

GESTATION POUR AUTRUI : LA TRANSCRIPTION DE L'ACTE DE NAISSANCE ETRANGER RENDANT ENCORE PLUS NECESSAIRE L'EXISTENCE D'UNE COOPERATION INTERNATIONALE

Sarah Jamal

(Doctorante rattachée au CRDH)

Par deux arrêts rendus le 3 juillet 2015¹, la Cour de cassation a enfin accepté la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant issu d'une gestation pour autrui et son père d'intention et biologique, s'alignant ainsi sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme². L'intérêt supérieur de l'enfant prime de cette façon sur la nécessité de sanctionner ses parents qui ont eu recours pour le mettre au monde à une technique interdite par la loi française. Cette évolution jurisprudentielle constitue un véritable tournant en matière de gestation pour autrui alors que celle-ci, bien qu'interdite en France, n'a jamais cessé de faire l'objet de débats³.

La gestation pour autrui n'est pas un phénomène nouveau. Elle existe depuis des siècles. La mère porteuse était alors inséminée par le sperme du père d'intention⁴. Mais les progrès scientifiques ont entraîné un regain d'intérêt pour cette technique, car dorénavant, l'homme n'est plus le seul à pouvoir transmettre son patrimoine génétique par ce biais, la femme le peut aussi.

La gestation pour autrui se caractérisant par « *le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'un couple qui en a assuré le projet et la conception et à qui il sera remis après sa naissance*⁵ » revêt différentes formes. La conception de l'enfant à naître résulte soit d'une fécondation in vitro (FIV) des gamètes du couple d'intention, soit d'une FIV utilisant seulement les spermatozoïdes du futur père et les ovocytes de la gestatrice qui est alors à la fois mère « porteuse » et mère « génétique », ou les ovocytes d'une donneuse ; soit à l'inverse, situation plus rare, les ovocytes proviennent de la mère d'intention⁶ alors que les

¹ Cass, Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002

² CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11

³ Voir par exemple, le débat au sein de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée Nationale le 16 janvier 2013 ou le débat parlementaire au Sénat, séance du 9 avril 2013, portant sur l'adoption de l'article 1^{er} de la Loi.

⁴ V. AVENA-ROBARDET, « Pas de régularisation du recours aux mères porteuses ! », *AJ Famille*, 2009, p. 3

⁵ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, avis, Bull. Acad. Natle Méd., 2009, 193, no 3, 583-618, séance du 10 mars 2009

⁶ Nous choisissons de recourir au terme de mère d'intention plutôt qu'au terme consacré par la Cour de justice de l'Union européenne qui se réfère à la mère commanditaire dans les affaires CJUE, 18 mars 2014, aff. C-167/12,

spermatozoïdes sont issus d'un don ; soit enfin, les ovocytes ainsi que les spermatozoïdes proviennent d'un don, l'enfant n'a alors aucun lien génétique avec les parents d'intention⁷. Ainsi, l'enfant à naître peut n'avoir aucun lien génétique avec ses parents d'intention, n'avoir qu'un lien partiel vis-à-vis d'un seul parent, ou encore être l'enfant génétique des parents d'intention. Tandis que la mère porteuse peut ne remplir qu'un rôle de gestatrice ou être également la mère biologique de l'enfant. Toutes ces situations génèrent des questions et des risques différents.

La gestation pour autrui est formellement interdite en France. L'article 16-7 du code civil issu de la loi n°94-653 du 20 juillet 1994 relative au respect du corps humain dite première loi bioéthique affirme que « [t]oute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'article 16-1 du même code ajoute que « [l]e corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Le code pénal, dans l'article 227-12, sanctionne le fait de provoquer l'abandon d'un enfant né ou à naître, de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende, tout comme le fait « de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître ». Par ailleurs, le législateur, lors des débats parlementaires sur l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a, nettement, réaffirmé sa position⁸.

Avant même que la législation vienne confirmer cette interdiction, la Cour de cassation avait refusé cette pratique en se fondant sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. La première Chambre civile de la Cour de cassation a, d'abord, dans un arrêt du 13 décembre 1989, considéré qu'une association ayant pour but de mettre en relation des parents désireux d'accueillir un enfant et des mères porteuses est nulle en raison de l'illicéité de son objet⁹. Puis, dans un arrêt de principe du 31 mai 1991, elle a refusé l'adoption de l'enfant par la mère d'intention au motif que « cette adoption 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 que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état

C.D. c/ S.T., concl. M^{me} J. Kokott et aff. C-363/12, Z. c/ A Government department, The board of management of a community school, concl. M. N. Wahl

⁷ ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, avis, Bull. Acad. Natle Méd., 2009, 193, no 3, 583-618, séance du 10 mars 2009

⁸ Voir à titre d'exemple les débats parlementaires au sein de l'Assemblée Nationale lors des séances du 29 janvier 2013 ou du 4 février 2013. D'ailleurs la proposition de loi n°234 enregistrée le 27 janvier 2010 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui a été rejetée.

⁹ Cass, 1^{re} civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15.655 ; commenté au Rec Dalloz, « Nullité d'une association de « mères porteuses », 1990, p. 273-275

*des personnes*¹⁰ ». Elle sanctionne donc le détournement de la procédure d'adoption¹¹. La Cour de cassation a, constamment, réaffirmé cette position¹². Elle refuse, également, en se référant aux mêmes principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant établi à l'étranger sur les registres d'état civil français¹³.

Ainsi, la position française pourrait sembler claire. Les conventions de mères porteuses sont nulles, et cette nullité entache tout processus d'adoption, de reconnaissance préalable de paternité ou de transcription d'acte de naissance sur les registres d'état civil français qui en résulterait. Cependant, cette position fait continuellement l'objet d'un débat.

