

## Incidences de la composante biogénétique dans la reconnaissance de la filiation monosexuée en Espagne

**Marta Roca i Escoda**

Maître d'enseignement et de recherche  
Centre en études genre  
Université de Lausanne (Suisse)  
marta.rocaescoda@unil.ch

---

### Résumé

Cet article reprend des réflexions issues d'une recherche en bioéthique qui s'attachait à analyser le croisement de trois phénomènes : le développement des nouvelles technologies utilisées dans les processus de reproduction humaine ; leur encadrement juridique et normatif ; l'ouverture des droits aux minorités sexuelles, notamment la reconnaissance de l'homoparentalité. Mon propos se concentrera sur les évolutions juridiques dans le contexte espagnol concernant la filiation monosexuée, tant masculine que féminine, à travers les techniques de reproduction assistée. Ce choix est motivé par le fait que l'Espagne, en ouvrant le mariage aux couples homosexuels, est allée plus loin que d'autres pays européens dans la reconnaissance de la filiation homosexuelle. Mais dans les faits, plusieurs sortes de *no man's land* juridiques posent des problèmes concrets quant à la reconnaissance de cette nouvelle filiation. C'est dans ces impasses juridiques que la composante biologique et génétique ressort fortement dans le débat juridico-politique actuel. L'analyse visera donc à montrer plus précisément comment, dans ces débats, la composante biogénétique est engagée dans la conception de la filiation, tant du point de vue du droit que des pratiques des couples homosexuels.

**Mots clés** : filiation, genre, homoparenté, Espagne, gestation pour autrui

### Abstract

#### *The effects of the biogenetic component in recognizing same-sex filiation in Spain*

*This article takes up the line of thought arising out of bioethical research that seeks to analyze the intersection of three phenomena: the development of new assisted human reproduction technologies; their legal and normative framework; and new rights granted to sexual minorities, especially with respect to recognition of same-sex parenting. My discussion concentrates on legal changes in Spain with respect to same-sex filiation, both male and female, as they relate to assisted reproduction techniques. This choice is motivated by the fact that Spain, by allowing same-sex couples to marry, has gone further than other European countries in recognizing homosexual filiation. But in the end, the existence of several types of legal no man's land throws up roadblocks in recognizing this type of filiation. In legal and political debates surrounding these legal impasses, it is the biological and genetic components of filiation that tend to be emphasized. My analysis therefore aims to show more specifically how, in these debates, the biogenetic component enters into the conception of filiation, from the viewpoint of both the legal system and the practices of same-sex couples.*

**Keywords**: filiation, gender, same-sex families, Spain, gestational surrogacy

---

Cet article reprend des réflexions issues d'une recherche en bioéthique qui s'attachait à analyser le croisement de trois phénomènes : le développement des nouvelles technologies utilisées dans les processus de reproduction humaine ; leur encadrement juridique et normatif ; l'ouverture des droits aux minorités sexuelles, notamment la reconnaissance de l'homoparentalité<sup>1</sup>. Il s'agissait de savoir comment les artefacts juridiques de la filiation, qui instituent et présument la « vérité » biologique d'un cadre reproductif hétérosexuel, s'adaptent aux nouvelles réalités, tant technologiques que sociales et politiques.

Pour cet article, il s'agit de se concentrer sur la question que pose la filiation homosexuelle au système de filiation hétérosexuel qui est ancré dans le droit établi par les systèmes juridiques occidentaux. Car c'est en effet là, dans l'ordre juridique, que la binarité des sexes est solidifiée, la capacité biologique de procréer étant transposée à l'artefact juridique, naturalisant jusqu'à nos jours les bases de la famille qui se voient définies d'abord au travers du mariage et ensuite au travers de la filiation<sup>2</sup>.

Notre analyse se concentrera sur les évolutions juridiques dans le contexte espagnol. Ce choix est motivé par le fait que l'Espagne, en ouvrant le mariage aux couples homosexuels en 2005, est allée plus loin que d'autres pays européens dans la reconnaissance de la filiation homosexuelle<sup>3</sup>. Mais dans les faits, plusieurs

sortes de *no man's land* juridiques posent des problèmes concrets quant à la reconnaissance de la filiation monosexuée. C'est au sujet de ces impasses juridiques quant à l'attribution de la double filiation monosexuée que sont mobilisées en droit à la fois des dimensions biologiques et des prémisses juridiques. Ainsi, la question du corps (composante biologique, génétique, acte d'accoucher) ressort fortement dans le débat juridico-politique actuel. L'analyse visera donc à montrer plus précisément comment, dans ces débats, le corps est engagé dans la conception de la filiation. Nous montrerons aussi qu'il y a en droit plusieurs conceptions de la filiation qui peuvent être mobilisées. Concernant les prémisses juridiques, nous verrons que les arguments apportent différentes interprétations quant au concept d'intérêt supérieur de l'enfant et d'ordre public. Dans les jugements récents, la hiérarchie juridique de ces deux prémisses varie constamment. Derrière les interprétations juridiques de ces concepts se cachent diverses conceptions de la filiation que nous allons analyser. Notre analyse veut également montrer l'arbitraire de ces conceptions.

Afin de réfléchir à ces questions, nous focaliserons notre regard sur deux configurations nouvelles de la filiation monosexuée issues du développement technologique appliqué au corps humain : la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA)<sup>4</sup>. La première technique est utilisée par

---

1. Du point de vue de la bioéthique, ce croisement a été travaillé dans le cadre d'une recherche menée en Catalogne (2011-2012) : *La subrogació uterina enfront del sistema de filiació. Anàlisi d'un fenomen actual*. La recherche s'est concentrée sur l'analyse de la jurisprudence, des prises de position des commissions en bioéthique, des entretiens auprès de juristes et de pères gays qui ont eu recours à la GPA.

2. Ces questionnements ont été développés dans le cadre de deux recherches postdoctorales. La première subventionnée par le Fonds national de recherche scientifique suisse (Bourse chercheur avancé, no PA0011-117440) et la deuxième, par le ministère de l'Éducation d'Espagne (Bourse Juan de la Cierva).

3. Cette analyse s'appuiera en grande partie sur les résultats d'une recherche postdoctorale du FNS suisse (2008-2010) intitulée *Pratiques militantes, discours*

---

*publics et dispositifs juridiques. Étude comparée des situations suisse, belge et espagnole*. La méthodologie de cette recherche regroupait des observations participantes et des entretiens auprès des acteurs militants dans les trois pays enquêtés.

4. Les techniques de procréation assistée se caractérisent par le fait qu'elles font intervenir un ou plusieurs tiers dans l'acte procréatif. La procréation assistée dissocie la reproduction de l'acte sexuel, permettant de pallier ponctuellement l'infécondité, sans toutefois guérir l'infertilité. Le vocable recouvre principalement trois méthodes, de complexité progressive. Insémination artificielle, fécondation *in vitro* et GPA. Dans cet article, nous utiliserons l'acronyme PMA et GPA. La première concerne l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro* et le transfert intratubaire de gamètes. La deuxième, la gestation

les couples homosexuels féminins et a comme effet juridique d'instituer un double lien de filiation féminine. La deuxième technique concerne majoritairement les couples homosexuels masculins<sup>5</sup>. Au-delà de la dimension bioéthique – et souvent morale –, ces deux modalités d'accès à l'homoparenté remettent en question deux prémisses centrales en droit de la filiation. La première concerne la présomption de paternité. La deuxième déconstruit la prémisse de la maternité et met en cause le classique adage *Mater semper certa est*<sup>6</sup>, son fondement le plus général et apparemment le plus sûr, car la maternité serait constituée par le corps (Mirkovic, 2008).

Ces deux modalités d'accès à la parenté ont fait l'objet des dernières revendications des couples homosexuels espagnols. Ces revendications ont mis à l'épreuve le caractère hétérosexué (et biologique) du système de filiation, en mobilisant les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination (Roca i Escoda, 2011). Dans ces débats, et selon les scènes juridico-législatives, la volonté a été prise parfois comme critère déterminant de la filiation, indépendamment du fait qu'il existe ou non un apport biogénétique, la loi considérant comme parent celui qui a l'intention de l'être. Néanmoins, cette volonté n'a pas toujours été reconnue comme suffisante dans les cas de la reproduction médicalement assistée. En effet, en dépit des demandes des couples lesbiens, la présomption de maternité n'a pas été acceptée, au motif de l'incapacité procréatrice de deux femmes. Dans les cas de gestation pour autrui portés récemment en justice, le législateur renforce parfois la prémisse selon laquelle l'accouchement détermine la filiation maternelle. Par cette réaffirmation, l'acte corporel d'accoucher prime

---

pour autrui. Les deux techniques sont réglementées en Espagne par la Loi sur les techniques de reproduction humaine assistée appelée LTRHA (Loi 14/2006). Cette loi prohibe la GPA en Espagne.

