<sup>e</sup> anniversaire de la femme<sup>12</sup>. De surcroît, tous les frais incombant à la donneuse doivent être complètement pris en charge. La législation française est ainsi l'une des plus avantageuses en matière de prise en charge collective de l'AMP et ce, d'autant plus que certains pays, tels que l'Italie, la Lituanie et la Turquie, interdisent totalement le don de gamètes (sperme ou ovocytes), alors que d'autres comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Irlande, la Suisse, la Norvège et la Croatie n'autorisent que le don de sperme<sup>13</sup>. Dans les pays où ces pratiques sont autorisées, elles font toujours intervenir la rémunération de la donneuse. Le principe d'anonymat n'est, quant à lui, pas toujours respecté.

<sup>7</sup> Directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains : considérants 18 et 19.

<sup>8</sup> Académie de médecine, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur à des indications non médicales », juin 2014. Disponible sur le site.

<sup>9</sup> Le déficit ovarien exocrine avéré représente 60 % des cas.

<sup>10</sup> F. TABOULET, « Le don de gamètes : quels enjeux médico-économiques ? » in *Le don de gamètes en question*, ouvrage collectif coordonné par Aude Mirkovic, Éd. Bruylant, collection « Droit, bioéthique et société » : 53-83.

<sup>11</sup> Article L. 322-3 du Code de la Sécurité sociale.

<sup>12</sup> La naissance d'un enfant vivant redonne la possibilité d'un cycle de quatre FIV remboursées.

<sup>13</sup> Igas, 2011.

## 2. Données quantitatives

L'AMP avec don d'ovocytes représente une petite part de l'activité globale des FIV : en 2011, 208 enfants sont nés en France à partir de don d'ovocytes, soit 0,9 % des naissances par FIV<sup>14</sup>.

D'après le rapport de l'Igas<sup>15</sup>, la demande sur le territoire français est près de deux fois supérieure à l'offre. Il résulte de ce déséquilibre des délais d'attente qui s'échelonnent entre 18 mois et 3 ans selon les régions<sup>16</sup>. Cette attente se traduit par une perte de chances, puisque la probabilité de donner la vie diminue avec l'âge de la femme.

L'insuffisance de l'offre est par ailleurs à l'origine de pratiques illicites qualifiées de « don relationnel » que les inspecteurs de l'Igas expliquent ainsi : un couple peut gagner du temps en recrutant lui-même une donneuse dans son entourage. En vertu du principe d'anonymat, les ovocytes de cette donneuse ne seront pas attribués au couple recruteur mais accroîtront la ressource ovocytaire du centre et allégeront ses délais. Le couple bénéficie en contrepartie d'un raccourcissement de son propre temps d'attente. Le gain de temps est variable, parfois très significatif. Dans de nombreuses régions, les délais d'attente peuvent alors être divisés par quatre. Ce contexte entraîne naturellement des chantages et, en définitive, la marchandisation des gamètes<sup>17</sup>. Le rapport de l'Igas cite ainsi des propositions de compensation en nature, voiture ou machine à laver, mais aussi en espèces, puisque les forums de « vendeuses » d'ovocytes sur internet se multiplient.

## 3. Les soins transfrontaliers

L'autre conséquence du déséquilibre de l'offre de gamètes féminins en France par rapport à la demande est, comme nous l'avons dit, l'exode massif des femmes françaises vers des centres étrangers, de telle sorte que près de 85 % de l'activité réalisée pour des femmes françaises a lieu à l'étranger, principalement dans les pays limitrophes, en Espagne et en Belgique<sup>18</sup>. Il convient de souligner que les situations de toutes ces femmes ne sont pas équivalentes. Deux sous-populations doivent être distinguées : d'une part les femmes qui ne sont pas éligibles en

---

<sup>14</sup> Le rapport médical et scientifique de l'ABM publié en 2014 donne aussi les chiffres suivants pour l'année 2011 : 402 prélèvements en vue de don et 1 118 tentatives d'AMP après don d'ovocytes ont été effectués.

<sup>15</sup> Igas, 2011.

<sup>16</sup> Au 31 décembre 2011, la liste d'attente des couples demandeurs s'élevait à 1 806.

<sup>17</sup> À l'instar des pratiques courantes aux États-Unis. Exemple, les annonces publiées dans des journaux qui proposent aux étudiantes de la prestigieuse Université Harvard, âgées de moins de 29 ans, la somme de 35 000 dollars pour le don d'un ovocyte. R. CARTON. « Le prix de l'œuf », 3 avril 2010 : 1.

<sup>18</sup> Igas, 2011.

France pour des motifs liés à l'âge, aux indications de l'intervention, à la situation du couple, etc., et d'autre part, les femmes qui sont éligibles en France. Pour ces dernières, un droit au remboursement des dépenses engagées est ouvert, lorsque les actes ont été effectués dans un pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. La somme moyenne versée par l'Assurance Maladie, proche de 1 600 euros, ne couvre, toujours en moyenne, qu'un tiers de la facture de l'établissement, qui varie, toujours d'après le rapport de l'Igas de 2011, entre 3 000 et 12 000 euros. S'ajoutent de plus à ces frais les dépenses de transport et d'hébergement.

En définitive, l'inadéquation de l'offre à la demande entraîne des problèmes d'accessibilité et des inégalités notoires. C'est face à cette situation que le ministère chargé de la Santé a émis le rappel à la loi de janvier 2013 que nous nous proposons d'analyser.

## II. Analyse du rappel à la loi adressé aux gynécologues

### 1. La circulaire de janvier 2013

Face à la montée en puissance du démarchage commercial de certains organismes étrangers, des praticiens ont alerté l'Agence de la biomédecine. Celle-ci a adressé plusieurs signalements à la Direction générale de la santé ainsi qu'à l'Ordre des médecins. En décembre 2012, la Direction générale de la santé a alors envoyé un courrier à l'Ordre des médecins en rappelant le cadre juridique de l'AMP; puis en janvier 2013, pour que les dérapages signalés ne se multiplient pas<sup>19</sup>, le Directeur général de la santé a adressé une circulaire aux agences régionales de santé et aux syndicats de gynécologues :

*Actuellement, l'offre de don d'ovocytes en France est insuffisante pour couvrir les besoins. Le nombre de couples français qui se rendent à l'étranger en vue d'assistance médicale à la procréation, en particulier en Espagne, ne cesse d'augmenter. [Or], ces soins reçus à l'étranger ne sont pas toujours conformes à la législation française (rémunération du don...). La situation tend à s'aggraver avec le démarchage de plus en plus offensif des établissements et des praticiens français par des cliniques ou des organismes étrangers. [...] Si le médecin transmet l'information à ses patients, même sans obtenir un paiement ou un avantage de la part de la clinique ou de l'organisme étranger, il peut être poursuivi [et risquer] cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende<sup>20</sup>.*

<sup>19</sup> D'après les déclarations du ministère recueillies par les journalistes.

<sup>20</sup> M. PAYET, « Des cliniques étrangères offrent 500 euros par patient envoyé », *Le Parisien*, 5 février 2013.



Pour la porte-parole du Gouvernement, Madame Najat Vallaud-Belkacem, le simple fait de relayer ces offres commerciales auprès de leurs patientes est déjà condamnable ; toutefois, précise-t-elle, les sanctions ne s'appliqueront qu'en cas de rémunération du médecin « rabatteur »<sup>21</sup>.

L'initiative du Gouvernement a été critiquée par les intéressés<sup>22</sup>. Les dirigeants des collèges de gynécologie médicale et de gynécologie obstétrique ont exprimé leur surprise et leur incompréhension<sup>23</sup>. Les médecins se trouvent effectivement bien souvent en porte-à-faux. Dès lors qu'ils se déclarent au service de leurs patientes, expliquent-ils, comment peuvent-ils refuser d'orienter celles qui ont décidé de tenter leurs chances en dehors de l'hexagone et qui se trouvent dans l'embarras devant la multiplicité des offres identifiées sur internet ? Ou encore, comment refuser les actes médicaux ou les prescriptions que leurs patientes requièrent avant leur départ ou à leur retour<sup>24</sup> ?

Il convient d'approfondir les motifs qui ont amené le Gouvernement à rédiger la circulaire à l'attention des médecins courtisés qui s'exécuteraient et de s'interroger sur la cohérence globale du dispositif pénal.

## **2. Le bien-fondé de ce rappel à la loi**

Tout d'abord, de manière très générale, le démarchage commercial dont font l'objet les gynécologues relève du compéragé. En effet, d'après les commentaires du Conseil de l'Ordre des médecins à l'article 23 du Code de déontologie médicale qui interdit tout compéragé<sup>25</sup>, l'interdiction porte sur toutes les formes d'ententes, notamment celles qui font intervenir des pourvoyeurs ou « rabatteurs » de clientèle, qu'il y ait eu ou non bénéfice, en nature ou en espèces, pour le médecin<sup>26</sup>. Cependant, ce n'est pas cette faute déontologique qui est évoquée par la circulaire ministérielle. Celle-ci met en avant et condamne la violation du principe de non-patrimonialité du corps, de ses éléments et de ses produits.

<sup>21</sup> L. CUNÉO, « PMA - Un rappel à la loi met les gynécologues en émoi », 5 février 2013.

<sup>22</sup> C. QUÉGUINER, « PMA à l'étranger : la circulaire qui fâche les gynécologues », 5 février 2013 : <http://www.franceinfo.fr/actu/societe/article/pma-l-etranger-la-circulaire-qui-fache-les-gynecologues-227313>.

<sup>23</sup> Références n° 19 et 20, et B. MARTRETTE, « Dons d'ovocytes à l'étranger : les gynécologues protestent », 5 février 2013 : <http://www.pourquoidoctor.fr/m/article-2001.html>

<sup>24</sup> « On préfère envoyer nos patients dans des établissements sérieux et dans lesquels nous avons confiance, plutôt que de laisser nos patientes à l'abandon », Dr J. Belaisch-Allart, vice-présidente du Collège national des gynécologues-obstétriciens de France, propos recueillis B. Martrette (référence n° 21).