Plusieurs facteurs expliquent la persistance de ce débat, malgré l'interdiction de cette technique en France. Tout d'abord, l'adoption s'apparente à un chemin extrêmement difficile et aléatoire en raison du faible nombre d'enfants à adopter, que ce soit en France¹⁴ ou à l'étranger. En effet, de nombreux Etats dont la population appartenant à la classe moyenne s'accroît, souhaitent réserver leurs enfants adoptables à leur propre population capable de les élever, alors que d'autres Etats refusent d'être considérés comme des pays pauvres dans lesquels les populations riches viendraient adopter leurs enfants¹⁵. Les enfants adoptables étant de moins en moins nombreux et âgés, les futurs parents sont incités à se tourner vers la gestation pour autrui pour accueillir un nourrisson, et celle-ci est encore plus forte pour les couples homosexuels pour lesquels l'adoption dans certains pays est impossible comme en Chine ou au Vietnam.

Ensuite, l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a entraîné une recrudescence de la revendication tendant à la légalisation de la gestation pour autrui, seule technique permettant aux couples homosexuels d'accueillir un enfant ayant un lien génétique avec eux¹⁶. D'ailleurs les débats lors de son

¹⁰ Cass, Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105

¹¹ J. HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », RTD. Civ, 2004, p. 75-78

¹² Voir par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03927 ou Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50.005

¹⁴ Le nombre des enfants français adoptables était de 1 749 en 1985, de 882 en 2007, et n'est plus que de 697 au 31 décembre 2012 ; données tirées de l'avis Académie nationale de médecine, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 8 et s

¹⁵ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 8 et s.

¹⁶ C. BRUNETTI-PONS, « Après la loi du 17 mai 2013 « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », quelles perspectives pour le droit de la famille ? », *Recherches familiales*, 2014/1 n° 11, p. 120 ; M.

adoption ont révélé une véritable crainte au sein des parlementaires. Ils ont exprimé leur inquiétude que la France doive autoriser la gestation pour autrui en vertu du principe d'égalité car elle ouvre la procréation médicalement assistée aux couples de femmes¹⁷. Cet argument n'est pas convaincant puisque la gestation pour autrui est interdite pour tous les couples. Toutefois, il témoigne de l'inquiétude face aux premières brèches entamant le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui.

Enfin, certaines femmes privées d'utérus n'ont pas perdu le rêve d'être mère puisqu'en théorie, elles peuvent encore transmettre leur patrimoine génétique. Cette absence d'utérus peut être congénitale en raison du syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hause. Si l'utérus est absent, les ovaires fonctionnent normalement. L'absence d'utérus peut également être accidentelle avec l'ablation de l'utérus à la suite d'une hémorragie très importante lors de la délivrance ou en raison d'un cancer¹⁸. Ces femmes peuvent aussi disposer d'un utérus, mais celui-ci présente des anomalies de fonctionnement ou la grossesse entraînerait d'importantes séquelles pour la mère. Ces femmes vivent d'autant plus mal leur infertilité que l'absence ou la défaillance d'utérus est la seule cause d'infertilité pour laquelle aucune solution légale n'est envisageable¹⁹. Et ce d'autant plus, que si des progrès commencent à apparaître en matière de greffe d'utérus, celle-ci reste très aléatoire, et pour le moment, aucune grossesse n'a pu être menée à terme avec succès à la suite de cette greffe²⁰.

Ainsi, de nombreuses réclamations ne cessent d'être formulées pour la légalisation de la gestation pour autrui. En parallèle, nous assistons à un « tourisme procréatif » puisque de nombreux couples se rendent à l'étranger où la gestation pour autrui est légale afin d'obtenir un enfant²¹, et rentrent ensuite avec l'enfant²². Même s'il est impossible de quantifier le nombre de gestations pour autrui pratiquées au bénéfice de français à l'étranger, ce nombre

GROSS, « Les tiers de procréation dans les familles homoparentales », *Recherches familiales*, 2014/1 n° 11, p. 27

¹⁷ Voir par exemple, lors de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'intervention du député J. C. FROMANTIN lors de la première séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée Nationale ou celle du député P. Gosselin lors de la troisième séance du 29 janvier 2013 à l'Assemblée Nationale

¹⁸ Académie nationale de médecine, « La gestation pour autrui », avis, Bull. Acad. Natle Méd., 2009, 193, no 3, 583-61

¹⁹ CCNE, avis n° 110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 4

²⁰ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 9

²¹ H. BOSSE-PLATIERE, « le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 2006/3 - n° 131, p. 88 - 99

²² CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international établi par le Bureau Permanent, mars 2012, p. 7, disponible sur <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (consulté le 02/08/2015)

est en croissance. Il suffit pour s'en rendre compte de regarder sur internet la multiplication des agences de mères porteuses proposant leur service, les histoires qui surgissent dans les médias ou encore les affaires judiciaires qui se multiplient²³. De même, l'Académie nationale de médecine émet l'hypothèse que des accouchements sous X ne soient qu'un moyen détourné de recourir à une mère porteuse en France, sans réellement pouvoir le démontrer du fait de l'anonymat de cette procédure²⁴.

La tentation du tourisme procréatif est source d'inquiétude. En plus de constituer un contournement de l'interdiction de la gestation pour autrui, elle crée une discrimination entre les familles riches pouvant obtenir à l'étranger ce qui est interdit en France et les familles ne possédant pas ces ressources financières²⁵. Surtout, les enfants issus de cette technique se retrouvent dans une véritable incertitude juridique puisque leur lien de filiation avec leurs parents d'intention n'est pas reconnu en France, même s'il est établi à l'étranger.

Cependant, même avant les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui avait commencé à connaître des brèches, certes encore minimes, mais qui témoignaient déjà « *d'une époque propice au changement*²⁶ ». En effet, certains juges du fond avaient engagé une résistance vis-à-vis de la position de la Cour de cassation. Par exemple, la Cour d'appel de Rennes accueille régulièrement les actes de naissance étrangers dès lors qu'ils satisfont aux exigences formelles de l'article 47 du Code civil sans regarder s'il y a eu fraude²⁷.