5. Il va sans dire que ces deux techniques sont également utilisées par les couples hétérosexuels.

6. « La mère est toujours certaine », adage qui traduit une règle de preuve du droit romain.

sur les composantes génétiques, dans le cas où la femme qui accouche n'est pas la mère génétique du nouveau-né. Cependant, bien que les positions du législateur espagnol demeurent en grande partie alignées sur des prémisses corporelles et biologiques du système de la filiation, tout récemment les couples gays espagnols se sont vu reconnaître par la voie administrative (bureaux de l'état civil) la double paternité, à travers la transcription des actes de naissance des enfants nés au moyen de la GPA en Californie. Ce sont ces positions antagoniques que nous analyserons, en nous centrant dans un premier temps sur les arguments juridico-législatifs; et dans un deuxième temps, en nous référant aux pratiques et revendications des couples gays et lesbiens pour devenir parents.

### **Les questions de recherche et la méthodologie de l'enquête**

Nos recherches ont visé à interroger les répercussions sur le droit des prolongements de l'institutionnalisation des couples homosexuels, en particulier les nouveaux cadres sociotechniques, normatifs et juridiques de la filiation et de la parenté, en Espagne. Dans des publications récentes, nous avons montré que l'enjeu actuel de la reconnaissance des couples et familles homosexuelles consiste à savoir jusqu'où le législateur et le droit peuvent et doivent aller dans la reconnaissance d'une filiation (Roca i Escoda, 2012; Roca i Escoda et Gallus, 2012). S'agissant de couples monosexués sans capacité procréatrice, cette filiation passe la plupart du temps par le recours aux techniques de reproduction assistée (TRA) ou par l'adoption.

Dans ce contexte, le droit joue un rôle fondamental « en ce qu'il fait exister publiquement ce que l'intimité a engendré » (Schorno, 2007 : 12). Lorsque la filiation est le fruit d'une procréation assistée, le rôle du droit gagne encore en importance. Ces nouvelles techniques ne laissent donc pas le législateur indifférent, lui qui requiert « la création de mesures juridiques inédites et excep-

tionnelles dont l'ampleur n'est pas sans affecter en profondeur la pensée du droit en général» (Descamps, 2007 : 111), comme l'atteste le cas espagnol qui a reconnu, sporadiquement et du bout des lèvres par la voie administrative, la double filiation homosexuelle à travers la GPA.

Concernant la réalisation du droit à l'usage de ces techniques, quel est le poids du principe d'égalité ou de non-discrimination dans ces débats? Quels sont les appuis normatifs qui ont été mobilisés par les militants homosexuels dans le cadre de la transformation du système juridique de filiation? Cette transformation apparaît inhérente à la reconnaissance plénière de l'homoparentalité, et elle semble également approfondir la libéralisation et l'individualisation du droit. Comment octroyer la filiation entre les différents adultes impliqués dans le processus reproductif? Doit-on continuer à imiter la nature? Et enfin, comment les artefacts juridiques de la filiation, qui instituent et présument la «vérité» biologique d'un cadre reproductif hétérosexuel ou «bioconjugal» (Gratton, 2008), s'adaptent-ils aux nouvelles réalités, tant technologiques que sociales et politiques?

Ces situations permettent d'examiner les ressorts normatifs du système de filiation, tel qu'il a été conçu dans les systèmes juridiques occidentaux (Godelier, 2004), lesquels ont déjà été ébranlés par de nombreuses évolutions, allant de la coparenté à la pluriparentalité, à l'introduction de la PMA et à la problématique des couples homosexuels (Fine, 2002 ; de La Rochebrochard, 2003 ; Corpart, 2006 ; Rousseau, 2006 ; Tain, 2005 ; Théry, 2010 et 2013), mais aussi par la solidification et la diffusion de la catégorie de «projet parental» (Boltanski, 2004 ; Hermitte, 2007), qui rentre facilement en consonance avec l'usage de la GPA (Ragoné, 1994 ; Thompson, 2005 ; Delaisi de Parseval et Collard, 2007 ; Gross *et al.*, 2014 ; Gross, 2009).

Autour de la problématique de la grossesse pour autrui, plusieurs publications récentes (Ghevaert *et al.*, 2009), notamment en contexte canadien (Rothmayr et L'Espérance, 2007 ;

L'Espérance, 2012), donnent à voir les différents arguments avancés par les législateurs pour permettre ou interdire cette pratique. Les auteures distinguent les acteurs favorables à une législation libérale de ceux qui la critiquent. Dans le contexte espagnol, une abondante littérature issue de la doctrine juridique, très polarisée, a émergé autour des enjeux juridiques de la GPA<sup>7</sup>. Malgré ces publications récentes, on peut regretter l'absence d'une approche globale, notamment en termes d'enjeux juridiques et normatifs qu'une perspective en sociologie du droit et de l'action publique pourrait offrir.

Pour remplir cette lacune, outre l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine<sup>8</sup>, nous avons suivi de près les revendications actuelles et les débats au sein des associations homosexuelles, homoparentales ou LGBT (lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres), lorsque celles-ci prennent en compte la question de la filiation homosexuelle. Pour cela, nous avons élaboré, dans un premier temps, des ethnographies historiques des évolutions des revendications du mouvement homosexuel (Roca i Escoda, 2012 et 2013a). Dans un deuxième temps, nous avons enquêté sur le parcours des couples gays et lesbiens dans leurs projets de parentalité.

La constitution de l'échantillon a suivi la voie de l'échantillonnage en boule de neige (*snowball sampling*). En empruntant la méthode de l'«induction analytique» (Becker, 2007 ; Katz, 2001), nous avons identifié les collectifs ayant pris part aux demandes de reconnaissance de la filiation homosexuelle. Dans cette pers-

---

7. Au long de cet article, nous citerons une grande partie de la doctrine. Leur traduction est de notre fait.

8. Nous avons employé plus spécifiquement la méthode d'analyse d'archives, avec comme matériel les différentes sources juridiques et législatives, les diverses publications spécialisées de la doctrine, les débats parlementaires et des commissions, des rapports d'études en vue des différents débats législatifs, etc., mais aussi les communiqués de presse, les tribunes, les prises de position, la littérature militante et les autres formes de communications des différents acteurs ayant pris part à ces débats, avant, pendant ou après la création des dispositifs juridiques et des dispositions législatives investigués.

pective, nous avons travaillé sur les archives des associations homosexuelles, fait des observations ethnographiques des groupes de travail sur l'homoparentalité et réalisé des entretiens avec des membres actifs de ces groupes. Les lieux d'observation et d'analyse ont été l'association Familles lesbiennes et gays (FLG) et le groupe de pression *Son Nuestros Hijos* ainsi qu'un comité tout récemment constitué pour la proposition d'un projet de loi qui vise à légaliser et réguler la GPA en Espagne<sup>9</sup>. Pour cet article, nous avons privilégié l'analyse des dispositifs juridiques et les discours autour des changements de ces dispositifs, tout en apportant des exemples des revendications et des récits des couples homosexuels.

### **1. La filiation monosexuée féminine à travers les techniques de reproduction assistée**

En Espagne, la Loi no 14 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée définit les principales règles relatives à l'assistance médicale à la procréation. Elle a abrogé les dispositions précédentes, qui résultaient de la Loi no 35 du 22 novembre 1988, laquelle avait été réformée en 2003 (Jaurena, 2009). Ainsi, deux ans après la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels, la comaternité (coparenté) est reconnue en droit de la filiation. Mais on trouve encore des discriminations entre les couples homosexuels et hétérosexuels pour y accéder. Contrairement aux couples hétérosexuels, qui peuvent adopter des enfants ou

---

9. Pour analyser les évolutions des revendications de l'association FLG, notamment tout son travail sur la question de la filiation homosexuelle avant et après la loi de 2005 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels, nous avons travaillé sur les archives de l'association. Nous avons également fait des observations ethnographiques des groupes de travail sur l'homoparentalité, notamment pendant la préparation de la rencontre européenne des familles homoparentales en Catalogne (mai 2012) et complété ces observations par la réalisation d'entretiens auprès des membres actifs de ces groupes, notamment le groupe de parents gays qui ouvrait une plateforme web (<http://sonnuestroshijos.blogspot.ch>).

avoir recours aux procréations médicalement assistées sans être mariés, les couples homosexuels doivent passer obligatoirement par l'institution du mariage<sup>10</sup>.