<sup>25</sup> Article R. 4127-23 CSP : « Tout compéragé entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit. »

<sup>26</sup> Les commentaires du Code de déontologie. Disponible sur le site de l'Ordre national des médecins.

L'initiative du Gouvernement vise ainsi à protéger la France de phénomènes de commercialisation des gamètes.

Mais au regard d'autres dispositions juridiques en vigueur, la circulaire ministérielle apparaît paradoxale et met en évidence les contradictions entre ces différentes normes (A) ; par ailleurs, la restriction du rappel à la loi aux seuls gynécologues, en absence de toute mesure à l'attention des femmes qui s'expatrient ou qui sont susceptibles de s'expatrier, apparaît bien insuffisante (B).

#### A. Le caractère paradoxal du rappel à la loi

La circulaire doit, tout d'abord, être replacée dans l'ensemble du cadre juridique de l'AMP avec don d'ovocytes relatif aux femmes qui remplissent les conditions légales exigées en France et qui recourent à des cliniques d'un des pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Elle doit alors être envisagée en relation avec les règles du Code de la Sécurité sociale.

- 1- Il faut, premièrement, rappeler que, si les médecins sont tentés d'aider leurs patientes à traverser la frontière, c'est notamment à cause de la limite d'âge introduite par les règles de prise en charge des prestations médicales par l'Assurance Maladie. L'ouverture des droits étant conditionnée à l'âge de la femme en attente de don, bénéficier d'une alternative aux longues files d'attente des CECOS suppose une réduction de perte de chance de grossesse et présente, par conséquent, un intérêt majeur.
- 2- Par ailleurs, pourquoi interdire aux médecins d'orienter leurs patientes vers des actes qui, bien qu'illicites et interdits, seront bel et bien remboursés ? Les inspecteurs de l'Igas dénonçaient déjà cette contradiction en soulignant que la prise en charge de ces dépenses supposait une « validation indirecte de principes et pratiques non admis en France, [...] forme d'exportation vers un moins-disant éthique ». Les règles du Code de la Sécurité sociale doivent en principe définir les contours du panier de soins et biens remboursables, prestations qui, au préalable, doivent avoir été autorisées et encadrées conformément aux règles édictées par le Code de la santé publique.

Dans l'hypothèse où il existerait en Europe des centres qui fonctionneraient sans rémunération de la donneuse, la prise en charge des soins devrait être subordonnée au respect des principes éthiques et juridiques affirmés en France, et accordée au cas par cas, au vu d'attestations des centres médicaux. À défaut, il conviendrait de supprimer le droit au remboursement pour toute prestation réalisée à l'étranger. En tout état de cause, il semble urgent de modifier les règles de remboursement<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> F. TABOULET, « Le don de gamètes : quels enjeux médico-économiques ? » in *Le don de gamètes en question*, ouvrage collectif coordonné par Aude Mirkovic, Éd. Bruylant, collection « Droit, bioéthique et société » : 53-83.

3- Enfin, en pratique, comment le médecin coupable de cette infraction sera-t-il identifié ? Le cas échéant, les informations relatives à la clinique sélectionnée sont communiquées oralement, sans témoin, dans le secret du colloque singulier du médecin avec sa patiente. Seule titulaire de l'information, la femme qui bénéficie du conseil du médecin, en principe reconnaissante pour l'aide apportée, n'a aucun intérêt à le dénoncer. Par conséquent, il est en définitive peu vraisemblable que les médecins soient poursuivis. La circulaire a donc surtout un rôle pédagogique à l'attention des gynécologues pour attirer leur attention sur les conditions inacceptables dans lesquelles se passent les FIV à l'étranger.

### *B. L'insuffisance du rappel à la loi*

La circulaire vise les seuls gynécologues qui pourraient servir d'intermédiaires et rappelle le deuxième alinéa de l'article 511-9 du Code pénal<sup>28</sup>, sans mentionner les intéressées, visées par le premier alinéa : « Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme... ». Cette première infraction énoncée apparaît pourtant plus grave que la seconde – apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement ; les femmes sont les protagonistes directes de l'infraction, alors que les médecins ne jouent qu'un rôle de médiation. Il convient donc de mettre en perspective la circulaire avec le premier alinéa de cet article du Code pénal et de s'interroger sur le silence complaisant gardé par l'administration à l'attention des femmes, alors que, principales responsables, elles devraient en toute logique être les premières à être poursuivies.

Deux catégories d'infractions qui relèvent du premier alinéa de l'article 511-9 du Code pénal mériteraient d'être mises en exergue et officiellement dénoncées :

#### ***1) En France, tout d'abord, la fréquente violation du principe de gratuité***

Le rapport de l'Igas a montré que des arrangements entre femmes sont effectués au sein de la plupart des CECOS<sup>29</sup>, contrevenant à la législation en vigueur : le « don relationnel » rompt le principe d'égalité, tandis que les compensations en nature ou en espèces offertes aux donneuses constituent clairement une rémunération. Pourquoi toutes ces dérives n'ont-elles jamais été dénoncées ? La circulaire adressée aux gynécologues hospitaliers et libéraux mériterait d'avoir son pendant en direction des responsables des CECOS et de tous les patients et patientes qui fréquentent ces établissements.

<sup>28</sup> « Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

<sup>29</sup> Igas, 2011.

## 2) À l'étranger, « le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement »

Les femmes qui bénéficient directement des gamètes cédés à titre onéreux sont à l'évidence les principales responsables de l'infraction. En conséquence, à la circulaire adressée aux médecins qui se rendent complices en désignant un acteur du marché au sein de structures concurrentes, devrait faire écho un autre rappel à la loi, incisif, destiné à celles qui sont ou pourraient être un jour candidates au don en dehors de nos frontières. Outre des mesures dissuasives, une vaste campagne d'information sur les conditions de ces soins transfrontaliers devrait être organisée par l'administration.

## Conclusion

Toutes les incohérences, contradictions et insuffisances que font apparaître l'analyse de la politique menée vis-à-vis de l'AMP avec don d'ovocytes en France et en matière de soins transfrontaliers, manifestent le profond malaise des décideurs publics qui se trouvent dans une impasse<sup>30</sup>. Ces techniques ne peuvent, en pratique, être envisagées autrement qu'au prix de la transgression des principes éthiques et juridiques fondamentaux. Il est d'ailleurs significatif de constater que la piste que propose l'un des gynécologues interviewé en janvier 2013 à l'occasion de cette polémique est précisément la rémunération des donneuses en France<sup>31</sup>.

En dernière analyse, il nous semble que la circulaire a eu le grand mérite d'alerter le corps médical sur la marchandisation des gamètes à l'étranger. Mais compte tenu de la limitation du champ et des destinataires de ce rappel de l'infraction pénale, d'autres mesures devraient être mises en œuvre pour tenter de faire face au défi d'assainir les pratiques et d'apporter une solution pérenne aux inextricables problèmes éthiques posés<sup>32</sup>.

## Remerciements

Je tiens à remercier très chaleureusement le docteur C. Moty-Monnereau et Madame F. Pagès pour leurs remarques et commentaires constructifs.

<sup>30</sup> F. TABOULET, « Don d'ovocytes et "tourisme procréatif" : comment sortir de l'impasse ? », *Médecine & Droit* : n° 125 - mars 2014 : 40-45.

<sup>31</sup> L. CUNÉO, « PMA - Un rappel à la loi met les gynécologues en émoi », *Le Point*, 5 février 2013.

<sup>32</sup> F. TABOULET, « Interrogations éthiques relatives au don d'ovocytes dans le contexte français », *Médecine & Droit* : n° 129 - novembre 2014, p. 144-152.

---

# THE STATUS OF CHILDREN BORN AFTER ART IN RAINBOW FAMILIES: CHALLENGING PARENTHOOD

---

Marta TOMASI<sup>1</sup>

---

## I. Introduction

While a lot of discussion has centred on the inclusion of same-sex couples into the definition of marriages and legal partnerships, the consequences of these decisions on the parent-child relationships in same-sex families have seldom been the primary focus of attention. Nevertheless, those relationships continue to raise legal issues both for the parents and the children.

The changing face of family during recent years and the plurality of family forms require law to carefully reconsider and question traditional criteria for the recognition of parenthood in order to understand how same-sex partners can be provided with the legal protection that heterosexuals enjoy and, even more pressingly, how children born within rainbow omoparental families can benefit the protection provided by laws establishing parentage and obligations for support and care.

It has to be acknowledged that, during recent years, there has been a fundamental shift in the way individuals organise their families, that family patterns are changing and that, as a consequence, parenthood cannot be regarded as a settled category anymore<sup>2</sup>. The last forty years have seen a dramatic increase in alternative family forms (divorced households, unwed mothers, single fathers, stepfamilies, cohabiting partnerships and same-sex couples) and this possibility of creating new families derives not only by societal evolution. That of having a child is one of the aspects of life that has dramatically changed during years and that has been deeply affected by the evolution of scientific knowledge and derived technological applications. New technologies, some real (like artificial insemination, *in vitro* fertilisation, and surrogacy) and others not fully realised yet (like mitochondrial transfer and cloning) promise to create children for people who might not want to or be able to create them otherwise.

Law strives to catch up with these fast developments and works on the criteria for parenthood determination. It has been observed that, as marriage progres-

---

<sup>1</sup> University of Trento, Italie.

<sup>2</sup> J. CARBONE, "The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity", in 65 *Louisiana Law Review*, n° 4, 2005, 1295.

sively declined in its central importance with regard to defining families, the focus of attention has been moved from the dichotomy legitimate/illegitimate children to the profile of parent/child obligations<sup>3</sup>.

Recognition of parenthood turns to play a fundamental role in particular if we maintain parental obligation to children to be considered independently from adult relationship; this way parenthood could be defined as the “gateway through which many of the rights of children and obligations to children flow”<sup>4</sup>. This means that legal parenthood is given on the one hand fundamental relevance in family law in establishing a person’s identity through family name, nationality and cultural heritage<sup>5</sup>. On the other hand, it helps determining who may have a meaningful relationship with a child, including both affective ties and support obligations.