Depuis 2011, le Conseil d'Etat tient compte de l'intérêt supérieur des enfants en affirmant que « *la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant*²⁸ ». Par conséquent, il accepte que le juge administratif ordonne à l'administration la délivrance d'un titre de voyage pour

²³ PARLEMENT EUROPÉEN, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, p. 11

²⁴ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui », avis, Bull. Acad. Natle Méd., 2009, 193, no 3, 583-61

²⁵ Voir par exemple, l'intervention du député C. JACOB lors de la première séance du 4 février 2013 à l'Assemblée Nationale

²⁶ J. GUILLAUME, « Transcription d'un acte de naissance étranger », Cass 1^{ère} civ. 13 septembre 2003, *Journal du droit international*, 2014, p. 138

²⁷ *Ibid.*, p. 137

²⁸ CE ord. 4 mai 2011, Req. n° 348778

que les parents ramènent leurs enfants, mais à la condition qu'il n'y ait pas d'incertitude quant à l'identité et la volonté exactes de la mère ayant accouché des enfants en cause²⁹.

De plus, le 23 janvier 2013, la Garde des Sceaux, Mme Taubira, a adopté une circulaire adressée aux représentants du parquet et aux greffiers des tribunaux d'instance les invitant à délivrer un certificat de nationalité aux enfants nés à l'étranger, dès lors que le lien de filiation avec un des parents français est établi. Elle précise que « *le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité*³⁰ ». Cette circulaire est fondée sur l'intérêt des enfants³¹. En effet, il s'agit de ne pas faire subir à ces enfants les conséquences des actes de leurs parents. Elle vise à protéger « les fantômes de la République³² ». Même si lors des débats parlementaires sur l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe³³, les parlementaires ont émis le reproche que cette circulaire constitue une atténuation de l'interdiction de la gestation pour autrui, son impact reste minime puisqu'elle n'a concerné que onze enfants en 2012³⁴. Toutefois, cette circulaire ne fait pas l'objet d'une application uniforme.

Enfin, la Cour de cassation avait elle-même changé le fondement de l'interdiction de la gestation pour autrui. Si auparavant, elle se fondait sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, dorénavant, elle se réfère à la fraude à la loi française³⁵. Bien que Jean-Claude Marin, Procureur général près la Cour de cassation explique que « *la première chambre civile a voulu projeter les effets du refus de reconnaissance des gestations pour autrui internationales au-delà de l'annulation de la transcription pour l'élargir à celle*

²⁹ CE ord. 8 juillet 2011, Req. n° 350486

³⁰ J. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 138

³¹ Mme Taubira, Ministre de la Justice : « *Mais nous parlons aussi d'enfants dont il faut préciser qu'ils ne sont pas sans état civil, ni sans identité. La formule « fantômes de la République » est certes éloquente, mais ces enfants disposent en fait d'une identité attribuée par leur pays de naissance, qui produit des effets en droit français. Les parents de ces enfants étant français, ces derniers ont la nationalité française par filiation* » lors de l'examen en commission de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe le 16 janvier 2013

³² *Ibidem*

³³ Voir les interventions lors de la première séance du 30 janvier 2013 à l'Assemblée Nationale

³⁴ Intervention de Mme Taubira lors de la première séance du 30 janvier 2013 à l'Assemblée Nationale

³⁵ Cass, 1^{ère} civ. 13 septembre 2013, n° 12-18315 : « 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 ».

*de la reconnaissance paternelle anténatale*³⁶ » ; ce changement de fondement « révèle une diminution de l'intensité de la prohibition, puisqu'en l'absence de fraude la transcription de l'acte de naissance étranger pourrait être autorisée³⁷ ». Ainsi, tous ces éléments traduisent un certain amoindrissement du principe de l'interdiction de la gestation pour autrui.

C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'homme est intervenue dans deux affaires concernant la France³⁸. Ces deux espèces concernent deux couples ayant eu recours à une gestation pour autrui aux Etats-Unis en raison de l'infertilité de l'épouse. Ils avaient obtenu aux Etats-Unis un jugement reconnaissant le lien de filiation les unissant à leurs enfants. Ils ont ensuite demandé la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'état civil français. Dans la première affaire³⁹, la transcription a été effectuée sur instruction du Parquet qui a ensuite assigné les époux aux fins de l'annulation de cette transcription⁴⁰. Dans la seconde affaire⁴¹, la transcription a été refusée. Les époux obtinrent toutefois un acte de notoriété constatant la possession d'état de leur fille, c'est à dire la réalité vécue du lien de filiation, mais le parquet refusa d'en porter mention à l'état civil. Saisie dans cette affaire, la Cour de cassation a déclaré que l'illicéité de la convention de mère porteuse fait obstacle « aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention⁴² ». Dans ces deux affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France non sur le principe même de l'interdiction de la gestation pour autrui, celle-ci relevant de la marge d'appréciation des Etats, mais pour violation de l'article 8 de la Convention protégeant le droit au respect de la vie privée à l'égard de l'enfant né par cette technique. Elle reproche aux autorités françaises le refus de la reconnaissance du lien biologique unissant l'enfant à son père. Ces deux arrêts représentent un tournant majeur en matière de gestation pour autrui reconnaissant enfin les difficultés que subit l'enfant issu d'un tel procédé et incitant à reconnaître la réalité biologique dans son intérêt.

³⁶ M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 30

³⁷ J. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 143

³⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11

³⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11

⁴⁰ Cass 1^{ère} civ. 6 avril 2011 Req. n°10-19.053

⁴¹ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11

⁴² Cass 1^{ère} civ. 6 avril 2011 Req. n°09-17.130

Pour comprendre les implications de ces arrêts et les développements qu'ils entraînent en France, il est essentiel, tout d'abord, de mieux appréhender le phénomène de la gestation pour autrui afin de discerner les principes sous-tendant l'interdiction ou la légalisation de cette technique et les risques tant psychologiques que médicaux qu'elle suscite (I). Ensuite, nous analyserons les deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (II) et l'impact qu'elles ont sur la position française en matière de gestation pour autrui (III).

I- La gestation pour autrui : une technique délicate controversée

Bien que clairement interdite en France, la gestation pour autrui est une technique controversée impliquant à la fois des principes sous-tendant son interdiction ou sa légalisation (A). En outre, cette technique suscite de nombreux risques justifiant une grande méfiance à son égard (B).