Suite à la Loi 3/2005 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels, dans le cas d'un mariage contracté par deux femmes, dont l'une d'entre elles accouche d'un enfant issu de la procréation médicalement assistée, les normes de filiation (que la nouvelle loi sur le mariage n'a pas modifiées) ont posé des problèmes de discrimination. Ceux-ci ont été d'abord dénoncés et par la suite partiellement corrigés par deux changements de lois, la Loi de 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (LTRHA) et la Loi 3/2007 sur l'identité de genre. En effet, en 2006, la loi sur les techniques de reproduction assistée<sup>11</sup> néglige également ce problème. Il faudra attendre 2007, dans le cadre de la loi sur l'identité de genre<sup>12</sup>, pour qu'une modification de l'article 7 de la Loi 14/2006 ait lieu, en ajoutant un troisième alinéa, qui reconnaît expressément la possibilité d'entamer un processus de reconnaissance de filiation au bénéfice de la mère non biologique, afin qu'il prenne effet à la naissance de l'enfant<sup>13</sup>. La mère non biologique, de par sa volonté expresse avant la naissance de l'enfant, devient donc en termes de filiation la deuxième mère « naturelle », puisque, selon la loi, il existe un double lien de filiation

---

10. Face à cette situation, nous avons signalé qu'il y a discrimination envers les couples de personnes homosexuelles non mariées, qui ne peuvent pas adopter, contrairement aux couples non mariés hétérosexuels (Valles Amores, 2005). Étonnamment, le droit de la filiation impose plus fortement la prééminence de l'institution du mariage pour les couples homosexuels.

11. *Ley 14/2006 sobre las « Técnicas de reproducción humana asistida »* (BOE-A-2006-9292).

12. *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas* (BOE-A-2007-5585).

13. « Lorsque la femme est mariée, et non séparée légalement ou de fait, avec une autre femme, cette dernière pourra manifester devant le responsable du registre civil du domicile conjugal qu'elle consent à ce qu'un lien de filiation avec le nouveau-né soit déterminé en sa faveur, lorsque l'enfant de sa conjointe naîtra » (Loi 3/2007, art. 7, al. 3).

«naturel»<sup>14</sup>. Cependant, on trouve encore des discriminations par rapport aux couples hétérosexuels qui ont recours aux TRA. Dans le cas des couples hétérosexuels, le mari, ou compagnon de la femme qui se soumet à ces techniques, devient automatiquement le père naturel de l'enfant, même sans qu'il n'y ait apport génétique de sa part. Par contre, pour les couples lesbiens, la femme qui ne porte pas l'enfant doit établir un consentement auprès des bureaux de l'état civil, chose qui n'est pas exigée pour le mari des couples hétérosexuels, en raison du précepte de la présomption de paternité<sup>15</sup>.

### 1.1. L'argument biologique face aux discriminations résiduelles

Face à ces discriminations résiduelles, les associations homoparentales ont jugé que ces modifications de loi ne signifient pas une symétrie de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens (Roca i Escoda, 2011). En l'état actuel, on réserve exclusivement aux hommes hétérosexuels l'établissement automatique de la filiation par le mariage avec la mère de l'enfant, au travers de la présomption de paternité. En Catalogne, à la suite de réformes législatives du Code civil catalan<sup>16</sup>, l'association Familles lesbiennes et gays a demandé que les processus de filiation des couples hétérosexuels et homosexuels soient placés dans une complète

symétrie. Pour réaliser ce but, la FLG souhaitait que la présomption de maternité puisse s'appliquer au-delà du recours à la PMA, c'est-à-dire dans les cas où l'engendrement se fait en dehors du cadre hospitalier, par ce qu'on appelle la «voie artisanale».

Les démarches de la FLG sont menées par sa présidente qui entreprend, dès le début de l'année 2009, ses actions dans le contexte de la dernière étape de la réforme du Code civil catalan. L'enjeu le plus important est d'établir une vraie égalité entre couples hétérosexuels et couples homosexuels dans les processus de filiation. La FLG cherche à mettre en équivalence la présomption de paternité et de maternité. À ses yeux, lorsqu'une femme est enceinte dans le cadre d'un mariage hétérosexuel, on présume *de facto* que son mari est le père, sans en demander la preuve. De ce fait, pour un couple lesbien dont l'une des femmes serait enceinte sans avoir recouru à la PMA, on devrait aussi présumer que sa compagne compte comme l'autre mère.

Dans les propositions qu'elle transmet au moment des débats parlementaires de 2009, la FLG va encore plus loin dans sa poursuite de l'égalité de traitement. En effet, elle vise, dans et pour toutes les configurations normatives relatives au droit de la famille, à «accomplir une symétrie de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens». L'établissement de la filiation par le mariage – ou par le couple de fait avec la mère de l'enfant – est alors exclusivement réservé à l'homme, à travers une présomption de paternité. La FLG recommande quant à elle «d'introduire la présomption de maternité, matrimoniale comme non matrimoniale, en faveur de l'épouse ou du couple lesbien de la mère biologique, quant à l'enfant qui naîtra durant l'existence du mariage ou du couple de fait. Avec cette opération, on parvient à accomplir une symétrie de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples lesbiens<sup>17</sup>».

14. Il est important de souligner qu'à ce jour, le droit espagnol distingue seulement deux types de filiation : la *filiation naturelle*, qui découle aussi des techniques de reproduction assistée, et la *filiation adoptive* (qui n'inclut pas la filiation assistée). Pour le premier type de filiation, nous utiliserons les mêmes termes juridiques, mais en y mettant des guillemets (filiation «naturelle») pour souligner l'ambiguïté et le caractère confus de l'appellation.

15. Une part de la doctrine juge cela discriminatoire (Iglesias Monje, 2008).

16. La Catalogne, comme certaines autres communautés autonomes, dispose d'un droit civil propre. Toutefois, elle ne peut pas légiférer sur le mariage, car celui-ci relève de la seule compétence de l'État espagnol. La Catalogne et Navarre ont leur propre code de la filiation. Pour la Catalogne (art. 235, Loi 25/2010 du 29 juillet), pour Navarre (Lois 68 à 72 FNN).

17. Intervention d'Elisabet Vendrell, présidente de la FLG au Parlement catalan, séance du 21 sept. 2012.

Cet élargissement de la présomption de paternité à celle de parenté a été refusé par le législateur, dans le cadre de la loi<sup>18</sup>, alléguant l'impossibilité biologique pour deux femmes d'avoir un même enfant : « Cette nouvelle législation fait place aussi à la famille homoparentale, sauf quant aux différences que la nature impose<sup>19</sup>. » La suite du document dit : « Si cette réalité s'inclut dans la catégorie "filiation naturelle", on doit rappeler que "la maternité issue du consentement par procréation assistée de l'épouse, n'est pas une maternité biologique, mais une relation juridique purement légale"<sup>20</sup>. »

Bien qu'à différents degrés de reconnaissance de la filiation monosexuée, le législateur espagnol continue à s'appuyer sur un système de filiation qui reproduit la transposition d'une réalité biologique à un artefact juridique, même lorsque les TRA déconstruisent la logique de cette fiction. Le législateur fait montre d'une certaine incohérence. Or l'impossibilité biologique est mise en avant comme argument pour refuser les demandes d'établissement de filiation automatique de deux mères qui ne se soumettraient pas aux TRA, en tout cas, pas dans le cadre hospitalier. Tandis que l'analyse des discours du législateur lors des débats parlementaires et dans les rapports de la Commission juridique concernant les lois (3/2007, 14/2006, 3/2005) atteste que l'attribution de la filiation est fondée sur le consentement, et non sur la relation biologique. Ce consentement prend force et se voit reconnaître des effets de droit directement à la naissance de l'enfant ; les deux femmes ont le statut de mères et la filiation est considérée comme « naturelle ». De ce fait, à travers la PMA, un couple lesbien peut faire valoir une filiation « naturelle » même si l'une des deux femmes n'a pas de lien biologique avec le nouveau-né (Díaz Martínez, 2007). Mais lorsqu'il s'agit de sortir de l'encadrement hospitalier

et médico-technique, la composante naturelle (donc ici le manque de lien biologique) constitue l'argument principal du refus de l'attribution de la filiation automatique. Dans ce cas, il faut engager une procédure d'adoption<sup>21</sup>.

## 1.2. Le recours à la PMA par les couples lesbiens : des pratiques re-biologisantes ?

Pour les couples lesbiens, on pourrait penser que cette ouverture du cadre de la filiation a permis de briser la suprématie de la composante biologique (selon laquelle deux femmes sont dans l'impossibilité biologique de procréer). Dans les faits, et selon le législateur, l'une des deux femmes porte l'enfant et l'autre est la mère d'intention, sans avoir un lien biologique avec ce dernier. Cependant, la pratique nous montre que ce n'est pas le cas. De nos jours, avec le développement des TRA, lorsqu'un couple lesbien y a recours, les deux femmes pratiquent de plus en plus ce que les cliniques de fertilité appellent la « maternité partagée » ou la ROPA (réception d'ovocytes de la partenaire). En effet, avec les techniques actuelles, il est possible que les deux femmes mariées participent au processus procréatif. L'une des partenaires apporte les ovocytes qui sont inséminés avec le sperme d'un donneur anonyme, et l'autre, reçoit les embryons et porte l'enfant. Dans ce sens, il y a là la possibilité qu'une d'entre elles soit mère génétique et l'autre mère gestatrice. Afin de diffuser cette possibilité technique, plusieurs cliniques de fertilité espagnoles font l'annonce suivante sur leur site internet : « De cette façon, les deux femmes participent à la gestation, les deux femmes donnent leur consentement informé et les deux femmes auront des droits et des obli-

18. LLEI 25/2010 du 29 juillet 2010.

19. *Journal officiel du Parlement de la Catalogne*, no 5686, 5 août 2010, p. 61162-61260.