Despite its importance, there is no clear method to determine legal parenthood and biological connections proved some of their weakness, made even more apparent by new reproductive technologies which are detaching genetic factors from legal parenthood<sup>6</sup>.

The notion of parenthood is being de-linked from traditional understandings and natural ties, and new social definitions are arising, becoming well advanced in the popular consciousness and needing to be considered in shaping legal norms.

We’ve entered a path toward complexity and legal norms have been quite slow in catching up with these evolutions. Despite some recent advancements<sup>7</sup>, current laws pertaining to legal parenthood definition are often premised on a traditional ideal of family unit, detached from reality and forgetful of alternative family

<sup>3</sup> In particular, it has been argued that “If parental obligation to children is independent of the adult relationship, then definition of that obligation must start with the recognition of parenthood”. See J. CARBONE, “The Legal Definition of Parenthood”, cit., 1297.

<sup>4</sup> See the preliminary document *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from International surrogacy arrangements*, produced by the Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law in March 2011 (<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>), 4.

<sup>5</sup> A. DIDUCK, F. KAGANAS, *Family Law, Gender and the State*, Portland, 2006. The key role of parentage in defining children’s identity was recently confirmed by the European Court of Human Rights in deciding the cases *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* (see *infra*).

<sup>6</sup> On the role of genetic ties in front of changing conceptions of the family see J. CARBONE, N. CAHN, “Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty”, in *William and Mary Bill of Rights Journal*, 11, 2003, 1101.

<sup>7</sup> It has to be considered that, during recent years, a number of statutes and rulings have been adopted in many different countries in order to facilitate the desires of users of artificial reproductive technologies (ARTs) to nullify the paternity of biological parent (like sperm and egg donors) and create legal parenthood ties in the absence of any biological link. For some of these changes, see footnote 15 of the preliminary document *Private international law issues surrounding the status of children*, cit.

forms. Much of the evolution of these laws stems from the pursuit of legal recognition through litigation by private individuals.

The fast evolution of science and technology and the more burdensome evolution of society require law to focus attention in particular on the interests of children that risk to see their rights neglected because the families they live in are forced to fit into a legal system that was not designed directly for them<sup>8</sup>. This contribution examines the impact of new technologies on the notion of legal parenthood and explores some case law focusing in particular on the role given to the principle of the best interest of the child<sup>9</sup> in assessing parental issues.

## II. Current approaches to determining legal fatherhood and motherhood

With regard to parenthood determination, it has to be acknowledged that technology challenged traditionally settled definitions. According to a recent report by the European Parliament, a broad consensus exists among Member States with regard to the definition of legal motherhood<sup>10</sup>. The majority of legal systems considers, in the absence of an adoption order, that the mother is the woman who gives birth to the child. In most cases this woman will be biologically linked to the child, but the rule seems to find application even in circumstances where this is not true. In particular, this will happen when *in vitro* fertilization with a donor's ovum takes place. For example, among many other similar provisions, Section 27(I) of the UK *Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 1990* provides that “[t]he woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child”.

However this principle – that was once settled and simple – has become much more complex with the advance of reproductive technologies. For example,

---

<sup>8</sup> The point is raised, for example, by the UK Department of Health in a consultation document adopted in 2005 seeking views on whether and how the HFE Act 1990 might be updated given the rise of new technologies and changes in societal attitudes: «the Government is aware of arguments that differential treatment in law of different family forms could disadvantage children born in those circumstances» (Department of Health, *Review of the Human Fertilisation and Embryology Act, A Public Consultation*, 2005, point 8.11).

<sup>9</sup> The principle can be found as a guiding criteria in the assessment of matters involving children in many national legal systems and finds recognition in different international documents such as the 1959 Declaration of the Rights of the Child (par. 2), the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (arts. 5 (b) and 16, par. 1 (d)), the 1989 Convention on the Rights of the Child (par. 3.1), 2001 EU Charter of Fundamental Rights (art. 24.2).

<sup>10</sup> Report A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, adopted by Directorate General For Internal Policies of the European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs.

when the position of the surrogate mother comes to be considered, definitions and borders turn to be less certain and defined. It may happen that, although being the birth (and possibly genetic) mother, the surrogate mother never had the intention to parent the child and, especially where the issue is not regulated by law or within legal orders that prohibit and punish surrogacy, the determination of legal motherhood could be very challenging. Some statutes, following different paths, will recognise the intending mother – the woman who is not the birth mother, but who planned child’s conception and wants to parent him/her – the role of legal mother. Nonetheless the issue is still widely disputed and there is no consensus within Europe and outside of it because of the very delicate and intimate nature of ethical issues underlying these techniques.

Taking it to the extreme, the described tendency of some legislations towards giving relevance to intention<sup>11</sup> may give rise to even more complex circumstances: for example, in 2007 a Maryland Court allowed a child birth certificate to be issued with only the name of the child’s father. In that case, twin children were born by means of a surrogacy planned by a single man with eggs from a donor. Neither the surrogate mother nor the father wanted the name of the former to be included in the birth certificate. The Court reasoned that the lack of genetic link to the child was a sufficient element to remove the name of the surrogate mother from the birth certificate. A different decision, according to the court’s ruling, would have led to a discrimination of the mother on the basis of sex, because a man in a similar situation could have used the lack of genetic connection to a child to deny paternity. This way the child would have “no mother at birth”<sup>12</sup>. Giving evidence of the existing lack of uniformity worldwide, it can be noted that opposite arguments were invoked in similar circumstances by the Dutch court in two cases of 2009. The court held that a foreign birth certificate that does not name the birthmother of the child, while it is known who gave birth to the child, violates Dutch public policy<sup>13</sup>.

Turning to legal fatherhood things get even more complicated. Traditionally, the most important consideration is the man’s relationship with the mother. Within wedlock a uniform approach recognises the husband of the birth mother as the legal father. This presumption, usually considered to be rebuttable, has however partly lost its relevance due to the increased number of extramarital childbirths, of the expanding accessibility of DNA analysis to test paternity and artificial reproductive techniques (ARTs).

<sup>11</sup> Among others, see M.B. JACOBS, “Intentional Parenthood’s Influence: Rethinking Procreative Autonomy and Federal Paternity Establishment Policy”, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 20(3), 2012.

<sup>12</sup> *In re Roberto d.B.*, 923 A.2d 115 (Maryland 2007).

<sup>13</sup> RECHTBANK ‘s-Gravenhage, 14 September 2009, LJN: BK1197 and, in a similar sense, see RECHTBANK ‘s-Gravenhage, 23 November 2009 (328511/FA RK 09-317); both cases are reported in the document *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, cited.



Usually unmarried fathers could be recognised legal fatherhood either by acknowledgment or by judicial order. Being based on presumptions and intentions, legal fatherhood can always be challenged.

When ARTs are involved, precedence is often given to social parenthood: in this sense, most of the rules, regardless of biological genetic links, do not consider sperm donors as legal fathers, whereas they do recognise that role to husbands (and partners/cohabitants in some countries) who consent to their wives treatment with ARTs<sup>14</sup>. A strict interpretation of these rules may, in some cases, lead to neglect a parental figure who was involved with the pregnancy and the child-birth<sup>15</sup>.

The sketched scenario proves that clear and stable categories working in the past are challenged by technological evolutions and law is currently asked to find proper balances and effective solutions.

And while technology moves on, changing mindsets is one of the most difficult tasks we have to face. In particular, it often happens that normative rules, based on a pre-existing ideal of family unit, do not find their natural soil of application. The evolution of outdated statutory notions often depends on judges and on their willingness to interpret rigid laws or to invalidate them. This operation, nonetheless, is not always possible, not easy and not costless. As it has been stated by the Tennessee Court of Appeal finding a lack of standing for a same-sex partner to be considered a parent and claim visitation rights: “While it may be true that in our society the term parent has become used at times to describe more loosely a person who shares mutual love and affection with a child and who supplies care

<sup>14</sup> Among other examples, Ohio legislation provides that “[i]f a woman is the subject of a non-spousal artificial insemination, a donor shall not be treated in law or regarded as the natural father of a child conceived as a result of the artificial insemination, and a child so conceived shall not be treated in law or regarded as the natural child of the donor” (Ohio Rev. Code Ann. § 3111.95). Similarly, the California Family Code states that “[t]he donor of semen provided to a licensed physician and surgeon or to a licensed sperm bank for use in assisted reproduction of a woman other than the donor’s spouse is treated in law as if he were not the natural parent of a child thereby conceived, unless otherwise agreed to in a writing signed by the donor and the woman prior to the conception of the child”. (Section 7613, subdivision (b)).

<sup>15</sup> This happened in California in *Steven S.*, 127 Cal. App. 4th 319. The district court noted that California’s statute presented a bar to paternity for unmarried sperm donors, but ruled in favor of the donor based on the fact that the donor was known; he had engaged in sexual intercourse with the unwed mother (despite the child was born through artificial insemination); and she had acknowledged him as the child’s father and had allowed him to participate in the pregnancy and celebrate the birth of the child. Nonetheless, the California Court of Appeals reversed, holding that the California law is clear in excluding any paternity claim under such facts (Cal. App. 4th at 326). Similarly, and once again privileging intention over biology, in 2007 the Kansas Supreme Court refused a sperm donor any kind of relationship with his biological child because the mother intended to raise the child alone (In re K.M.H., 285 Kan. 53, 79, 169 P.3d 1025 (2007)).

and support to the child, we find it inappropriate to legislate judicially such a broad definition of the term parent...<sup>16</sup>.

The main risky outcome deriving from lacunas and rules not considering the technological and societal evolution is that of a situation of uncertainty where, beyond the critical parents' position, children cannot rely on a full protection of their rights and interests.

### III. Entering new paths of complexity

As we tried to briefly outline, new technologies, in particular DNA testing, artificial insemination, *in vitro* fertilization and – more recently – surrogacy, gave a strong contribution in making parenthood a disputed notion. It may well be that, in the not too distant future, further scientific advancements in reproductive technologies will challenge traditional parentage models in new ways, fragmenting even more their traditional aspects<sup>17</sup>.