A- La confrontation de principes au cœur du débat sur la gestation pour autrui

Les tenants de la légalisation de la gestation pour autrui invoquent avant tout la liberté individuelle pour soutenir leur demande. Bénéficiant de cette liberté, la mère porteuse a le droit de prêter son utérus si elle le souhaite⁴³. Selon eux, elle est poussée à le faire par des motivations altruistes qui justifient l'existence d'un principe de solidarité au sein de la société⁴⁴. Or, le principe de la liberté individuelle implique que la mère porteuse consente à porter l'enfant. Se pose donc la question de savoir si le consentement de la mère porteuse peut être véritablement libre et éclairé. Bien que la mère porteuse déclare vouloir le faire pour des raisons d'altruisme, elle peut subir des pressions à la fois économiques du fait de ses besoins financiers, morales (c'est le cas par exemple d'une mère porteuse apparentée au couple d'intention⁴⁵) ou encore émotionnelles (il peut s'agir d'une femme culpabilisant d'avoir précédemment procédé à un avortement). Comme le soulève justement le Comité consultatif national pour l'éthique, l'indemnisation de la mère porteuse fut-elle raisonnable ne rend-elle

⁴³CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 9

⁴⁴ *Ibid.*, p. 8

⁴⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, p. 27

pas illusoire son consentement⁴⁶ ? L'étude de Sharmila Rudrappa et Maxime Forest sur les mères porteuses à Bangalore montre que si les femmes en question déclarent considérer que la gestation pour autrui est vecteur d'émancipation pour elles puisqu'elles apportent une somme importante dans le foyer et gagnent par là-même leur place ; en réalité, elles sont poussées par des contraintes économiques, un modèle familial patriarcal et des conditions de travail à l'usine très éprouvantes⁴⁷. Cette étude témoigne de la difficulté de dissocier le véritable motif conduisant à accepter de devenir une mère porteuse du motif pensé par la personne. Celle-ci peut donc subir des influences et des pressions sans même s'en rendre compte. Ainsi, « *s'agissant de l'utilisation du corps, l'autonomie pourrait se retourner contre [la personne] elle-même*⁴⁸ ».

Alors est-il possible d'établir des garanties pour que le consentement soit libre et éclairé, et exempt de pression ? La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) a rappelé, dans un avis de 2007⁴⁹, que le consentement doit remplir deux conditions. Il doit être informé et pouvoir être retiré. En effet, elle a précisé, dans un avis de 2015, qu'« *[e]n réalité, le consentement peut ne pas être exprimé de manière totalement déterminée, et il demeure toujours sujet à des évolutions ; en ce sens la prudence reste requise à la fois dans la réception mais aussi dans l'usage du consentement. Ainsi, il convient de ne pas considérer pour définitivement acquis le consentement recueilli : il importe de ne pas enfermer l'individu dans un choix antérieur et de s'assurer de l'actualité du consentement. Le consentement doit être réversible et l'on doit accorder à l'individu la faculté, à tout instant, de se dédire, si possible*⁵⁰ ». Or, ces deux conditions posent des difficultés en matière de gestation pour autrui. Comment donner une information complète à la mère porteuse alors qu'il est impossible d'anticiper les aléas d'une grossesse ? En outre, la CNCDDH constate que l'utilisation de la technique du formulaire ne permet pas de s'assurer que la personne ait bien compris l'information⁵¹, sans mentionner le fait que dans des pays étrangers, les femmes en question ne savent pas lire⁵². D'ailleurs, le consentement d'une personne dépend de plusieurs facteurs

⁴⁶ CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 7

⁴⁷ S. RUDRAPPA et M. FOREST, « Des ateliers de confection aux lignes d'assemblage des bébés » Stratégies d'emploi parmi des mères porteuses à Bangalore, Inde, *Cahiers du Genre*, 2014/1 n° 56, p. 59-86

⁴⁸ CNCDDH, avis Contribution au débat « Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps », 14 juin 2007, p. 4

⁴⁹ *Ibid.*, p. 8

⁵⁰ CNCDDH, ass. Plén., Avis sur le consentement des personnes vulnérables, 16 avril 2015, p. 3

⁵¹ CNCDDH, avis Contribution au débat « Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps », 14 juin 2007, p. 8

⁵² M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 12

externes qui influencent la personne bien qu'elle soit informée. « *Le consentement des personnes dépend de facteurs tels que la formation du médecin qui rédige le formulaire de consentement, son âge, ses convictions personnelles. Il est trop souvent vu comme un simple moyen de couvrir la responsabilité du praticien. Le facteur temps peut changer la signification du consentement : souvent un consentement est perçu comme l'acte d'un moment alors que l'utilisation du consentement implique un processus*⁵³ ». De sorte qu'une information standardisée n'est pas suffisante pour garantir l'expression du consentement.

S'agissant de la condition du retrait possible du consentement, il apparaît évident que la mère porteuse ayant accepté de porter l'enfant ne pourra pas revenir sur sa décision, en tout cas, pas après l'expiration du délai légal d'avortement.

De manière générale, la CNCDH s'inquiète que « *la généralisation du consentement vient occulter l'importance de l'enjeu qui consiste à utiliser le corps d'une personne dans l'intérêt d'autrui*⁵⁴ ». Elle relève, à cet égard, que « *[l]es civilistes font valoir à juste titre que ce n'est pas parce qu'une personne consent à prêter son corps à une utilisation que toutes les utilisations sont légitimes*⁵⁵ ». Et ce d'autant plus, « *qu'une personne peut exprimer un consentement, mais la volonté qui sous-tend ce consentement est fragile*⁵⁶ ». La CNCDH classe d'ailleurs la situation économique de la personne comme cause de vulnérabilité qui engendre la nécessité de garantir la véracité de son consentement⁵⁷.

Ainsi, le principe de la liberté individuelle implique que la personne consente à l'acte sans subir de pression. Or, il semble évident qu'en matière de gestation pour autrui, le consentement ne pourra pas traduire l'adhésion informée et libre de la personne à l'acte qui lui est demandé.