20. *Id.*

21. C'est le discours du législateur catalan dans le cadre de la réforme du Code civil. Nous avons analysé les revendications de la FLG relativement à cette réforme. Comme nous l'avons vu, la FLG cherche à mettre en équivalence la présomption de paternité et de maternité. Le législateur refusera cette mise en équivalence (Roca i Escoda, 2011).

gations sur l'enfant à naître» (Barber Cármaco, 2010). Nous sommes donc en présence, tant au regard de la volonté des futures mères que des pratiques hospitalières, d'une re-biologisation du lien de filiation pour ce qui concerne la filiation monosexuée féminine, et ce même si la loi reconnaît la double filiation naturelle sans vérifier l'apport biologique des deux partenaires qui forment le couple.

Dans les entretiens que nous avons menés auprès des mères lesbiennes qui ont pratiqué la ROPA, cette coparticipation biologique est désirée pour plusieurs raisons. D'une part, ce choix répond à une volonté de participer ensemble «à faire l'enfant». Comme ce couple de femmes le dit, «de cette façon c'est un enfant de nous deux». Il faut aussi souligner que les témoignages indiquent que ce sont les cliniques qui mettent cette possibilité en avant, même si elle est plus onéreuse, car plus compliquée. Cependant, au-delà de la promotion de cette technique par les cliniques de fertilité, ces couples de femmes témoignent aussi d'un souci pour l'avenir. Selon elles, rien n'est acquis, et si la loi devait disparaître, en étant impliquées toutes les deux dans le processus de procréation, elles pourraient prouver que «l'enfant est le produit de deux corps». Et pourtant, le cadre juridique actuel permet l'enregistrement civil des enfants nés de mariages entre deux femmes à travers la PMA, au moment de la naissance et avec indépendance du lien biologique avec l'une d'elles. Mais, dans les faits, les familles lesboparentales (ré)introduisent la composante biologique en créant des liens biogénétiques à travers les stratégies procréatives qu'offrent les TRA. Ainsi que le montre l'anthropologue Silvia Donoso, en Espagne, plusieurs couples cherchent à réduire la dispersion des liens biogénétiques dans leurs familles et à s'approcher de tels liens à travers diverses pratiques : avoir plusieurs enfants avec un même donneur, recevoir gamètes de la part d'un frère ou recourir à la ROPA (Donoso, 2013). Les femmes qui ont recours à la ROPA cherchent à mutualiser la

maternité en s'efforçant de «partager les substances» engagées dans la maternité et la gestation. La décomposition du processus naturel de la reproduction entre deux femmes permet de répartir le processus de la procréation et de naturaliser la lesboparentalité en récupérant les symboles naturels de la substance partagée, la grossesse et l'accouchement, sur lesquels fonder la construction sociale de la maternité qui sera par la suite consolidée à travers d'une éducation partagée, de l'affect, des soins et le contact quotidien (Donoso, 2013).

Cette crainte de l'avenir juridique est pour le moins fondée, surtout si l'on se réfère au contexte espagnol actuel où le parti conservateur qui gouverne a déposé un recours contestant la constitutionnalité de la loi qui a rendu le mariage accessible aux couples homosexuels<sup>22</sup>. Tout récemment, ce même gouvernement a commencé à mettre en cause plusieurs acquis sociaux relatifs à l'égalité de genre (avortement, éducation sexuelle à l'école, transsexualité...). Cette crainte quant aux acquis juridiques est sensée, notamment quand on regarde l'évolution de la reconnaissance de la double filiation monosexuée masculine au sein de couples usant de la GPA.

## **2. La filiation monosexuée masculine à travers la gestation pour autrui**

La maternité pour autrui est devenue en Espagne un thème d'actualité juridico-politique depuis la Loi 13/2005 qui ouvre le mariage aux couples homosexuels en leur accordant les mêmes effets juridiques que ceux qui accompagnent l'institution matrimoniale, notamment l'accès à la filiation et la reconnaissance de la filiation (naturelle et adoptive). Plus concrètement, un débat s'est

---

22. Un jour après l'approbation de la Loi 13/2005 par le Parlement espagnol, le Parti populaire a présenté un recours en anticonstitutionnalité. Le Tribunal constitutionnel rejettera ce recours le 26 octobre 2012 et consolidera l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Soulignons aussi que le parti qui gouverne prépare un changement de la LTRHA afin de restreindre la PMA dans les hôpitaux publics aux seuls couples hétérosexuels.



ouvert au sein de la société espagnole, débat créé par les revendications de couples gays qui sont allés à l'étranger pour bénéficier d'un processus de GPA, dans les pays où le cadre légal le permet (Portelli, 2013). Cependant, les bureaux d'état civil espagnols et consulaires n'ont pas voulu reconnaître la filiation qui en résulte, de sorte que plusieurs couples ont entamé des actions en justice, exigeant une reconnaissance juridique du lien qui les unit aux nouveau-nés. Dans l'état actuel, après diverses résolutions et instructions par les autorités compétentes, quelques couples gays ont pu faire inscrire leurs enfants à l'état civil, non sans difficulté. La décision reste fort aléatoire, la procédure est extrêmement compliquée d'un point de vue bureaucratique, et elle a encore été récemment remise en cause par le Tribunal suprême<sup>23</sup>.

D'un point de vue général, la GPA est une pratique cliniquement viable, proposée en cas de stérilité pour des raisons médicales (l'infertilité dérivée de l'absence de l'utérus, ou d'autres problèmes qui empêchent la grossesse); et dans ce contexte, elle peut être plus ou moins bien acceptée (Abellán et Sanchez-Caro, 2009). La GPA est pratiquée depuis longtemps, souvent dans l'illégalité. Dans de nombreux cas de stérilité, des couples hétérosexuels<sup>24</sup> ont procédé à des arrangements clandestins. Lorsque l'enfant naît, les couples qui y ont eu recours deviennent les parents «naturels» de l'enfant, car leur situation correspond à la fiction juridique de la filiation, ancrée sur l'idée d'une reproduction intervenant au sein d'un couple hétérosexuel. En ce sens, l'on pourrait interpréter ces pratiques comme faisant preuve d'hypocrisie juridico-administrative en Espagne; car ce n'est

qu'avec la question de la reconnaissance de la double filiation homoparentale masculine, à travers la GPA, que des cas de jurisprudence sont apparus<sup>25</sup>. Lorsque deux hommes veulent devenir parents à travers la GPA, l'adéquation de la procréation et de la reproduction biologique est ainsi bouleversée. En effet, dans le cas d'une GPA en Californie (cas analysé dans notre étude), une femme porte à terme une grossesse – ici, les modalités de combinaison génétiques sont nombreuses – et, au moment de l'accouchement, le nouveau-né sera attribué aux couples d'hommes qui ont entrepris ce processus volontaire de paternité.

Pour l'Espagne, le droit de la filiation constitue toutefois un obstacle au développement de la GPA, car c'est toujours à l'épreuve de l'accouchement que la maternité est reconnue. L'interdiction de la GPA a été instaurée par la Loi du 22 novembre 1988 relative aux techniques de reproduction médicalement assistée, puis confirmée par la Loi no 14 du 26 mai 2006<sup>26</sup>. Cette loi interdit explicitement le recours à la GPA et renforce le présupposé selon lequel la mère est celle qui accouche. Malgré cette interdiction, l'Instruction de la DGRN (Direction générale des registres et du notariat)<sup>27</sup>, sur «le régime de registre de la filiation des enfants nés moyennant la gestation par substitution» du 5 octobre 2010<sup>28</sup>, a permis l'inscription à l'état

23. Jugement 835/2013, 6 juin 2014, [http://www.elde-recho.com/actualidad/Tribunal-Supremo-Sala-rec-EDJ\\_EDEFIL20140311\\_0001.pdf](http://www.elde-recho.com/actualidad/Tribunal-Supremo-Sala-rec-EDJ_EDEFIL20140311_0001.pdf).

24. Cf. notamment l'étude de législation comparée dans «Les documents de travail du Sénat», série législation comparée, no LC 182, janvier 2008, <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.html>. J'ai rédigé la partie sur l'Espagne et, pour ce faire, ai réalisé une étude de la jurisprudence espagnole.