The path of complexity we've entered develops on two different, but intertwined, levels of intricacy. If reality of new family forms is considered under a strictly static perspective (often fictional), new technologies' influence on traditional categories create a crisis within the legal order that – as already highlighted – has to choose which criterion prioritise in order to determine parenthood: if creating a regime premised on genetic connections or, on the opposite, giving relevance to conduct and to the intention of parenting a child.

A second level of complexity arises when taking into account a dynamic perspective where – as it often happens – people and families travel around, moving from one legal order to another, based on different rules.

The number of interstate parentage cases around the world due to different regulations is progressively growing: active national legislators choose either to admit or to forbid new techniques and they can opt for completely different solutions as to the identification of parentage recognition criteria in situations created by the application of those techniques.

The highest degree of complexity appears to be reached when same-sex families move into a legal system where rules governing families and new technologies are different than those existing in the State where those families were born.

<sup>16</sup> *In Re Thompson*, 11 S.W.3d 913 (Tenn. Ct. App. 1999).

<sup>17</sup> For some insights into groundbreaking advances in reproductive technologies and their impact on parenthood definition, see Y. MARGALIT, O. LEVY, J. LOIKE, “The new frontier of advanced reproductive technology: reevaluating modern legal parenthood”, in *Harvard Journal for Law and Gender*, 37, 2014, 108 and P. CHERUVU, “Three-Parent IVF and Its Effect on Parental Rights”, in *Hastings Science And Technology Law Journal*, 6(1), 2014, 73.

In the U.S., for example, the spectrum of legal rules concerning same-sex-parent families is wide and varied because of different moral, social and cultural backgrounds. To make some examples, this spectrum goes from California, where same-sex parents are allowed to utilise the second parent adoption procedure, registered partners and same-sex spouses can rely on the more straightforward stepparent adoption procedure<sup>18</sup>, where the fact of having effectively parented the child for a relevant amount of time is – regardless of that person’s sex, sexual orientation or marital status – considered as a relevant factor for parenthood assessment, where a child born through ARTs to a lesbian married couple or registered union is automatically the legal child of both parents<sup>19</sup> and where surrogacy agreements are recognised. On the opposite, Florida explicitly prohibits adoption by lesbian and gay individuals<sup>20</sup>; does not permit a non-biological same-sex functional parent to seek custody or visitation, even when they planned and raised the child; by no means recognises same-sex marriages done in other states<sup>21</sup>; allowed surrogacy, both in traditional and gestational form, only to heterosexual couples<sup>22</sup>.

As to the European context, regulation about same-sex couples and their recognition varies dramatically; the European Court of Human Rights, for example, recently called to have a say in the matter of same-sex adoptions<sup>23</sup>, reiterated that the Convention does not impose an obligation on Member States to grant same-sex couples access to marriage and that where states chose to provide same-sex couples with an alternative means of legal recognition they enjoy a certain amount of discretion as regards its exact status<sup>24</sup>. Furthermore, there is no uniformity in the rules about the possibility of access and use of medically assisted reproduction technologies<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> California Family Code, §9000(a)-(b), (g).

<sup>19</sup> Most of these achievements derive from the well known case *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 666 (Cal. 2005).

<sup>20</sup> Florida Statutes, §63.042(3).

<sup>21</sup> Florida Statutes, §741.212(1).

<sup>22</sup> For some updates, see *infra* case *D.M.T. v. T.M.H.*, decided by the Supreme Court of Florida.

<sup>23</sup> On 19<sup>th</sup> February 2013, the European Court of Human Rights delivered its judgment in the case of *X and Others v. Austria* (application 19010/07) ruling that the Austrian civil code discriminates against a partner in a same-sex relationship by making it legally impossible to adopt the biological child of the other partner while permitting second parent adoptions for unmarried heterosexual couples.

<sup>24</sup> See, in precedence, *Schalk and Kopf v. Austria* (application no. 30141/04).

<sup>25</sup> To appreciate the lack of uniformity in regulations, see the 2008 Report by the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies* and the Report of the Health & Consumer Protection Directorate-General of the European Commission *Report on the Regulation of Reproductive Cell Donation in the European Union*. Furthermore see K. BERG BRIGHAM, B. CADIER, and K. CHEVREUL, “The diversity of regulation and public financing of IVF in Eu-

With specific reference to one of the technologies that are raising more issues in recent times, according to the cited report by the European Parliament *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*<sup>26</sup>, surrogacy is prohibited and punished in many European legal orders (an explicit provision exists, for example, in Italy, France, Germany, Spain...) and merely tolerated without specific attention in others (e.g. Ireland<sup>27</sup>). Conversely, surrogacy finds recognition and regulation in few EU member states, such as Greece and the UK.

It has to be noted that, with regard to parenthood determination, different approaches are adopted even by the two national models accepting and regulating surrogacy within the EU. In the UK, parenthood is transferred from the gestational mother (and her husband) to the intending parents by means of adoption or parental order released by a judicial authority, upon verification of some requirements (no compensation, consent given by the gestational mother, existence of a biological link with one of the intending parents, domicile of one or both the intended parents in the UK, Channel Islands or Isle of Man<sup>28</sup>)<sup>29</sup>.

In Greece, on the contrary, there is no need of *ex post* adoption procedure, as far as the surrogacy agreement finds court authorization (upon verification of specific requirements such as absence of compensation, existence of medical reasons justifying treatments, permanent residence in Greece) before child's birth; the birth certificate, therefore, will not show the gestational mother's name<sup>30</sup>.

Since surrogacy laws are non-uniform, opting for surrogacy abroad can be a solution for citizens of States where legislation is restrictive or where entering a surrogacy agreement is cumbersome and expensive. Countries in which laws are surrogacy supportive and cost is low are therefore becoming preferred destinations to go in for surrogacy.

Beyond risks of exploitation and commodification<sup>31</sup>, main threats deriving from this lack of uniformity of laws pertaining to rainbow families and new assisted

---

rope and its impact on utilization", in *Human Reproduction*, 28 (3), 2013, 666-675.

<sup>26</sup> Report *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, cited.

<sup>27</sup> Specific aspects of the issue came to the attention of national courts in *M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91 (5 March 2013) and made their way to the European Court of Justice in *C-363/12 Z versus A Government Department and the Board of Management of a Community School* (26 September 2013).

<sup>28</sup> In the case of *CC v. DD* [2014] EWHC 1307 (Fam) (14 February 2014) a couple living in France was given a parental order by the Family division of the UK High Court of Justice after being satisfied that the British mother had retained her English domicile of origin. In the case of *Re A & B* [2013] EWHC 426 (Fam) the court was satisfied that an American-Polish same-sex couple, recently settled in the UK, had acquired a domicile of choice here.

<sup>29</sup> Section 54 del HFE Act 2008.

<sup>30</sup> See Greek laws n. 3089/2002 and 3305/2005.

<sup>31</sup> For an acknowledgment of the commercial truth about reproduction, see D.L. SPAR, *The Baby*

reproduction technologies are related to the position of children who could see their rights and interests impaired due to this non homogeneous discipline, facing the concrete risk of remaining, under some circumstances, stateless and/or parentless<sup>32</sup>.

#### **IV. Case law: balancing interests and the emergence of the best interests of children**

The above cited patchy legal framework may result into interstate case law regarding some specific issues such as the recognition of foreign birth certificates or of foreign judicial assessments concerning parenthood, parental duties or custody rights. What worries most is that in solving many of these cases courts appear to give preeminence to elements other than the best interests of the child, which should represent the pivotal consideration in this kind of decisions.

The analysis of cases, concurrently presenting some of the aspects of complexity so far outlined (*i.e.* involvement of same-sex couples, application of new technologies, movement of “non-traditional” families) should help clarifying the point.

##### **A. Neglecting the best interest of the child**

A first case in which the parent’s interest seems to play a more relevant role than that of the child is a New Jersey case of 2005 that involved a child born to a woman in a same-sex relationship by means of artificial insemination. The Court agreed to the request of the non-parent partner to be designated as a co-parent without in-depth considering the position of the biological father who – as a donor – did not enter an agreement “giving him any birthrights to the child”<sup>33</sup>. Beyond the concrete final assessment, what calls attention is the use the Court makes of the term “birthrights”, typically indicating something a child inherits by virtue of birth, but here used to indicate the position of an adult seeking to secure a kind of “property” interest in a child.

Moving to the second degree of complexity, and therefore moving from a static to a dynamic perspective, national authorities sometimes recognised public policy as an insurmountable limit to foreign birth certificates recognition, citizenship attribution and parental rights assessment.

This way, Dutch courts refused to recognise foreign birth certificates issued in California that mention the identity of two fathers of intent in a homosexual

---

*Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Boston, 2006.

<sup>32</sup> T. LIN, “Born lost: stateless children in international surrogacy arrangements”, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 21(2), 2013, 545.

<sup>33</sup> *In re Parentage of Robinson*, 890 A.2d 1036 (N.J. Superior Court 2005).

relationship as being the parents of the child without mentioning the identity of the surrogate mother, on the grounds that the rule *mater semper certa* is part of public order<sup>34</sup>.

Due to the lack of harmonised rules, citizenship attribution also raises intricate questions. Conflicts of laws often create situations in which surrogate children come to be stateless: these situations sometimes are overcome through administrative process, but in many cases a judicial intervention is required. This was the situation faced by a child born via surrogacy in Ukraine in 2008 because of the intention of two married men coming from Belgium. The couple decided to go through surrogacy abroad, even if the Belgian legislation allows for same-sex couples to have access to adoption. The embryo was created from one partner's gamete and an anonymous donor's egg. After the child's birth it was immediately evident that, according to the Ukrainian law, the intended parents had to be recognised as the child's legal parents and therefore the boy was not to be considered Ukrainian citizen. The Belgian authorities denied the newborn Belgian citizenship on the ground that Belgian law is silent on the legality of surrogacy and there was no legal basis to recognise the birth certificate issued in Ukraine. Having no legal identity nor passport, the boy could not leave Ukraine and stayed for one year in a orphanage. Only two years after his birth a Belgian Court ruled in favour of the intended parents and the Foreign Ministry issued a passport<sup>35</sup>. It is quite evident that the situation could only be regulated after costly and lengthy court proceedings, with obvious detriment to the child. Being the central issue a matter of consistency between the specific technology involved in the birth of the child and the national public order, not surprisingly, many similar cases are reported worldwide (India, UK, Australia, France) even where opposite-sex couples are involved.