De nombreux autres principes entrent en conflit avec le principe de la liberté individuelle. Ainsi, outre les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes énoncés par la Cour de cassation⁵⁸, il est aussi question ici du principe de dignité humaine tant pour la mère porteuse que pour l'enfant à naître. Il faut comprendre ici ce principe à valeur constitutionnelle⁵⁹ dans sa conception objective. En effet, le principe de dignité est une notion malléable qui renferme deux conceptions « *suivant que l'on envisage la dignité exigée par la*

⁵³ CNCDH, avis Contribution au débat « Droits de l'homme, bioéthique et rapport au corps », 14 juin 2007, p. 8

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ CNCDH, ass. Plén., Avis sur le consentement des personnes vulnérables, 16 avril 2015, p. 3

⁵⁷ *Ibid.*, p. 5

⁵⁸ Voir par exemple, Cass, Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20105

⁵⁹ Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 *Loi relative à la bioéthique*

*personne et la dignité attendue d'elle*⁶⁰ ». Lorsque le sujet détermine lui-même sa propre dignité, il s'agit de la conception subjective de la dignité alors que lorsque la collectivité lui oppose sa dignité, on se réfère à la conception objective de la dignité⁶¹. Or, selon le principe de dignité dans sa conception objective, qui est celle irrigant le droit français⁶², même si la mère porteuse consent à porter un enfant pour ensuite le remettre à un couple d'intention, cela est indifférent. En effet, pour organiser avec succès une gestation pour autrui, il faut que le lien unissant la mère porteuse à l'enfant à naître ne soit pas fort, afin de permettre à la mère porteuse de l'abandonner et aux parents d'intention de trouver leur place. Or, ce processus aboutit à dépersonnaliser la mère porteuse pour ne plus concevoir son rôle que comme celui de génitrice. Son corps est alors utilisé comme un outil de production⁶³. Il est donc instrumentalisé puisqu'il sert une fin⁶⁴. Ceci ouvre la voie à la commercialisation de son corps ainsi qu'à son exploitation⁶⁵. C'est ce que craignent les opposants à une légalisation de la gestation pour autrui⁶⁶. Or, la commercialisation de l'utérus de la mère porteuse aboutirait aussi à la violation des principes d'indisponibilité du corps humain et de non patrimonialité de celui-ci⁶⁷.

Les opposants à la légalisation de la gestation pour autrui invoquent également le principe de dignité vis-à-vis de l'enfant⁶⁸. Dans le cadre de la gestation pour autrui, celui-ci est appréhendé comme un objet que des consommateurs s'accaparent. Il devient un bien échangeable sur un marché et répondant au prix du marché⁶⁹.

La gestation pour autrui remet également en cause le principe irrigant notre droit, « *mater semper certa est* » signifiant que « *la mère est celle qui accouche* », « *la mère est toujours certaine* ». Les techniques d'aide médicale à la procréation ont, certes, commencé à remettre en cause ce principe puisque le don d'ovocyte est déjà pratiqué. Mais le fait que la personne

⁶⁰ E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2730

⁶¹ C. GESLOT, « Prostitution, dignité... Par ici la monnaie ! », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1292

⁶² Voir CE, Ass., *Commune de Morsang-sur-Orge*, 27 octobre 1995, Req. N° 136727

⁶³ CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 7

⁶⁴ PARLEMENT EUROPÉEN, « *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* », 2013, p. 25

⁶⁵ CNCDDH, avis sur le projet de loi relatif à la bioéthique, 3 février 2011

⁶⁶ Par exemple, lors de l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, au sein de l'Assemblée Nationale, le terme de « marchandisation » du corps de la femme a irrigué les débats, témoignant de l'inquiétude des députés face à cette technique. Intervention du député A. TOURRET lors du débat du 16 janvier 2013 ; Intervention du député A. CLAYEYS lors de la première séance du 3 janvier 2013 ; ou encore, intervention du député M. K. ZIMMERMANN lors de la deuxième séance du 30 janvier 2013.

⁶⁷ Article 16-1 du code civil

⁶⁸ PARLEMENT EUROPEEN, « *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* », 2013, p. 26

⁶⁹ C. DOLTO, « Réflexions sur la gestation pour autrui » Nous ne sommes pas des mammifères comme les autres, *Le Débat*, 2014/3 n° 180, p. 153

recevant le don accouche de l'enfant qu'elle souhaite accueillir permet de nier cette exception. Ici, il s'agit véritablement de dissocier la mère génétique de la mère gestatrice⁷⁰.

Légaliser la gestation pour autrui conduirait à bouleverser notre droit de la bioéthique. Les principes de gratuité et d'anonymat ne seraient plus respectés. De même, hors les cas où la femme dispose d'un utérus défaillant, aucune raison médicale ne justifie l'acte⁷¹.

Enfin, la vigilance des parents d'intention pendant la grossesse peut porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la mère porteuse ainsi qu'à son autonomie. En plus des règles classiques qu'elle devra respecter, ils peuvent lui en imposer d'autres et la soumettre à un contrôle⁷². C'est ce que montre l'étude menée par Sharmila Rudrappa et Maxime Forest en Inde. Afin de garantir aux parents d'intention, l'arrivée d'un enfant sain, et protéger la mère des regards de sa famille et de ses voisins, les femmes sont logées au sein d'un dortoir. De cette façon, elles n'ont plus aucune autonomie ni contrôle sur les décisions à prendre relatives à leur santé et à leur grossesse, ou même tout simplement sur ce qu'elles ont envie de faire⁷³. Ou encore, aux Etats-Unis, les parents d'intention ont pour habitude d'inclure dans les conventions de mères porteuses des clauses extrêmement restrictives interdisant à la mère porteuse la pratique de sports jugés dangereux, de voyager ou lui imposant un certain régime alimentaire⁷⁴.