25. Étonnamment, il n'y a aucun cas de jurisprudence avant 2006 (cf. Roca i Escoda, 2013b).

26. Cette loi dispose que : «1. Sera nul de plein droit le contrat par lequel est convenue la gestation, à titre onéreux ou gratuit, d'une femme qui renoncera à la filiation maternelle en faveur du cocontractant ou d'un tiers. 2. La filiation des enfants nés à l'issue d'une maternité de substitution sera déterminée par l'accouchement. 3. Le père biologique conserve la possibilité de revendiquer la paternité, conformément aux règles de droit commun» (BOE, no 126, 27 mai 2006, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292)).

27. La DGRN est attachée structurellement au sous-secrétariat du ministère de la Justice. C'est la Direction générale des Bureaux d'état civil.

28. Cf. no 1032/2009 TSJ Madrid, Instruction de la DGRN du 5 oct. 2010 sur le régime de la filiation des enfants nés par GPA (BOE, 7 juill. 2010; BOE, no 243, 7 oct. 2010).

civil des enfants nés de la gestation pour autrui dans les pays dont la loi le permet, à condition qu'au moins un des géniteurs soit espagnol. Par là, l'accès au registre civil espagnol des cas «étrangers» est permis<sup>29</sup>. En ce sens, par la voie de l'état civil, des couples gays ont pu faire valoir une filiation «naturelle».

Concrètement, à l'occasion de plusieurs recours interposés, la DGRN se prononcera en leur faveur<sup>30</sup>. Elle ordonnera ainsi l'inscription de la naissance des mineurs avec filiation de manière identique à celle qui apparaissait dans les registres civils californiens : les enfants nés en Californie sont alors tenus pour les filles et les fils «naturels» des couples gays espagnols<sup>31</sup>. La DGRN refuse d'accorder crédit à l'existence de fraude et de *bad forum shopping*, elle argumente que cette inscription n'est donc pas contraire à l'ordre public international espagnol<sup>32</sup>. De plus, la DGRN souligne que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige que les enfants aient la même filiation en Espagne et en Californie, afin que leur identité soit une et non plusieurs ; autrement dit, les mineurs ne doivent pas chan-

ger juridiquement de parents et de statut chaque fois qu'ils traversent les frontières<sup>33</sup>. En outre, la DGNR affirme qu'il serait discriminatoire de ne pas permettre l'inscription de la filiation naturelle de ses enfants nés en Californie.

L'Instruction de la DGRN du 5 octobre 2010 peut être interprétée comme étant une déclaration d'intention ou une prémisse pour une régulation de la GPA en Espagne. En effet, l'exposé des motifs de l'Instruction ainsi que les directives pourraient configurer la structure de base d'une convention de GPA dans le système juridique espagnol. On trouverait ici les caractéristiques essentielles de la convention de la GPA : un apport du matériel génétique par au moins l'un des parents, une pleine capacité et un consentement libre des parties contractantes, une irrévocabilité du dit consentement et une garantie de l'accès à son origine biologique pour l'enfant né<sup>34</sup>.

## 2.1. Les différentes visions du droit et de la filiation

Il est intéressant de souligner qu'en Espagne, tant dans les revendications pour faire reconnaître cette double paternité que sur le plan administratif, le problème a moins été la pratique de la GPA comme telle que la protection des enfants. En effet, les revendications des groupes de pères gays, qui se sont constitués pour porter ces cas en justice, se sont centrées sur la protection des enfants nés par GPA à l'étranger : «Les associations de familles homoparentales font la revendication suivante : Que soit permise l'inscription dans le Registre civil espagnol des enfants d'homosexuels espagnols nées à l'étranger, au moyen de la transcription simple du document

29. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1992, l'Espagne est partie liée à la Convention CIEC no 24 relative à la reconnaissance et à la mise à jour des livres d'état civil, signés à Madrid le 5 septembre 1990, qui prévoit que l'officier de l'état civil qui dresse un acte mette à jour, lorsqu'il lui est présenté, le livret national établi dans un autre État contractant. En vertu de la possibilité de réserve prévue à l'article 11 de la Convention, l'officier de l'état civil espagnol n'effectuera pas les mises à jour non prévues par sa loi interne ou dont le contenu est contraire à son ordre public.

30. BOE, no 243, 7 oct. 2010. Concernant l'analyse des diverses instructions, voir notamment Calvo Caravaca et Carrascosa González (2011) et Cerdá Subirachs (2011).

31. Il est intéressant de souligner qu'à la différence du Québec, où la reconnaissance de la filiation par GPA se fait dans les tribunaux de première instance (L'Espérance, 2012), en Espagne, ce sont précisément ces tribunaux qui ont jugé illégale cette pratique, refusant de reconnaître la filiation qui en résulte. En Espagne, c'est plutôt la voie administrative, donc l'état civil, qui reconnaît la filiation en procédant à l'inscription des actes de naissance.

32. La DGRN invoque l'intérêt supérieur du mineur, s'appuyant sur la norme supranationale de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations unies (1989), en vigueur en Espagne depuis le 5 janvier 1991.

33. Cf. Instruction de la DGRN du 5 oct. 2010.

34. Sur cette base, plusieurs juridictions ont ordonné l'inscription à l'état civil d'autres enfants (DGRN, 5 juin 2011 ; DGRN, 9 juin 2011 ; Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, arrêt du 20 sept. 2012, rec. du 12 avril 2012, qui donne droit au congé maternité et aux allocations maternité pour la GPA).

du pays de naissance<sup>35</sup>.» La demande est à la fois très simple et très concise, elle tend à présenter un problème concret pour éviter d'entrer dans le débat sur la légitimité de la GPA. Cette demande ne fait pas appel aux droits antidiscriminatoires, mais soulève une banale question pratique, celle de l'inscription des enfants dans les registres civils espagnols, au nom de la protection des enfants. La position est des plus pragmatiques, car on souligne le fait qu'il y a des enfants nés de la GPA et que ces derniers devraient être protégés, comme les autres<sup>36</sup>. À l'administration, les instructions et résolutions de la DGNR ont également une vision pragmatique du droit en reconnaissant des situations de fait, c'est-à-dire des familles constituées au moyen de la GPA, au nom de la suprématie de l'intérêt supérieur de l'enfant.

On pourrait donc penser que l'Espagne se trouve dotée d'une nouvelle vision de la filiation, étant pionnière en la matière, en reconnaissant des filiations automatiques (et naturelles) pour deux mères, mais aussi pour deux pères. Toutefois, cette reconnaissance n'est pas inscrite dans la loi, en tout cas pas pour ce qui est de la filiation concernant les couples gays. Elle a été attribuée de gré à gré à des cas concrets par la voie administrative, à travers la direction de l'état civil, qui ne relève pas de la compétence du pouvoir judiciaire. Le pouvoir judiciaire, notamment le Tribunal suprême, a tranché la question le 6 février 2014<sup>37</sup>. À ce jour, ces cas n'ont pas d'issue clairement définie. En s'appuyant sur l'existence d'une infraction à l'ordre public international espagnol (Vela Sánchez, 2012), divers pouvoirs judiciaires (Audiencia provinciale de Valence, Ministère public et

---

35. <http://sonnuestroshijos.blogspot.ch>.

36. Néanmoins, pour appuyer cette demande, les couples gays font référence à la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations unies, en rappelant que l'Espagne en est signataire depuis 1999.

37. Le Tribunal suprême, dans le jugement du 6 février 2014, a refusé l'inscription de la filiation de deux enfants nés en Californie par GPA. Le jugement n'admet pas l'argument de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Tribunal suprême)<sup>38</sup> mettront en cause l'Instruction de la DGNR et proposeront de laisser sans effet les inscriptions pratiquées, ce qui revient à les annuler.

Dans les procès judiciaires, les oppositions à la reconnaissance de la double filiation monosexuée masculine au moyen de la GPA sont de différents ordres, et établissent une hiérarchie de valeurs juridiques. D'une part, on trouve des jugements qui contribuent à une re-biologisation de la filiation. D'autre part, avec diverses interprétations de l'ordre public et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Quant à la re-biologisation de la filiation, on trouve des positions dans la doctrine et la résolution de l'Audiencia provinciale de Valence (SAP, 15 sept. 2010). Cette dernière refusait la solution proposée par le DGRN, en s'appuyant sur l'article 10.2 de la Loi sur techniques de reproduction assistée de 2006, qui établit que la filiation des enfants nés par GPA sera déterminée par l'accouchement. Plus tard, la SAP confirmera ce jugement et présentera un recours en cassation, avalisée par le jugement du TS en arguant que ladite résolution du DGRN est contraire à l'ordre public international espagnol.