Regardless of the technology involved, anyway, public policy exception played a fundamental role in other cases revealing a worrying tendency towards taking advantage from the existing lack of uniformity in regulations in order to seek a declaration that a person previously held to be a parent is not a parent at all.

Strange as it may seem, this is what happened in the case *Miller Jenkins v. Miller Jenkins* in the U.S. An important starting point to answer interstate recognition questions is the Full Faith and Credit Clause of the U.S. federal Constitution that requires States to recognise and apply acts, records and judicial proceedings

<sup>34</sup> RECHTBANK 'S-Gravenhage, 23 November 2009 (328511/FA RK 09-317), cited by J.S. KEES, *European private international law on legal parenting? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parenting*, Maastricht, 2010, p. 238 (available at <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>).

<sup>35</sup> The case is reported by T. LIN, "Born lost: stateless children in international surrogacy arrangements", cit.

issued in every other State within the U.S.<sup>36</sup> According to the Supreme Court interpretation, Full Faith and Credit clause finds a slightly different application to statutes, in which regard a public policy exception is allowed, and to final judgments, where the requirement of full faith and credit is exacting and no exception is pertinent. The USSC, nonetheless, never clarified the question about the level of respect due to child custody and support orders that have been considered by many courts not to be final judgments, in that they are inherently modifiable according to changing circumstances<sup>37</sup>. The possibility for a Court to make an independent custody determination, notwithstanding a previous adjudication made by the court of a different state, encouraged the “seize and run” tactic, that is the possibility of initiating an action in a different state if the previous did not lead to a satisfactory custody or support allocation. First inter-jurisdictional conflicts concerned cases of parents seeking for a more favourable allocation of custody or visitation; a new wave of same-sex parents cases shows litigants seeking a declaration that a person considered to be a parent in a certain jurisdiction is not a parent at all<sup>38</sup>.

The Miller Jenkins case<sup>39</sup> is about a lesbian couple who travelled from Virginia to Vermont to enter into a civil union and, once back home, went through assisted reproduction techniques to have a child. After moving once again to Vermont the relationship between the two women came to an end. At first the biological mother filed petition to dissolve the civil union and to be awarded primary custody of the child asking her partner to be granted “parent-child contact”. Less than a month after the Vermont Court granted her request, the mother filed a second action in front of a Virginia Court asking to be declared the only child’s legal parent. Agreeing with the biological mother, the Virginia judge ruled that he was allowed to disregard the Vermont’s Court determination as it was inconsistent with the law and public policy of Virginia, that the plaintiff was the “sole biological and natural parent” and that her ex partner had no claims of parentage or visitation rights.

Similarly, in the *A.K. v. N.B. case*, after the end of the relationship between two women who had a child by alternative insemination, while the Californian courts recognized the non genetic parent to be a legal parent under California law, the biological mother filed a petition in Alabama where lesbian and gay parenting

<sup>36</sup> U.S. Constitution, art. IV, §1 (“Full Faith and Credit should be given in each State to the public Acts, Records and judicial Proceedings of every other State”).

<sup>37</sup> *Thompson v. Thompson*, 484 U.S. 174, 180 (1988), citato da C.G. JOSLIN, “Interstate recognition of parentage in a time of disharmony: same-sex parent families and beyond”, in *Ohio State Law Journal*, 70(3), 2009, 557.

<sup>38</sup> C.G. Joslin, *Interstate recognition of parentage in a time of disharmony*, cit., 559.

<sup>39</sup> *Miller Jenkins v. Miller Jenkins*, 912 A.2d 951, 974 (Vt. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 2130, 2130 (2007).

are often given any consideration. While the trial Court agreed with the mother in not being required to defer to the California Court, this decision was reversed by the Alabama appellate Court<sup>40</sup>.

Regardless of the specific outcomes, what is suggested by the reasoning of these decisions is that the best interest of the child does not seem to be taken into account.

### **B. Interpreting the best interest of the child**

The above mentioned trend has recently been challenged by two decisions of the European Court of Human Rights. The Court ruled that the attitude of France, that refuses to grant legal recognition to a parent-child relationship that has been legally established in a foreign state between a child born as a result of surrogacy treatment and the intended biological parent(s)<sup>41</sup>, violates the child best interest impacting on his/her private life and creating a situation of uncertainty about his/her identity. Both cases, simultaneously decided in Strasbourg, concern opposite-sex couples, but the decisions may produce effects on same-sex couples as well. What is of importance, here, is the relevance the ECHR recognised to the best interest of the child, with the result that “international private law rules of a Contracting State could indirectly allow a practice or phenomenon that is forbidden in the domestic law”<sup>42</sup>.

Even before the judgment in Strasbourg, other courts in different legal orders paid a more straightforward attention to the interests of children. According to

<sup>40</sup> *A.K. v. N.B.*, 2008 WL 2154098 (Ala. Civ. App. 2008). Contrarily to this trend, but in an intra-state decision, in May 2014 the Fifth circuit District Court of Appeal in Florida, reversing the first instance judgment, ruled that a lesbian woman who is no longer with her partner still has custody rights on the child they raised together. Requiring the parents to work on a co-custody and parenting agreement, the Court states that “[i]t would be unconscionable to allow [birth mother] to invoke the jurisdiction of the court for the sole purpose of creating a parent-child relationship between [partner] and [child] and then to allow her to destroy that same relationship because her relationship with [partner] has ended” (*G.P v. C.P.*, 39 FLW D107a (Fla 5th DCA), case No 5D13-1766, 21 May 2014).

<sup>41</sup> The *Cour de cassation* decided three cases in 2011 (Arrêt n. 369 6 April 2011 (09-66.486); Arrêt n. 370 6 April 2011 (10-19.053); Arrêt n. 371 6 April 2011 (09-17.130)) stating that birth certificates issued in the U.S. naming the intending parents as legal parents of children born through surrogacy cannot be registered in France. After judicial authorities in the U.S. declared the French parents to be the legal parents of children, certificates were at first transcribed but different Courts granted the request of the *Ministère public* to annul the transcription on the grounds that it was not possible to recognise foreign judgments that were contrary to French public order. The French Civil Code provides in fact that surrogacy is forbidden (see art. 16-7 of the Civil Code).

<sup>42</sup> See the post by L. Pluym, *Mennesson v. France and Labassee v. France: Surrogate motherhood across borders*, in [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com) (16 July 2014).



the interpretation given to the disputed and broad notion of it<sup>43</sup>, outcomes are quite varied.

As it has happened in France, in Spain – another legal order where surrogacy (regardless of its commercial or non-commercial nature) is explicitly forbidden by statute – the system has troubles prioritising the best interest of the child over a settled legal order. Explicative in this sense is a recent decision given by the *Tribunal Supremo de España* in February 2014<sup>44</sup>, offering a peculiar interpretation of the “best interest” principle. Once again, the issue concerned a gay couple who went to California to have a child through surrogacy. In accordance with the Californian law and following a judicial order, the intending parents were named on birth certificates as parents of the children<sup>45</sup>; the Spanish consular registry refused to register the US birth certificates, arguing that the recognition of a foreign legal act should be made only in compliance with Spanish law which, as said before, prohibits surrogacy in any form<sup>46</sup>. In particular, under Spanish law surrogacy agreements are legally considered null and void and legal motherhood corresponds in any case to the gestational carrier. That decision was overcome by a Resolution by the *Dirección General de los Registros y del Notariado* which ordered certificates’ registration. Litigation went on and the registration was cancelled following a first instance judge’s order, confirmed in appeal and once again challenged in front of the *Tribunal Supremo de España*. According to this judge, the procedure of recognition of a foreign authority act, does not encompass a mere formal control of the authenticity of the document, but also requires an evaluation of compatibility of the certificate with the Spanish *international orden público*<sup>47</sup>.

Being a requirement of full compliance with each and every single aspect of the domestic legal system almost impossible, the Court asks for a minimum standard made of the most important values, principles and rights enshrined in the Spa-

<sup>43</sup> The interpretation of the concept, clearly outlined in art. 3.1 of the Convention of the rights of children, was faced by the Committee on the Rights of Children in *General Comment n. 14* (2013). The comment has identified art 3.1 as one of the four general principles of the Convention for interpreting and implementing all the rights of the child and – as a dynamic concept – its application requires an assessment appropriate to the specific context. In part I-A, point 6 of the Comment, the Committee underlines that the child’s best interests is a threefold concept encompassing a substantive right, a fundamental, interpretative legal principle, as well as a rule of procedure.

<sup>44</sup> Tribunal Supremo de España, *Sala de lo Civil, pleno*, 6 February 2014, *D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado*, published in *La Ley*, 23 April 2014, p. 4.

<sup>45</sup> See Section 7630 of the California Family Code.

<sup>46</sup> Art. 10 of the *Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2006.

<sup>47</sup> Identified by the Court with “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”.

nish Constitution and in the international covenants on human rights to be met. Surrogate mother represents, according to the Court, a form of hideous commodification that compromises the dignity of women and children<sup>48</sup>.

According to the Court the protection of human dignity, moral integrity and the prohibition of commodification represent values that necessarily go to balance the principle that the best interest of the child has to be given preeminent relevance. In this sense, the best interest of the child represents a non-determined legal concept that needs to be concretised in compliance with values that represent the roots of the society. Moreover, according to the ruling, the impossibility of recognising the intending parents as the legal parents of the children, does not impair their best interest in that the *de facto* existence of a “family life” requires anyway the State to act in order to develop and protect such a dimension<sup>49</sup>.

What is critical with this decision is that a case by case evaluation of the best interest of the child seems to be trumped by an abstract interpretation of the public order, in the complete absence of an evaluation of whether – in the concrete case – a violation of dignity and of moral integrity and an hypothesis of exploitation actually occurred. The Court suggests that a general principle of children best interest cannot be realised irrespectively of a precautionary protection of the public order.