Il est très difficile de concilier ces principes, et ce d'autant plus, que le désir d'avoir un enfant est un besoin brûlant pour les parents d'intention. Comme nous l'avons précédemment vu, l'adoption est de moins en moins une solution envisageable et les progrès scientifiques ne sont pas encore assez avancés pour permettre à une femme dont l'utérus est défaillant d'être une mère. Ce débat est si délicat que même les féministes sont divisées en leur sein sur cette question. Certaines d'entre elles invoquent le droit des femmes à décider de leur droit de

⁷⁰ Ministère des affaires sociales et de la santé, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, « Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », 2014, p. 197

⁷¹ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 18

⁷² CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 7

⁷³ S. RUDRAPPA et M. FOREST, « Des ateliers de confection aux lignes d'assemblage des bébés » Stratégies d'emploi parmi des mères porteuses à Bangalore, Inde, *Cahiers du Genre*, 2014/1 n° 56, p. 59-86

⁷⁴M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 12-13

reproduction comme elles l'entendent, alors que d'autres considèrent que la gestation pour autrui est une forme de prostitution et d'esclavage moderne⁷⁵.

La gestation pour autrui fait l'objet d'un vif débat non seulement en raison des principes sous-tendant sa légalisation ou son interdiction, mais aussi en raison des risques qu'elle génère.

B- L'existence de risques entourant la gestation pour autrui

Si la gestation pour autrui semble être la solution la plus adaptée pour certains futurs parents, elle entraîne des risques importants tant médicaux (1) que psychologiques (2) que ce soit pour la mère porteuse, l'enfant ou les parents d'intention.

1- Les risques médicaux de la gestation pour autrui

La gestation pour autrui implique les mêmes risques qu'une grossesse normale, c'est-à-dire la possibilité d'une grossesse extra-utérine, d'une poussée hypertensive, d'une hémorragie lors de la délivrance, voire d'une césarienne. D'autres risques sont plus spécifiques aux techniques d'aide médicale à la procréation. Il s'agit notamment du risque de grossesses multiples avec parfois le recours à une réduction embryonnaire. En effet, pour assurer le succès de la gestation pour autrui, plusieurs embryons sont transférés⁷⁶. Il faut noter également que pour des raisons d'organisation et de convenance, les mères porteuses subissent beaucoup plus de césariennes afin que l'enfant soit remis selon les possibilités de présence des parents. Ces césariennes comportent des risques⁷⁷, notamment celui de réouverture de la cicatrice en cas de nouvel accouchement⁷⁸. Enfin, dans certains pays les soins médicaux pendant et après la grossesse sont insuffisants. Par exemple, en Inde, un nombre important de décès de mères porteuses du fait d'un manque de soins a été signalé par des hôpitaux spécialisés⁷⁹.

⁷⁵ PARLEMENT EUROPÉEN, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States », 2013, p. 27

⁷⁶ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 10

⁷⁷ PARLEMENT EUROPÉEN, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States », 2013, p. 30

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ H. WILLIAMS, « Are Indian surrogacy programs exploiting impoverished women? », *CBS News*, 11 avril 2013 disponible sur <http://www.cbsnews.com/news/are-indian-surrogacy-programs-exploiting-impoverished-women/> (consulté le 02/08/2015)

Les risques médicaux que l'enfant peut rencontrer ne sont pas spécifiques à la gestation pour autrui. Toutefois, la pratique consistant à insérer plusieurs embryons pour assurer le succès de la grossesse peut mettre en danger la santé de l'enfant et engendrer des handicaps⁸⁰. Surtout, la question de savoir à qui il reviendra de décider d'interrompre ou de poursuivre la grossesse est cruciale⁸¹. Deux solutions sont envisageables, mais aucune n'est satisfaisante. En Grèce, les parents d'intention obtiennent l'autorité parentale de manière judiciaire avant la naissance de l'enfant. La décision leur revient alors. Mais peuvent-ils imposer à la mère porteuse un avortement ? Au Royaume-Uni, la situation est inverse. Les parents d'intention doivent attendre la naissance de l'enfant pour obtenir la délégation d'autorité parentale. Dès lors, la mère porteuse prend les décisions pendant sa grossesse. Dans ce cas, peut-elle imposer à des parents d'intention d'accueillir un enfant atteint d'un handicap⁸² ?

2- Les risques psychologiques de la gestation pour autrui

La gestation pour autrui n'est pas un acte anodin. Elle comporte une grande signification et implique par là-même de nombreux risques psychologiques, que ce soit pour la mère porteuse et sa famille, pour l'enfant, et même pour les parents d'intention.

La mère porteuse - Bien que la mère porteuse essaye de se préparer à donner l'enfant à sa naissance, et donc de ne pas s'attacher pendant sa grossesse, la séparation peut être extrêmement douloureuse⁸³. « *Pour cette femme, l'accouchement sera simplement une fin et non un commencement*⁸⁴ ». Ainsi que le relève l'Académie nationale de médecine, « *[b]ien que l'on doive considérer que cet abandon correspond à une démarche choisie, soit par volonté altruiste, soit pour satisfaire un besoin d'argent, ceci ne saurait garantir contre les répercussions psychologiques et psychopathologiques d'une grossesse telles que le déclenchement d'un trouble bipolaire, d'une psychose puerpérale ou d'une dépression du post-partum plus grave qu'un simple baby blues*⁸⁵ ». Or, les études montrent de plus en plus

⁸⁰ M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 11

⁸¹ Académie nationale de médecine, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 12

⁸² CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 12

⁸³ C. DOLTO, *op. cit.*, p. 2

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6

⁸⁵ ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 11

que le lien unissant l'enfant à naître et la gestatrice est profond. D'ailleurs, l'étude du microchimérisme⁸⁶ a montré que la présence de cellules fœtales persiste dans le corps de la mère des années après l'accouchement⁸⁷, signe que le lien unissant l'enfant à sa mère est fort. En outre, la mère porteuse peut ressentir un sentiment de culpabilité en donnant l'enfant qu'elle portera ensuite comme un fardeau⁸⁸.

La famille de la mère porteuse n'est pas à l'abri de certaines conséquences psychologiques. Tout d'abord, le compagnon de la mère porteuse doit accepter les inconvénients directs (absence de rapports sexuels pendant la période d'insémination) et indirects que comportent une grossesse. Plus particulièrement, il faut qu'il supporte cette situation qui peut entraîner certaines conséquences sociales. C'est pourquoi pour éviter que la famille de la mère porteuse subisse des représailles sociales, certaines cliniques de mère porteuse prévoient un internat de mères porteuses les mettant à l'abri de cette tension⁸⁹. Evidemment la contrepartie de ces dortoirs, c'est que les mères porteuses n'ont plus d'intimité ni de prise sur leur grossesse puisqu'elles sont sous surveillance, et qu'elles sont séparées de leur famille pendant une longue période.