### **2.1.1. L'argument re-biologisant : du recours juridique aux pratiques**

L'argument re-biologisant, qui s'appuie sur l'article 10.2 de la Loi sur les techniques de reproduction humaine assistée de 2006 (LTHRA), est fondé sur le principe d'une vérité biologique, gestationnelle, fréquemment différente de la vérité génétique, qui domine dans la détermina-

---

38. Ces directives ont été mises en cause par la Cour supérieure provinciale de Valence (Audiencia Provincial de Valencia) comme l'atteste l'arrêt no 8621/2011 de ladite audience (SAP de Valencia, 23 nov. 2011). Cet arrêt prend appui sur l'instruction de la DGRN du 5 octobre 2010, et suit les précédents disposés par le jugement du Juzgado de Primera instancia (no 15 de Valence, 15 sept. 2010), qui a donné lieu à la demande interposée par le Ministère public (Ministerio Fiscal), ordonnant l'annulation de l'inscription à l'état civil des enfants nés par gestation pour autrui dans des pays étrangers.

tion de la paternité. Cette vision est justifiée par quelques civilistes qui arguent de l'importance de la composante psychologique et physiologique dans la relation mère-enfant durant la période de gestation, vue comme période cruciale dans le processus de formation et de développement de l'enfant à naître. Notons que dans les cas de GPA, la figure de la mère est décomposée, puisque les cas portés en justice ont pratiqué une dissociation entre la gestatrice et la femme qui donne l'ovocyte, ce don étant généralement anonyme, au même titre qu'un donneur de sperme. Il y a en ce sens une méconnaissance, et donc une confusion, entre le rôle et la figure de la «mère», ainsi qu'à l'égard de son statut.

Dans le refus catégorique de reconnaître la double filiation naturelle paternelle à travers la GPA pratiquée à l'étranger, le jugement du Tribunal suprême indique la voie à suivre pour faire reconnaître une filiation (De Torres Perea, 2014). Cette voie s'éloigne fortement de la position du DGRN qui visait à reconnaître des réalités familiales existantes en établissant l'importance de la composante de la volonté dans les processus de paternité. Le Tribunal suprême, au contraire, renforce le lien biogénétique en demandant de vérifier qui est le géniteur. De ce fait, selon le Tribunal, il faudra, tout d'abord, vérifier si l'un des deux hommes est le géniteur de l'enfant; dans ce cas, en accord avec l'article 10.3 de la LTRHA, il peut engager une action en paternité. L'autre homme, par contre, devra passer par la voie adoptive. Si aucun des deux hommes n'est le géniteur, une solution envisagée serait la famille d'accueil ou l'adoption. Donc, le Tribunal veut bien reconnaître une filiation adoptive à travers la GPA, mais en la différenciant de la filiation naturelle. Pour deux femmes mariées qui ont accès aux TRA, ce n'est pas le cas. En effet, si l'une des deux n'a pas de lien biologique avec l'enfant, elle peut devenir, en termes de filiation, mère naturelle et non adoptive. Le Tribunal justifie cette différence – qui a été dénoncée comme discriminatoire par une partie de la doctrine (cf. Calvo-Caravaca et

Carrascosa Gonzalez, 2011) – en arguant que dans le cas de deux femmes mariées l'une des deux est la mère. Par sa position, il entérine la suprématie du rôle maternel dans l'attribution de la filiation : sans un lien biogénétique maternel, il n'est pas question d'envisager de reconnaître automatiquement une filiation.

Face à cette vision de la filiation, nous avons identifié dans les discours des couples gays qui ont recours à la GPA un besoin de la part des deux futurs parents d'établir des liens biogénétiques avec l'enfant à naître. D'une part, tous les couples gays interviewés ont choisi de s'aligner sur la pratique dominante des cliniques étatsuniennes, qui excluent le lien génétique entre la gestatrice et l'enfant à naître, afin de mieux garantir l'exclusivité des liens parentaux des futurs pères. Cette pratique décompose donc la procréation (c.-à-d. la maternité) en divisant la gestatrice de la femme qui donne l'ovocyte. D'autre part, en dépit des liens que les couples gays ont pu créer avec les femmes engagées dans le processus de GPA<sup>39</sup>, ils cherchent à se présenter comme seuls géniteurs, tant d'un point de vue légal qu'au regard de leurs enfants. À l'instar de ce que montre l'étude de Marcin Smietana (2013), nous avons pu constater que, dans leur volonté de devenir parents, les pères gays n'ont pas déclaré une croyance relative à la primauté des liens génétiques – la plupart avaient pensé d'abord à l'adoption. En visant à utiliser la pratique de la GPA, ils ont reconnu que le fait d'avoir un enfant biologique avait une valeur spéciale pour leur projet de paternité. Par exemple, lorsqu'ils ont découvert la possibilité de la GPA, un couple s'est dit : «On peut le faire?! Et en plus l'enfant peut être de nous deux!» Dans un même ordre d'idée, quelques pères ont décidé de mélanger les deux spermes; d'autres viseront deux grossesses, chacune avec le sperme d'un des deux partenaires et avec

---

39. Pour une analyse fine et détaillée de ces liens et pratiques, voir notamment, pour le contexte espagnol, Borrás (2012) et Smietana (2013) et, pour le contexte français, Gross et Mehl (2011) et Gross (2012).

la même donneuse d'ovocytes. Ces stratégies laissent entendre que les personnes interviewées sont conscientes de l'importance des liens biologiques dans la construction de leurs familles, qui se trouveraient pour ainsi dire «normalisées<sup>40</sup>». Au regard de ces témoignages, il est loisible de se demander si cette re-biologisation est influencée par la fragilité et l'ambiguïté des positions juridico-législatives actuelles, ou bien si elle témoigne d'une symétrisation des pratiques des couples homosexuels par rapport à la filiation (procréation) hétérosexuelle. Si c'est la seconde option qui prévaut, malgré les changements induits par les nouvelles technologies procréatives, il est alors possible de penser que les pratiques homoparentales sont normativement moins subversives qu'il n'y paraît.

### **2.1.2. La concurrence de deux principes juridiques : l'ordre public et l'intérêt supérieur de l'enfant**

Comme nous l'avons dit, le jugement du TS de février 2014 confirme la position selon laquelle les enfants nés par GPA ne peuvent pas être inscrits comme fille ou fils d'un couple marié homosexuel. Deux raisons sont apportées à cette position. La première relèverait de l'application de la norme espagnole qui prohibe ledit contrat dans la LTRHA (art. 10.1). La seconde argue que la convention de reconnaissance de filiation serait contraire à l'ordre public international espagnol, en portant atteinte à la dignité de la femme gestatrice et de l'enfant à naître. Les arguments mobilisés à ce propos ont trait à la marchandisation de la gestation et de la filiation ainsi qu'à l'exploitation des femmes pauvres. Dès lors, selon le Tribunal suprême, l'invocation de l'intérêt supérieur de l'enfant (Vela Sánchez, 2014) ne vaut pas. Cette position est radicalement opposée à celles de la DGRN et

du vote minoritaire du jugement du Tribunal. La position minoritaire allègue qu'il ne s'agit pas de faire une analyse de la validité des documents étatsuniens, mais de considérer, dans le contexte de l'ordre public international, la suprématie de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans les diverses résolutions judiciaires, le thème concurrent le plus mobilisé est le concept de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant comme conséquence de la filiation<sup>41</sup>. Avec ce concept comme argument juridique principal, il s'est produit en Espagne, depuis 2010, une reconnaissance *de facto* de la filiation à travers la GPA pratiquée à l'étranger, du moins lorsque celle-ci est encadrée par des clauses légales. Mais une partie de la doctrine avance que l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept juridique indéterminé qui n'est ni absolu ni illimité, et que la satisfaction de cet intérêt ne peut pas s'atteindre en contournant ou en fraudant la loi (Vela Sánchez, 2014). La DGRN voit les choses différemment : selon elle, la protection de l'enfant constitue l'objectif essentiel de ses diverses instructions visant à faire inscrire ces filiations dans les actes d'état civil.

Pour rappel, la résolution de la DGRN arguait que le mineur a droit à une seule identité, laquelle doit être respectée au-delà des frontières. Face à cette position, le TS estime qu'il s'agit là d'un bien juridique de moindre importance que ceux protégés par la prohibition de la GPA, qui s'appuie sur le concept d'ordre public. Le problème juridique est donc de déterminer ce que l'on doit comprendre par «ordre public international espagnol». Une partie de la doctrine considère que depuis l'entrée en vigueur de la Loi 13/2005, qui permet l'adoption par les couples homosexuels, la GPA ne devrait plus être considérée comme contraire à l'ordre

---

40. Sur la question de la naturalisation de la filiation, voir notamment Fine et Martial (2010), Côté (2009) et Cadoret (2011).