### **C. Promoting the best interest of the child**

The balance proposed by the Court in Spain has been construed in opposite terms in a similar case of 2010 assessed by a Belgian Court<sup>50</sup>.

In September 2010 the 1<sup>st</sup> Chamber of the Court of Liège, had to rule on a case concerning a same-sex couple married in Belgium. The couple travelled to the U.S. to contract with a gestational carrier, who gave birth to twin girls in 2008. Back to Belgium, the parental status of the same-sex parents was not recognised by public authorities and the parents had to file a lawsuit to have the parent-child relationship established.

The lower Court denied any recognition of the birth certificates issued by the Californian authorities basing its reasoning primarily on the violation of the public policy exception. In particular the Court of first instance considered the contract which had been concluded between the parties and noted that the agreement

<sup>48</sup> On this specific point, the dissenting opinion considers that the laws of the United States have sufficient legal guarantees to prohibit the violation of the rights referenced by the Court.

<sup>49</sup> The Spanish Court on this point recalls two decisions by the European Court of Human Rights (*Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg*, 28 June 2007 and *Harroudj v. France*, 4 October 2012).

<sup>50</sup> Court of Appeal of Liège, 1<sup>st</sup> Chamber, docket No 2010/RQ/20, reported in the preliminary document *Private international law issues surrounding the status of children* by the Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, cited above.

was invalid as a matter of Belgian law in that it violated basic human dignity putting a price on the life of a child. Birth certificates were the outcome of a series of events originated from the invalid surrogacy agreement.

The Appellate Court, according to Belgian Private International Law, had to determine whether birth certificates, intended as foreign acts relating to personal status, could have been issued applying Belgian law. First of all the Court found that since the surrogate mother was not married, the biological father could have recognised the children. As to the other man, the Court confirmed that there was no other possibility, under Belgian law, to establish a legal parentage between a same-sex couple and a child, outside the option of same-sex adoption.

Once established that the parental relationship with one of the intending parents would have been created also under Belgian law, the Court examined whether the existence of a contract that gave rise to a money payment, did imply a violation of public policy. The Court confirmed that contracts which directly concern human body are void under Belgian law, but considered the need to balance the application of public policy with another relevant interest, protected both by international and national regulations: the best interest of the child.

The Belgian judges, considering that the interest of children residing in Belgium would be otherwise impaired, decided to recognise and give effects to the Californian birth certificates, creating a legal link between the children and their biological father.

It has to be now acknowledged that there is no general prohibition against surrogacy in Belgian legislation and this aspect may (at least in part) explain the different outcomes in Belgium and Spain. Nonetheless, the criterion of the best interest of the child proved, in some occasions, to be strong enough to go somehow beyond specific legislative provisions.

This is, for example, the case for a recent adjudication by the UK High Court of Justice-Family Division in a surrogacy case<sup>51</sup>.

A male couple of civil partners applied the Court to receive parental orders declaring them to be the legal parents of twins born in India through surrogacy. The applicants selected an anonymous egg donor and one of them was the genetic father of the children. Before the birth, the two men, in accordance with UK legislation, draw up a document which the surrogate would sign six weeks after children birth, consenting to the parental orders being made and asked the Indian clinic to get in touch with the woman. Two days after birth the applicants took custody of the twins, came back to the UK, but they never received the formal consent signed by the surrogate mother. Despite many attempts, nobody was able to find her.

<sup>51</sup> *D and L (Surrogacy)* [2012] EWHC 2631.

The judge dispensed with the need to obtain the consent rooting his reasoning in the children's welfare argument that has to represent the paramount consideration of the court when deciding about parental orders<sup>52</sup>. For the same reason, the judge retrospectively authorised the payments made by the applicants in this case, despite the fact that it was accepted as being beyond the "reasonable expenses" permitted by Section 54 of the HFE Act 2008.

Similarly, in some other decisions, the respect and consideration given to the position and the interests of the children were of the uttermost importance in qualifying the familial dimension and in promoting a notion of parenthood that is substantial and functional rather than formalistic and strictly adherent to legal provisions.

In this sense, it was reported<sup>53</sup> that in Australia a lesbian women was stopped from moving her 4 years old daughter interstate from Queensland to New South Wales because of the child's relationship with the mother's ex partner. The biological and birth mother asked the Family Court to grant her sole parental responsibility for the little girl, conceived via an anonymous sperm donor, noting that her ex-partner was not listed as a parent on the child's birth certificate. The Court, adopting a functional and substantive notion of parenthood, disagreed and found that the two women had "equal shared responsibility" for the child. According to the judge's opinion, the move would not be in the girl's best interests until she was old enough to understand and maintain a long-distance relationship with her non-biological mother and sister. In ruling, the judge referred to the Family Law Act as amended in November 2008 which states that if a woman becomes pregnant through artificial insemination and she has a spouse or *de facto* partner at the time of conception, then they are legally considered to be the second parent of the child, regardless of biology<sup>54</sup>.

In this case, thus, the best interest of the child acted as a limit to the intention of the parents. Consistent with this interpretation is a decision<sup>55</sup> by which the Supreme Court of Kansas held that a lesbian co-parent was entitled to full legal parent status on the basis of a co-parenting agreement signed by the two women in conjunction with the birth of each of two daughters. As the Court explained "[i]f a parent has a constitutional right to make the decisions regarding the care,

<sup>52</sup> According to the Adoption and Children Act 2002, Section 1: "(1) This section applies whenever a court is coming to a decision relating to the making of a parental order in relation to a child; (2) The paramount consideration of the court must be the child's welfare, throughout his life; (3) The court must at all times bear in mind that, in general, any delay in coming to the decision is likely to prejudice the child's welfare [...]"

<sup>53</sup> The Daily Telegraph - Australia, *Lesbian mum stopped from moving daughter interstate away from ex-partner*, 17 February 2011 (<http://www.dailytelegraph.com.au/>).

<sup>54</sup> The Australian law finds exception only if the partner has actively opposed to the pregnancy.

<sup>55</sup> *Frazier v. Goudschaal*, n. 103487., 22<sup>th</sup> February 2013, Kansas Supreme Court.

custody, and control of his or her children, free of government interference, then that parent should have the right to enter into a co-parenting agreement to share custody with another without having the government interfere by nullifying that agreement, so long as it is in the best interests of the children". Parent's intention is therefore decisive as far as it is consistent with the best interest of the child.

The definition of "parent" or "father" came into question in another Australian case<sup>56</sup> where a man applied for step-parent adoption on the basis that he is *de facto* partner of the biological father of the children, born via surrogacy in India. The surrogate mother, her husband and the biological father entered into a surrogacy agreement by means of which the mother relinquished all their rights to any children born of the surrogacy procedure. Birth certificates issued by Indian authorities named the biological father and no mother. On the basis of a DNA test the Australian Department of Immigration and Citizenship registered each child as an Australian citizen by descent. The biological father's partner, seeking for adoption and not for a parental order, applied for a dispensation for the requirement to obtain the birth mother's consent<sup>57</sup> and a dispensation for the requirement for an adoption plan<sup>58</sup>. To grant these orders the Court has to ascertain that the petitioner has any standing as a "step-parent" and, consequently, that the biological father can be considered as a "parent" for the children. According to the Australian legislation, neither the fact the fact the man gave biological material for conceiving the children, nor the fact of being named as father on the Indian birth certificates originated a presumption for the man to be considered as father of the children. Moreover, the Court could not take into account the DNA test results provided to the Department of Immigration and Citizenship for the purpose of obtaining Certificates of Citizenship by descent because the reports did not strictly adhere the relevant legislation. Nevertheless, the Court holds a general power to make orders relating to the welfare of children, including a power to determine who the child's parents are. Suggesting that a man who acted for two years, together with his *de facto* partner, is anything other than a parent or a father within its ordinary meaning "is to turn a blind eye to the reality of "family" in present day society. It is also turning a blind eye to the reality of the situation presently before the Court"<sup>59</sup>. The judge grants the two orders because "the fact of the genetic father acting in that role since the birth of the twins points to the use of an expanded definition of parent. To adopt any other interpretation would serve no purpose in addressing any public policy issues if, indeed, any exist. It would serve no purpose in enhancing the future welfare and best interests of these children"<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *Blake & Anor* [2013] FCWA 1, 10 January 2013.

<sup>57</sup> Required under s24(2)(g) of Adoption Act 1994 (WA).

<sup>58</sup> Required under s 73(b) of Adoption Act 1994 (WA).

<sup>59</sup> Paragraph 51 of the decision.

<sup>60</sup> Paragraphs 51 and 52 of the decision.

This substantial approach to parenthood was shared in some case law in the U.S. as well. In Florida, two women involved in a committed long-term relationship, conceived a child through the use of ARTs, with one of the woman providing the egg and the other giving birth to the child. After the end of the relationship the birth mother absconded with the child, while the ex partner sought to establish her parental rights to the child and also to reassume parental responsibilities.

According to Florida's legislation, egg or sperm cell donors are excluded from the possibility of acquiring parental rights, except in the case of a commissioning couple, made by an intended mother and father<sup>61</sup>. The first instance Court agreed with the birth mother reasoning that, strictly according to the law, same-sex partners did not meet the definition of "commissioning couple", given that Florida does not recognize same-sex marriages. The Florida Supreme Court reversed the decision<sup>62</sup> declaring the narrow definition given by Florida law to be in contrast with state and federal equality laws. In particular, "the restrictive definition of the term "commissioning couple" [...] violates state and federal equal protection by denying same-sex couples the statutory protection against the automatic relinquishment of parental rights that it affords to heterosexual unmarried couples seeking to utilize the identical assistance of reproductive technology". In noting that "an all-or-nothing choice between the two parents is not necessary", the Florida Supreme Court remands the case to the trial court to determine time sharing and child support on the basis of "the best interests of the child". The judges conclude "that the State would be hard pressed to find a reason why a child would not be better off having two loving parents in her life, regardless of whether those parents are of the same sex, than she would by having only one". Once an automatic statutory relinquishment of the biological mother to continue a parental relationship with her child is excluded, the criterion of the best interests will ultimately determine "the extent to which each parent will play a role in her life through legal rights and legal responsibilities". In this case, as in some others cited here, the Court advocates for a functional and substantial notion of parenthood stating that "the biological relationship between parent and child provides 'the opportunity to assume parental responsibilities' ". Parents providing biological material do not automatically have a fundamental right to be a parent to the child, but their "right to be a parent develops substantial constitutional protection as a fundamental right if he assumes responsibility for the care and raising of that child".