Les spécialistes s'inquiètent également de l'impact que cette situation peut avoir sur les enfants de la mère porteuse. Si les premières études semblent conclure que ces enfants vivent bien cette situation, les études ne sont pas encore suffisantes pour écarter ce risque⁹⁰.

L'enfant, objet de la gestation pour autrui, peut subir ce que les spécialistes nomment le traumatisme de l'abandon. Il est difficile de mesurer l'importance de la perte des repères pour l'enfant de ce qu'il a connu pendant sa vie intra-utérine⁹¹. Celle-ci fonde déjà ses futurs goûts et son caractère. De nombreuses études montrent que l'éducation de l'enfant commence dès sa conception⁹². « *Les émotions fœtales, bonnes ou mauvaises, et celles de l'entourage pendant sa gestation laissent des traces profondes, qui se manifesteront en termes de santé*

⁸⁶ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 10 : « *Le microchimérisme désigne la présence de cellules fœtales chez la mère (MCF) ou de cellules maternelles chez l'enfant des années après l'accouchement* »,

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States », 2013, p. 30

⁸⁹ S. RUDRAPPA et M. FOREST, *op. cit.*, p. 78

⁹⁰ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 19

⁹¹ *Ibid.*, p. 14

⁹² C. DOLTO, *op. cit.*, p. 4

*physique et psycho-affective tout au long de la vie du sujet*⁹³ ». C'est pourquoi les médecins demandent aux parents d'intention d'assister aux échographies et de parler à l'enfant⁹⁴.

De même, il peut être délicat pour l'enfant d'accepter le fait d'avoir été l'objet d'une transaction. Certes, les premières études semblent montrer que les enfants comprennent bien leur naissance par gestation pour autrui. Mais pour le moment, ces études ne portent que sur des enfants jeunes. Qu'en sera-t-il lorsqu'ils seront adolescents, et ce d'autant plus, si leurs rapports sont difficiles avec leurs parents⁹⁵ ? Les traces d'un traumatisme de l'abandon peuvent apparaître, outre à l'adolescence, à l'entrée à l'âge adulte ou dans la parentalité, ainsi que lors de deuil, de départ de l'enfant, de la retraite etc⁹⁶.

Ce traumatisme de l'abandon est accentué lors de la séparation des parents d'intention. « *La situation, toujours dramatique pour les enfants, l'est encore plus pour ceux nés d'une gestation pour autrui. Si la séparation a lieu avant ou peu après la naissance, ils risquent, à peine nés, d'être rejetés aussi bien par les parents d'intention que par la gestatrice. Ils ne sont plus alors l'enfant de personne*⁹⁷ ».

Ce risque de traumatisme de l'abandon existe également dans les cas d'adoption. Mais à la différence de la gestation pour autrui, l'enfant est né, et il s'agit de procéder dans son intérêt, et non d'organiser son abandon⁹⁸.

Certains parents d'intention conservent un lien avec la mère porteuse, alors que d'autres, au contraire, préfèrent couper toutes relations dès que le contrat a été complétement exécuté. Est-ce qu'il est souhaitable de maintenir une relation entre l'enfant et sa gestatrice ? L'enfant adolescent risque de réclamer de reprendre ce contact, surtout si ces relations avec ses parents sont difficiles⁹⁹. Or, l'enfant pourrait souffrir de « *l'instabilité et [de] l'insécurité résultant des relations entre les parents d'intention et la mère porteuse*¹⁰⁰ ».

Enfin, la gestation pour autrui pose la question de l'accès à ses origines pour l'enfant issu de cette technique. Cette question n'est certes pas propre à la gestation pour autrui, puisqu'on la

⁹³ C. DOLTO, *op. cit.*, p. 5

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui », Bull. Acad. Nat. Méd., 2009, 193, no 3, 583-61

⁹⁶ C. DOLTO, *op. cit.*, p. 6

⁹⁷ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », avis, 2014, p. 17

⁹⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States », 2013, p. 31

⁹⁹ C. DOLTO, *op. cit.*, p. 3

¹⁰⁰ CNCDH, avis sur le projet de loi relatif à la bioéthique, 3 février 2011

retrouve en matière d'adoption, de procréation médicalement assistée ou d'accouchement sous X. L'enfant peut rencontrer des difficultés pour se construire parce qu'il souffre de ne pas connaître d'où il vient et qui sont ces géniteurs. C'est pourquoi la Convention internationale des droits de l'enfant énonce à ce sujet que « *dans la mesure du possible* », l'enfant a le droit « *de connaître ses parents et d'être élevés par eux*¹⁰¹ ». A cette fin, la CNCDH « *recommande que la réflexion sur l'accès aux origines soit prise en compte dans une réforme du droit de la famille*¹⁰² ».

La mère d'intention peut subir le contrecoup de la cause de son infertilité. Malgré son souhait de devenir mère, elle peut vivre mal le fait de ne pas avoir pu être enceinte et de le devoir à une autre femme. Ces conséquences psychologiques peuvent aller jusqu'au rejet de l'enfant¹⁰³.

Les risques du recours à la gestation pour autrui ne sont pas négligeables, même si pour certains, les études ne sont pas encore suffisantes. Pourtant, les parents d'intention ressentent fortement le besoin d'avoir un enfant et sont prêts à braver les obstacles. C'est pourquoi un tourisme procréatif se développe¹⁰⁴. Or, les parents d'intention, dans leur quête désespérée, deviennent des proies faciles pour les arnaques.

Afin de dissuader les contournements de la législation, la Cour de cassation refuse que soit reconnu le lien de filiation entre les parents d'intention et leur enfant que ce soit tant par le biais de l'adoption, de la transcription d'un acte de naissance sur les registres d'état civil, de la reconnaissance de paternité ou même de la possession d'état, plongeant ainsi les enfants issus de cette technique dans un véritable état d'incertitude juridique. Ces enfants subissent alors la sanction infligée à leurs parents et deviennent les « fantômes de la République¹⁰⁵ ». Saisie de cette question, la Cour européenne des droits de l'homme est venue rappeler l'intérêt supérieur des enfants.