---

41. Cf. ces divers jugements : Jugement de la Audiencia Provincial de Valencia, section 7a, 23 déc. 2003, rec. 766/2003 ; jugement de la Audiencia Provincial de Barcelona, section 18a, 22 fév. 2007, rec. 864/2006 ; Jugement de la Audiencia Provincial de Barcelona, section 18a, Sentencia 12 déc. 2006, rec. 482/2006.

public (Calvo Caravaca et Carrascosa González, 2009 ; Albert Marquez, 2012), surtout dans les cas où ces contrats se font en toute légalité. Selon cette position, la prééminence de l'ordre public s'effacerait devant l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la protection se concrétise en facilitant l'inscription aux bureaux d'état civil d'une relation déclarée, avec toutes les garanties, par un tribunal étranger. Dans ce même sens, d'autres estiment qu'il faut suivre les positions récentes en droit international privé, qui envisagent la possibilité d'une vraie régulation de la GPA au niveau international (Lamm, 2012).

Quant à l'argument de la discrimination en fonction de la filiation<sup>42</sup>, même le caractère « illégal » de cette filiation ne justifie pas un traitement différencié de la part des autorités publiques ou institutions privées<sup>43</sup>. Le jugement du Tribunal suprême refuse l'argumentation de la discrimination en raison du sexe. Selon le Tribunal, il est vrai que la législation espagnole permet l'inscription de la maternité en faveur de deux femmes mariées selon l'article 7.3 de la LTHRA, mais la différence qui empêche de reconnaître une discrimination réside en ceci que, dans le cas de deux femmes, on procède à une technique légale d'apport du matériel génétique masculin, de sorte que l'une des deux femmes est bien la mère biologique de l'enfant<sup>44</sup>. Tandis que dans le cas jugé, il y a recours à une technique prohibée par le règlement espagnol. Pour autant, cela ne veut pas dire que le règlement espagnol ne permet pas l'inscription à l'état civil d'une filiation en faveur de deux hommes, comme la DGRN l'argumente de son côté.

Il nous apparaît donc qu'il faut se demander ce qui se cache derrière la mobilisation du

concept de l'ordre public. Est-ce vraiment parce qu'il y aurait fraude, au regard de la LTRHA, et qu'une atteinte serait portée à l'intégrité de la femme et de l'enfant ? Ou n'est-ce pas plutôt parce que le législateur ferait face à ce qui lui semble proprement impensable ? Cet impensable consistant en l'idée d'une double filiation masculine, sans mention de la figure de la mère.

### **Conclusion : vieilles catégories juridiques pour de nouvelles réalités ?**

Historiquement, en termes juridiques, la filiation est le lien de droit qui unit un enfant à son père et à sa mère. Le droit espagnol établit deux catégories de filiation : la filiation naturelle et la filiation adoptive. La filiation naturelle présume que l'enfant est naturellement relié à sa mère à la naissance, et la loi considère qu'il est automatiquement relié à son père à partir du moment où les parents sont mariés (présomption de paternité). De nos jours, aux yeux du législateur, la filiation par « nature » est celle qui est établie par la procréation naturelle, peu important les liens qui unissent les parents, qu'ils soient mariés ou non. La filiation peut être établie par « nature » (biologique) ou de façon « singulière » (par adoption ou par procréation médicalement assistée). Mais la réalité procréative qu'offrent les nouvelles technologies complexifie cette distinction. La détermination de la filiation à travers des TRA est actuellement un thème primordial pour le droit, notamment quant à la désignation des parties impliquées dans le rapport de filiation.

Afin de déterminer le lien juridique de la filiation et d'établir l'ensemble des effets juridiques qui en résultent (obligations, garde, nom de famille, succession, etc.), le droit détermine une série de faits et d'actes auxquels il attribue une telle fonction. Dans ces faits et actes, il détermine qui doit être la mère et le père, en fonction de deux prémisses distinctes : le lien biologique et le lien social. Ces deux liens ne coïncident pas toujours, et le droit doit décider

---

42. Argument avancé tant par quelques juristes (Calvo Caravaca, 2009) que par les pères qui ont eu recours à la GPA (<http://sonnuestroshijos.blogspot.ch>).

43. Cf. les jugements suivants : STSJ, Sala de lo Social, Madrid, 23 avril 2013 ; comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne (SSTJUE, 2 oct. 2003, affaire García Avello, et 14 oct. 2008, affaire Grunkin-Paul).

44. Voir à ce sujet les propos de Farnós Amorós (2010).

comment articuler cette dissemblance : soit en termes d'exception, soit en termes de normalité.

En Espagne, le législateur a décidé, depuis la première loi concernant les techniques de reproduction assistée de 1988, que la filiation issue de ces pratiques est une filiation naturelle. Il a donc refusé de créer une troisième forme de filiation. Et pourtant, comme le souligne Irène Théry dans un rapport récent sur la France (2014), il y a bel et bien trois modalités d'établissement de la filiation : engendrement par procréation, adoption et engendrement avec tiers donneur<sup>45</sup>.

À ce jour, face à la double maternité issue de la PMA et du mariage homosexuel, le législateur espagnol argumente qu'elle n'altère pas le principe d'unité de la maternité (Barber Cárcamo, 2010)<sup>46</sup>, car la maternité biologique est présente dans le lien de filiation. De ce fait, jusqu'à présent, le critère basique de détermination de la filiation a été de nature biologique (la vérité biologique comme fait déterminant la filiation s'impose sur la possession d'état, par exemple) (Gallus, 2009). Dans les processus de filiation, la quête de la vérité biologique continue à régner, car selon la loi, l'attribution de maternité est régie par la femme qui accouche.

Les techniques de reproduction médicalement assistée bouleversent les structures juridiques existantes (Serrano Alonso, 1999). Elles permettent d'être parents à des personnes qui ne pourraient pas l'être sans cela (notamment la double filiation maternelle et paternelle), ce qui entraîne forcément des changements dans les normes et le concept de filiation. D'une part, comme conséquence de ce cadre socio-technique, le biologique ne comprend plus forcément le génétique. Aujourd'hui, le législateur est face à trois critères très différenciés : génétique, biologique et volitif. Face aux deux autres critères, l'élément volitif acquiert de plus en plus d'importance dans la filiation issue de

la PMA (Lamm, 2012). Nous sommes actuellement au cœur de ce processus de changements. D'ailleurs, peut-être vaudrait-il mieux parler de mutations, au sens d'une évolution profonde touchant aux racines normatives, tout en suivant des parcours sinueux. Au cours de cette mutation, on peut observer une dé-biologisation (c.-à-d. dé-généritisation) partielle de la filiation. Nos analyses montrent que cette mutation de la filiation est ambiguë et peut-être moins radicale qu'on ne le croit. En effet, si on assiste à une transformation des normes sociales de l'hétéro-normativité, ces normes n'en continuent pas moins à être très présentes, en étant tout à la fois, en même temps, le modèle par excellence de la filiation et le principal obstacle à sa mutation.

La filiation par PMA et GPA casse la prémisses du rapport charnel de la procréation en renfonçant l'établissement des liens de filiation par l'élément volitif. Face à cela, les positions du législateur sont tâtonnantes, souvent confuses, voire contradictoires, il peine à trouver une façon de hiérarchiser ou de composer les éléments qui détermineraient la filiation : biologique, génétique, volitif. Une réflexion importante doit donc être menée concernant les prémisses actuelles en droit de la filiation. Cette réflexion doit porter sur la distinction entre filiation naturelle et adoptive, sur la présomption de paternité et sur la prééminence de l'acte d'accoucher. La tâche ne s'avère pas facile, et ce travail implique une révolution dans le paradigme instauré par le droit romain et l'histoire des codes civils occidentaux.

Le droit de la filiation s'est bâti sur deux axes différents et parfois contradictoires, la vérité biologique et la vérité socioaffective. La filiation n'est pourtant pas synonyme de procréation, elle est un mode de structuration de la parenté, derrière laquelle est inscrite une conception que la société se fait de la parenté. Cette conception est en pleine mutation en raison de la dissociation entre filiation et mariage, filiation et sexualité, filiation et procréation (Théry, 2014). Le droit de la filiation devient de plus en plus autonome

---

45. Pour rappel, en Espagne on distingue en droit deux modalités de filiation : naturelle et adoptive.

46. RDGR, 6a, 5 juin 2006; RDGR, 4a, 14 oct. 2009.

et indépendant des formes de vie et des genres de (et des) familles (Gallus, 2009). Si le mouvement féministe a permis la dissociation entre sexualité et filiation, le mouvement homosexuel radicalise la rupture entre la reproduction et la filiation (Tamayo Haya, 2013). Aujourd'hui, le législateur se heurte à une évidence socio-historique : ce n'est plus le facteur de la capacité

reproductrice qui fonde la filiation juridique, mais la volonté (Borrillo, 2011). Pour autant, comme on l'a vu, les couples parentaux lesbiens ou gays n'en restent pas moins attachés à préserver un lien proprement corporel avec l'enfant à naître ; ce qu'un certain nombre de techniques de reproduction assistée leur permet de faire.