<sup>61</sup> See Florida's assisted reproductive technology statute, Section 742.13 (2), Florida Statutes (2008), according to which " 'Commissioning couple' means the intended mother and father of a child who will be conceived by means of assisted reproductive technology using the eggs or sperm of at least one of the intended parents".

<sup>62</sup> Supreme Court of Florida, *D.M.T. v. T.M.H.*, case n. SC12-261, 7 November 2013.

A last example worth citing because of the interpretation of the notion of parenthood shaped in accordance with the protection of the best interest of the child comes once again from Australia. A male couple from Victoria sought parental orders from the Family Court after entering into a commercial surrogacy in India (which was at that time illegal). In particular, the children were conceived using an anonymous donor's egg, biological material from one of the male partners and, as such, as a matter of Australian law, the surrogate mother was seen as the legal mother of the children. Nonetheless, the mother was not traceable anymore and the twins had no kind of relationship with her since the moment of their birth. As noted by Justice Cronin, in cases like the one in comment, "there is no clear boundary as to the definition of a parents" and even if "as a matter of law, the word 'parent' tends to suggest some biological connection" it appears that "biology does not really matter; it is all about parental responsibility". The lack of evidence to establish that the two men are the children's parents does not represent an obstacle to granting parental orders that can be well made in favour of person other than the parent in order to confer on that person duties, powers, responsibilities or authority in relation to the child. The pursuit of the best interests of the child «include ensuring the children have the benefit of both parents having a meaningful involvement in their lives". Considering the surrogate's behaviour, the Court rebuts the presumption<sup>63</sup> that it is in the best interest of the child for the parents to have equal shared parental responsibility: "[i]n this case, the children do not have the benefit of a mother but they have the good fortune of having two fathers. There is no definition of parent in the [Family Law] Act other than in relation to an adoption application. As such, whilst it is clear that the Act talks about a parent as a mother and a father, it is more important to look at the benefits that children receive from the parenting responsibilities that the people who care for them undertake and in this case, there is little point in pursuing a definition of a parent"<sup>64</sup>.

## V. Concluding remarks

As it has been highlighted, parenthood was, until recently, a stable notion, quite simple to be determined. Its borders, however, have been seriously blurred by the rise and fast development of reproductive technologies, on the one side, by the changing face of family and by the structural changes happened in society in the last decades, on the other.

These overlapping factors, affecting the definition and determination of parenthood and turning it from a settled notion into a thorny issue, ask law to redefine old categories and to set new standards. The importance of the notion of parent-

<sup>63</sup> Introduced by Section 61DA of the Family Law Act 1975.

<sup>64</sup> Paragraph 19 of the decision.

hood can be fully appreciated if it is considered, rather than as a right qualifying the position of adults, as the main instrument aimed at promoting and protecting children and their interests.

The proposed analysis of some case law proved that the latter interpretation is not always successful in courts and that the weight and shape given to the principle of the best interest of the child varies greatly due to substantial circumstances as well as to the existence of binding legal norms.

In some cases the concrete evaluation of the best interest of the child gives way to other, more general, considerations (such as public policy exception), in others the principle of the best interest is given relevance in order to qualify and somehow integrate different relevant criteria (for example, parents' intention) and in some other circumstances, the rule of the preeminence of the best interests of children is considered strong enough to support specific interpretations or to go beyond literal provisions that, if strictly applied, would be detrimental to the specific child involved.

Social sciences are quite unanimous in equating same-sex to opposite-sex couples in their attitude to playing parental roles<sup>65</sup> and in suggesting the importance of continuity and stability for children's emotional and physical well-being. These data cannot be underestimated and the fact that profound differences in regulating new technologies and family forms and, consequently, in criteria for parenthood and parental duties and rights determination, risk to jeopardise children's rights, discriminating them in the possibility of receiving adults' support (emotional as well as economical) and in issues related to citizenship and identity.

The existence of a paramount value, that of children protection, could be of some help in putting aside the moral debate about gay couples, in giving relevance to the vertical relationships within family units, in facing reality as it shows itself nowadays and in overcoming fragmentation and finding paths of convergence between different jurisdictions. This perspective requires to weight the balance between public policy, parents' intention and genetic/biological or ethical considerations, on the one side, and the concrete welfare of the child, on the other (in case they are actually contrasting), decisively in favour of the latter. A case by case determination of the genuine welfare of the vulnerable subject would help moving aside from the illusion of a control over family structure, to realise a full and profound consideration of children's individual needs.

---

<sup>65</sup> Among many, see E.C. PERRIN, B.S. SIEGEL and the Committee on psychosocial aspects of child and family health, "From the American Academy of Pediatrics: technical report Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian", in *Pediatrics*, 2013 and, recently, S.R. CROUCH, E. WATERS, R. MCNAIR, J. POWER, E. DAVIS, "Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey", in *BMC Public Health*, 14, 2014, 635. For a dissenting opinion see M. REGNERUS, "How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study", in *Social Science Research*, 41(4), 2012, 752-770.



---

# LA RÉCEPTION DES ENFANTS NÉS D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION PRATiquÉE À L'ÉTRANGER

---

Sophie PARICARD<sup>1</sup>

---

L'AMP en France étant aujourd'hui fermée aux couples de même sexe, ceux-ci partent à l'étranger pour concevoir leur enfant. La réception de ces enfants ne se fait pas en France de la même façon selon que l'enfant est issu d'un couple d'hommes ou d'un couple de femmes en raison de son mode de conception. La France accueille avec bienveillance l'enfant conçu par une insémination artificielle avec donneur qui est un mode de conception autorisé dans l'hexagone, tandis qu'elle reste hostile à l'enfant issu d'une gestation pour autrui, interdite dans notre pays.

## Les enfants nés d'une gestation pour autrui

L'interdiction de la gestation pour autrui est très ancrée en France. La gestation pour autrui a, en effet, donné lieu aux premiers grands arrêts en matière de bioéthique, avant la loi du 29 juillet 1994.

Les juges ont eu à se prononcer sur la licéité de l'objet d'une association qui favorisait la conclusion et l'exécution de conventions de mères porteuses, l'association Alma Mater (Civ. 1<sup>re</sup> 13 déc. 1989) et il a été jugé que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; l'activité de l'association qui tend délibérément à créer une situation d'abandon aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu.

Mais en pleine polémique, la cour d'appel de Paris, dans une décision du 15 juin 1990 particulièrement libérale, avait admis la licéité de l'opération et prononça l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père, la mère porteuse (qui en l'espèce était la mère biologique de l'enfant) ayant accouché sous X. Frappée d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'arrêt fut cassé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, arrêts ass. plén. 31 mai 1991 arrêts dits des mères porteuses.

---

<sup>1</sup> Maître de conférences, université Toulouse 1-Capitole, Institut de droit privé, EA 1920 CUFR Albi.

La Cour de cassation condamna cette pratique en visant le principe d'indisponibilité du corps humain :

*[l]a convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance contre- vient tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes [...] cette adoption prononcée par la CA n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et portant atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.*

Les lois bioéthique du 29 juillet 1994 ont inscrit l'interdit à l'article 16-7 : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». C'est ainsi que beaucoup de couples, notamment les couples d'hommes pour les couples de même sexe, se rendent à l'étranger pour en bénéficier. Les pays les plus accueillants sont les États-Unis, notamment la Californie, mais également l'Inde et l'Ukraine, ces derniers ayant l'avantage d'être plus accessibles financièrement. Cet enfant né à l'étranger d'une GPA peut-il bénéficier d'un état civil français ? De la nationalité française ? Les solutions actuelles, très sévères, seront présentées. Mais la condamnation de la France par la Cour européenne dans deux arrêts du 26 juin 2014 va incontestablement faire évoluer le droit en vigueur. Il sera donc procédé à une analyse prospective de ces arrêts.

## **I. L'état civil de ces enfants nés à l'étranger**

### **A. Le refus de l'établissement d'un lien de filiation en France**

La nullité de la convention de mère porteuse posée par l'article 16-7 du Code civil interdit actuellement l'établissement du lien de filiation entre l'enfant conçu au mépris de la prohibition légale. Cette filiation interdite prévaut, quel que soit l'instrument juridique utilisé.

La Cour de cassation rejette ainsi les demandes d'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2003 : c'est justement que la demande d'adoption plénière a été rejetée « dès lors que la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption »).

Elle refuse également l'établissement de la filiation par la possession d'état, c'est-à-dire pour simplifier l'apparence de filiation (TGI Lille, 1<sup>re</sup> ch., 22 mars 2007 : « en se rendant aux États-Unis afin d'y conclure une convention de mère porteuse, les époux n'ignoraient pas qu'ils enfreignaient une règle d'ordre public, dès lors, en application du principe selon lequel la fraude corrompt tout, la pos-

session d'état sur laquelle les demandeurs se fondent pour voir établir un lien de filiation légitime à leur profit, et l'acte de notoriété qu'ils ont ainsi obtenu, sont eux-mêmes viciés et ne peuvent donc permettre l'établissement d'un tel lien »).

### **B. Le refus de la transposition de l'état civil étranger dans l'état civil français**

Les juges ont été aussi confrontés à la demande de transcription de l'acte de naissance établi légalement à l'étranger de l'enfant dans l'état civil français, comme c'est le cas en Californie.

Dans la logique de fermeté initiée dès le début par la Cour de cassation, certains juges avaient refusé la transcription (V. CA Rennes, 4 juill. 2002 : « les énonciations figurant sur la transcription des actes de naissance américains des 2 enfants faisant apparaître la défenderesse comme la mère des enfants doivent être annulés ainsi que la reconnaissance maternelle »). D'autres l'avaient accepté sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant (CA Paris, 25 oct. 2007, A. Mirkovic, « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. famille* 2008, étude 15 : « la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient privés d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique »).