## Bibliographie

---

- Abellán, F. et J. Sanchez-Caro. 2009. *Bioética y ley en reproducción humana asistida : manual de casos clínicos*, Grenade, Comares.
- Albert Márquez, M. 2012. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, no 7863. .
- Barber Cárcamo, R. 2010. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, no 8, p. 25-37.
- Becker, H. S. 2007 [1963]. *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Paris, Métailié.
- Boltanski, L. 2004. *La condition fœtale*, Paris, Gallimard.
- Borrás, V. 2012. «Ser padres homosexuales a través de la gestación subrogada», dans O. Guasch (dir.), *Vidas de Hombre(s)*, Barcelone, Bellaterra.
- Borrillo, D. 2011. «La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique», *Histoire@Politique*, no 14, p. 55-83.
- Cadore, A. 2011. «La famille homoparentale en France : une révolution tranquille?», *Enfances Familles Générations*, no 15, p. 45-60.
- Calvo Caravaca, A.-L. 2009. «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones entorno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, no 2, p. 294-319.
- Calvo Caravaca, A.-L. et J. Carrascosa González. 2009. «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones entorno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de derecho transnacional*, 1989-4570, vol. 1, no 2, p. 294-319.
- Calvo Caravaca, A.-L. et J. Carrascosa González. 2011. «Notas críticas entorno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n0 1, p. 247-262.
- Cerdà Subirachs, J. 2011. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN», *Abogados de Familia*, no 60, Sección Tribuna Abierta, La Ley 4893/2011.
- Corpart, I. 2006. «La pluriparentalidad en chantier», *Cités*, no 28, p. 61-71.
- Côté, I. 2009. «La lesboparentalité : subversion ou reproduction des normes?», *Recherches féministes*, no 22, p. 25-37.
- De la Iglesias Monje, M.I.-I. 2008. «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas», *Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias, F.J. Javier Gómez Gállego*, vol. 1, p. 471-489.
- De La Rochebrochard, E. 2003. «Des hommes médicalement assistés pour procréer : IAD, FIV, ICSI, bilan d'une révolution dans la prise en charge médicale de l'infertilité masculine», *Population*, no 58, nos 4-5, p. 549-586.
- De Torres Perea, J.-M. 2014. «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», *Diario La Ley*, no 8281, Sección Doctrina.
- Delaisi de Parseval, G. et C. Collard. 2007. «La gestation pour autrui: un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines», *L'Homme*, no 183, p. 29-54.
- Descamps, P. 2007. «L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse», *Raisons politiques*, no 28, p. 111-125.
- Díaz Martínez, A. 2007. «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, no 21, p. 75-129.



- Donoso, S. 2013. «Superando la unicidad de la madre: la maternidad lesboparental», dans C. Lopez, D. Marre et J. Bestard (dir.), *Maternidades, procreacion y crianza en transformacion*, Barcelone, Bellaterra, p. 185-202.
- Farnós Amoros, E. 2010. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *InDret*, no 1.
- Fine, A. 2002. «Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales», *Spirale*, no 21, p. 19-43.
- Fine, A. et A. Martial. 2010. «Vers une naturalisation de la filiation?», *Genèse*, no 1, p. 121-134.
- Gallus, N. 2009. *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier.
- Ghevaert, L., L., Theis et N., Gamble. 2009. «Re X and Y (Foreign Surrogacy) : "A Trek Through a Thorn Forest"», *Family Law*, no 39, p. 239-243.
- Godelier, M. 2004. *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard.
- Gratton, E. 2008. *L'homoparentalité au masculin. Le désir d'enfant contre l'ordre social*, Paris, PUF.
- Gross, M. 2009. «Les familles homoparentales : entre conformités et innovations», *Informations sociales*, no 154, p. 106-114.
- Gross, M. 2012. *Choisir la paternité gay*, Paris, ÉRES.
- Gross, M. et D. Mehl. 2011. «Homopaternalité et GPA», *Enfances Familles Générations*, no 14, p. 95-112.
- Gross, M., J. Courduriès et A. de Federico. 2014. «Le recours à l'AMP dans les familles homoparentales : état des lieux. Résultats d'une enquête menée en 2012», *Socio-logos. Revue de l'association française de sociologie*, no 9, <http://socio-logos.revues.org/2870>.
- Hermitte, M.-A. 2007. «De l'avortement aux procréations artificielles : la toute-puissance du projet parental», *Natures Sciences Sociétés*, no 15, p. 274-279.
- Jaurena, F.-X. 2009. *L'orientacio sexual i la identitat del gènere davant el dret*, Barcelone, Generalitat de Catalunya, Departament d'acció social i ciutadania.
- Katz, J. 2001. «Analytic Induction», dans N. J. Smelser et P. B. Baltes (dir.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, Pergamon, p. 480-484.
- L'Espérance, A. 2012. «Quand la justice tisse des liens : la (re)construction de la filiation dans les décisions portant sur la procréation assistée au Canada», *Politique et sociétés*, vol. 31, no 2, 2012, p. 67-92.
- Lamm, E. 2012. «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *InDret*, no 3.
- Mirkovic, A. 2008. «À propos de la maternité pour autrui», *Droit de la famille*, no 6, p. 9-13.
- Portelli, S. 2013. «Panorama international et constats», dans I. Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, EHESS, p. 47-59.
- Ragoné, H. 1994. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Oxford, Westview Press.
- Roca i Escoda, M. 2011. «De la mobilisation du droit à la réalisation du droit : les actions de l'association catalane Familles lesbiennes et gays», *Politix*, no 2, p. 59-80.
- Roca i Escoda, M. 2012. «Les passes et les impasses dans l'évolution juridique de la filiation monosexuée en Espagne, Belgique et France », dans N. Gallus et A.-C. Van Gysel (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité à la lumière des sciences humaines. Études de droit comparé franco-belge*, Bruxelles, Anthemis, p. 339-352.
- Roca i Escoda, M. 2013a. «De la dénonciation du droit à la conquête des droits. Le cas des mobilisations homosexuelles», dans B. Fréret et M. Jacquemain (dir.), *Résister au quotidien?*, Presses de Sciences-Po, Paris, p. 55-86.
- Roca i Escoda, M. 2013b. «Rapport sur la situation espagnole», dans *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, rapport dirigé par L. Brunet pour la Direction des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, PE 474.403, juin 2013, p. 351-368.
- Roca i Escoda, M. et N. Gallus. 2012. «Ouverture du mariage aux homosexuel·le·s en Espagne et en Belgique : une mise en question du caractère hétérosexué du droit?», *Nouvelles questions féministes*, vol. 31, p. 44-59.
- Rothmayr, C., et A. L'Espérance. 2007. «Le recours à la justice par les patients, chercheurs et groupes religieux dans le domaine de la biomédecine», dans J. Commaille et M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, p. 191-209.
- Rousseau, V. 2006. «La parenté et la procréation aujourd'hui : deux filiations remodelées», *Cités*, no 28, p. 9-14.
- Schorno, D. 2007. «Enfant de qui? Procréation assistée et filiation en Suisse et au Québec», *Lex electronica*, vol. 12, no 1.
- Serrano Alonso, E. 1999. «Aspectos de la fecundación artificial», *Actualidad Civil*, no 107, p. 393-406.
- Smietana, M. 2013. «Las paternidades y maternidades en las familias de padres gays creadas por gestación subrogada», dans C. Lopez, D. Marre et J. Bestard, *Maternidades, procreacion y crianza en transformacion*, Barcelone, Bellaterra, p. 203-220.

- Tain, L. 2005. « Les nouvelles techniques de reproduction : nouveaux acteurs, nouveaux enjeux », *Informations sociales*, no 128, p. 52-60.
- Tamayo Haya, S. 2013. « Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas », *Revista Digital Facultad de Derecho*, no 6, p. 261-316
- Théry, I. 2010. *Des humains comme les autres. Bio-éthique, anonymat et genre du don*, Paris, EHESS.
- Théry, I. 2013. *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, EHESS.
- Théry I. (dir.) 2014. *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité commandé par les ministères des Affaires sociales et de la Santé et le ministère délégué chargé de la Famille, <http://lettre.ehess.fr/7478?file=1>.
- Thompson, C. 2005. *Making Parents: The Ontological Choreography of Reproductive Technologies*, Cambridge, MIT.
- Valles Amores, M. 2005. « Modificación del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio », *Revista de derecho de familia*, no 28, p. 57-64.
- Vela Sanchez, A. J. 2012. « De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 », *Diario La Ley*, no 7815, Sección Doctrina, vol. 33, p. 1-12.
- Vela Sanchez, J. 2014. « Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 », *Diario La Ley*, no 8279, Sección Doctrina, p. 26.