Mais cette dernière décision a été censurée par la Cour de cassation qui a estimé que dès lors que la convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est contraire à l'ordre public, le ministère public justifie d'un intérêt à agir en nullité de la transcription de l'acte de naissance de l'enfant à l'étranger (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 2008). La Cour de cassation maintient son refus très ferme de reconnaître le lien légal de filiation établi par un acte de naissance ou par un jugement étranger à l'égard du ou des parents d'intention français (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, *D. 2011*, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts et réf. citées, et p. 1995, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; *AJF* 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note P. Hammje).

De même, sur le fondement de la contrariété à l'ordre public et de l'incompatibilité avec les règles du droit français de la filiation relatives à l'établissement d'un lien de filiation paternelle par le sang à l'égard de deux hommes, la cour d'appel de Paris a refusé l'*exequatur* d'un jugement rendu en Californie au profit de deux hommes engagés dans un pacte civil de solidarité et qui avaient conclu un contrat de procréation avec des époux américains (CA Paris, 17 mars 2011). Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 7 juin 2012 qui a considéré « qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant naissance, emporte

inscription d'un enfant né de deux parents du même sexe » (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, Cl. Neirinck, « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. Famille*, juillet 2012, repère 6).

Certains juges continuent cependant d'accepter la retranscription sur l'état civil de l'acte de naissance étranger en se fondant uniquement sur l'article 47 du Code civil, aux termes duquel un acte civil concernant des Français et fait à l'étranger fait foi, sauf s'il est établi que « cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Étant donné que ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité des énonciations de l'acte n'étaient contestées, la cour a estimé que l'acte devait être transcrit (V. CA Rennes, 21 février 2012, *D. 2012, AJ 878*, obs. A. Mirkovic). Mais cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation le 13 septembre 2013.

La Cour de cassation a, par deux arrêts du 13 septembre 2013, verrouillé l'accès à l'état civil français de la filiation établie à l'étranger d'un enfant né d'une gestation pour autrui<sup>2</sup>. Et elle a encore réaffirmé sa solution dans un arrêt récent du 19 mars 2014 (Civ. 1<sup>re</sup> 19 mars 2014, n° 13-50.005).

La Cour de cassation s'est fondée dans ces derniers arrêts sur la fraude à la loi pour casser l'arrêt acceptant la transcription de l'acte de naissance au double visa des articles 16-7 et 16-9<sup>3</sup>, et rejeter le pourvoi contre l'annulation de la reconnaissance du père biologique opérée en vertu de l'article 336 du Code civil<sup>4</sup>.

Le fondement de la fraude à la loi repose évidemment sur l'indivisibilité de la demande relative à l'état civil à la convention à l'origine de la naissance de l'enfant, comme le démontre le double visa, les juges inscrivant cette demande relative à la filiation dans un « processus d'ensemble » selon son expression consacrée. Une telle indivisibilité a également justifié l'action en nullité du ministère à l'égard de la transcription de l'acte d'état civil étranger, sur le fondement significativement croisé de l'article 423 du Code de procédure civile et de l'article 16-7 du Code civil<sup>5</sup>.

Son efficacité est redoutable, la fraude agissant alors comme une traînée de poudre corrompant tous les moyens permettant d'établir un lien de filiation en

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013 (2 arrêts), *D. 2013*, 2349, note H. Fulchiron, *Dr fam.* 2013, comm.151, C. Neirinck.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, 1<sup>re</sup> esp. : « mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ».

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, 2<sup>e</sup> esp.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, *D. 2009*, note V. Egéa.

France même conforme à la vérité biologique, comme la reconnaissance de l'enfant par son père biologique. Elle pourrait même être plus destructrice en atteignant d'autres éléments de la vie des enfants (l'inscription à l'Assurance Maladie, à l'école...). Mais les juges ne l'ont pour l'instant pas utilisé en ce sens.

Ce verrouillage est désormais total puisqu'il s'adresse à tout lien de filiation, fût-il conforme aux principes guidant l'établissement du lien de filiation, notamment la vérité biologique, et quel que soit le moyen employé pour le faire établir (reconnaissance, transcription à l'état civil d'un acte étranger, possession d'état, adoption, *exequatur* d'un jugement étranger). L'enfant reste donc titulaire d'un seul état civil étranger.

Cet état civil étranger établit toujours un lien de filiation avec le père biologique de l'enfant mais reste plus aléatoire quant au second lien de filiation, selon la configuration du couple, couple de même sexe ou couple de sexe différent, et le pays où a été exécutée la convention de mère porteuse. Par exemple, lorsque la convention a été exécutée aux États-Unis, il est généralement établi un lien de filiation avec l'autre parent d'intention, quel que soit son sexe, alors qu'en Inde, où la double filiation semblable n'est pas reconnue, la filiation à l'égard de l'autre père d'intention n'est pas établie.

Après plusieurs arrêts dans le même sens et concernant tour à tour des cas de figure différents, la Cour de cassation réaffirme cette solution, dont on ne peut désormais douter de la solidité. C'est manifestement un signal envoyé à tous les couples désireux de mettre en place un tel processus afin de les décourager d'y recourir.

## II. La nationalité des enfants issus de la GPA pratiquée à l'étranger

L'absence de transcription bien affirmée par la jurisprudence ne fait pas disparaître la filiation de l'enfant établie à l'étranger. La question est de savoir si cette filiation établie à l'étranger est suffisante pour que l'enfant soit de nationalité française.

Selon l'article 18 du Code civil, « est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ». En principe, les enfants issus de parents français ont la nationalité française ce qui permet de les faire rentrer en France au moyen de la délivrance d'un passeport français, et de leur faire bénéficier des droits de tout Français (inscription scolaire, Sécurité sociale, allocations familiales).

Au regard de cet article, la solution ne semble guère faire de doute sauf que, selon un vieil adage, « la fraude corrompt tout ». La fraude doit, en effet, empêcher d'obtenir le résultat recherché sous peine d'être encouragée. C'est alors au juge de délimiter l'impact de la fraude et de décider si elle doit empêcher l'enfant d'acquiescer la nationalité française.

La jurisprudence sur ce point précis de la nationalité, issue des seuls juges du fond, est très disparate. En revanche, le Conseil d'État a admis la remise de documents de voyage à ces enfants sur le fondement de l'article 3§ 1 de la Convention internationale des droits de l'Enfant, au motif que le refus de leur accorder un tel document pour rentrer en France avec leur père est contraire à leur intérêt supérieur. Il s'agissait en l'espèce de jumelles nées en Inde, de mère indienne (la mère porteuse était aussi la mère biologique) et de père français. Le Conseil d'État a relevé que la mère n'était pas socialement en mesure de prendre en charge l'enfant et que sa volonté de déléguer son autorité parentale au père pour que ce dernier l'élève en France était sans équivoque. Il a également jugé que la GPA doit être sans incidence sur l'obligation faite à l'Administration d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes décisions les concernant<sup>6</sup>. Cependant, il s'agit d'un simple document de voyage et non d'un passeport qui impliquerait que l'enfant soit reconnu de nationalité française.

Sur ce point, une circulaire est venue mettre fin aux disparités géographiques. Une circulaire du garde des Sceaux du 25 juin 2013 dite « circulaire Taubira » enjoint aux parquets et aux greffiers des tribunaux d'instance de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une GPA à l'étranger.

Selon ce texte, le seul soupçon de recours à une GPA ne peut suffire à opposer un refus à la demande de certificat dès lors que l'acte de l'état civil étranger atteste du lien de filiation entre l'enfant et un Français. Le message est clair : le gouvernement entend faciliter le retour en France de l'enfant issu de la GPA et leur permettre de bénéficier des droits accordés à tout enfant français. Certes, ce texte, comme a pris soin de l'affirmer la chancellerie, ne vient pas légaliser la gestation pour autrui (de toute façon une circulaire ne peut avoir une telle ambition), mais l'entrée en vigueur de cette circulaire a créé un certain malaise d'autant plus qu'elle est intervenue en plein débat sur le mariage pour tous et à ses incidences en matière de filiation. Il est légitime de se demander si elle ne cache pas une stratégie qui conduirait à terme à reconnaître la gestation pour autrui.

La légalité de la circulaire est contestée. Une simple circulaire ne saurait, en effet, relativiser la portée d'une règle d'ordre public. Le Conseil d'État avait d'ailleurs précisé que cette question relevait de la compétence des seuls tribunaux<sup>7</sup>. Elle fait ainsi l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État.

<sup>6</sup> CE, ord référé 4 mai 2011 ; TA Paris, 15 nov. 2011.

<sup>7</sup> CE, 4 mai 2011.

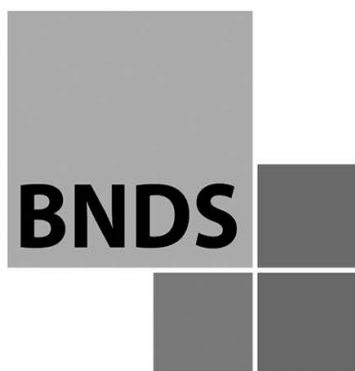
---

Achevé d'éditer en avril 2015  
ISBN : 978-2-84874-584-8

---

# Ayez le réflexe...

# [www.bnnds.fr](http://www.bnnds.fr)



**BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE  
DE DROIT DE LA SANTÉ  
ET D'ÉTHIQUE MÉDICALE**

**L'accès  
à la connaissance  
en droit de la  
santé et éthique  
médicale à  
portée de clic !**

**La BNDS est la première bibliothèque  
numérique de droit de la santé et  
d'éthique médicale**



La BNDS est soutenue par l'Union  
européenne et la Région Aquitaine

#### **Contact**

BNDS – Service commercial  
Les Études Hospitalières  
Tél. : 05 56 98 85 79  
Fax : 05 56 96 88 79  
[info@bnnds.fr](mailto:info@bnnds.fr)