¹⁰¹ Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant, 1989, article 7 alinéa 1

¹⁰² CNCDH, avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 24 janvier 2013, p. 5

¹⁰³ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui », Bull. Acad. Nat. Méd., 2009, 193, no 3, 583-61

¹⁰⁴ PARLEMENT EUROPÉEN, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, p. 28

¹⁰⁵ Expression utilisée par Mme Taubira, Ministre de la Justice, lors de l'examen en commission de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe le 16 janvier 2013

II- La reconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une gestation pour autrui

Dans les deux affaires *Labassee*¹⁰⁶ et *Menesson*¹⁰⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a dû opérer une recherche de droit comparé avant de se prononcer sur les violations alléguées par les requérants (A). Si elle n'a pas condamné l'interdiction de la gestation pour autrui dans son principe en raison notamment de la variété des solutions adoptées par les différents Etats, elle a reconnu l'intérêt supérieur de l'enfant à voir son lien de filiation biologique avec son père reconnu par les autorités françaises (B).

A- Des solutions variées en matière de gestation pour autrui justifiant l'existence d'une marge d'appréciation

Dans les deux affaires *Labassee*¹⁰⁸ et *Menesson*¹⁰⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur le refus des autorités françaises de reconnaître le lien de filiation unissant les enfants issus d'une gestation pour autrui à leurs parents d'intention. La Cour a considéré que le fait de légaliser ou non la gestation pour autrui relève de la marge d'appréciation des Etats car il n'existe aucune législation européenne ou internationale sur cette question¹¹⁰. Surtout, la recherche de droit comparé sur trente-cinq Etats qu'elle a opérée, a démontré que les Etats ont choisi des solutions très variées en matière de gestation pour autrui allant de sa légalisation à son interdiction¹¹¹.

En effet, certains Etats ont opté pour la légalisation de la gestation pour autrui. C'est le cas du Royaume-Uni¹¹² et de la Grèce¹¹³. Ces deux Etats ont, cependant, mis en place des systèmes très différents. En effet, au Royaume-Uni, le contrôle judiciaire a lieu après la naissance, alors qu'en Grèce, il intervient avant celle-ci¹¹⁴.

¹⁰⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 § 55

¹⁰⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 § 75-76

¹⁰⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 § 55

¹⁰⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 § 75-76

¹¹⁰ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 7

¹¹¹ Voir CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 § 41

¹¹² Loi du 1er novembre 1990 sur la fécondité et l'embryologie humaines (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), amendée par la loi de 2008 sur la fécondation et l'embryologie humaines (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)

¹¹³ Loi n° 3089 du 19 décembre 2002 complétée par la loi n° 3305/2005 du 27 janvier 2005

¹¹⁴ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 6

Ainsi, au Royaume-Uni, tout couple marié peut recourir à la gestation pour autrui à la condition que l'accord ne soit pas conclu à titre onéreux et ne puisse pas faire l'objet d'une exécution forcée. Les intermédiaires ne doivent pas être rémunérés. L'un des parents d'intention doit être le géniteur, et l'un d'entre eux doit être domicilié au Royaume-Uni. Enfin, l'enfant doit être domicilié chez les parents d'intention. Lorsque l'enfant né, la mère porteuse est considérée légalement comme sa mère. Dans les six mois suivants cette naissance, les parents d'intention demandent au tribunal le transfert de parenté. Le juge délivre alors un « parental order ». La mère porteuse doit avoir consenti à ce transfert. Elle ne peut le faire que six semaines après son accouchement. Un nouvel acte de naissance sera dressé mentionnant les parents d'intention comme parents de l'enfant. « *Dans ce système, la consolidation de la filiation à l'égard des parents d'intention est très progressive et un assez large droit de rétractation est laissé à la gestatrice*¹¹⁵ ».

En Grèce, le contrôle judiciaire a lieu avant que l'embryon ne soit implanté dans la mère porteuse. Les parents d'intention sont considérés légalement comme les parents de l'enfant à naître. La mère porteuse doit consentir à ce transfert de parenté ainsi que son mari. Toute contestation de filiation est ensuite irrecevable, sauf si elle est introduite dans le délai de six mois à compter de la naissance, par la mère présumée et à la condition qu'elle soit non seulement la mère gestatrice, mais aussi la génitrice. Comme au Royaume-Uni, certaines conditions doivent être respectées. La gestation pour autrui ne peut être effectuée que dans un but altruiste et pour répondre à une raison médicale. Et, elle n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels et aux femmes seules¹¹⁶.

Ces deux systèmes organisant la gestation pour autrui ne sont pas les seules solutions envisageables. En effet, certains Etats américains, ayant légalisé la gestation pour autrui ont opté pour un autre type de contrôle. Dans l'Etat de l'Illinois, le transfert de parenté a lieu avant la naissance de l'enfant, sans que le juge intervienne. Ce sont les avocats qui vérifient que la législation est respectée, en rédigeant le contrat de gestation pour autrui¹¹⁷.

Il faut relever que d'autres Etats sont très permissifs. C'est le cas de la Russie. Les parents d'intention sont enregistrés comme les parents de l'enfant à sa naissance sur son acte de naissance. Certaines conditions doivent, certes, être respectées, comme le fait que la mère

¹¹⁵ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 6

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ PARLEMENT EUROPÉEN, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, p. 42

d'intention ne puisse pas porter l'enfant, que la mère porteuse ne soit pas la mère génétique et qu'elle consente à la déclaration de parenté des parents d'intention. Mais, le code de la famille russe (article 51-54) accepte que la gestation pour autrui soit organisée suivant une finalité commerciale¹¹⁸. L'Inde reste la terre de prédilection pour le tourisme procréatif puisque les Etats indiens n'ont pas encore encadré la gestation pour autrui¹¹⁹. Toutefois, en 2014, la délégation indienne a informé le Comité des droits de l'enfant lors de l'examen des rapports présentés sur la mise en œuvre des dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant et de ses deux Protocoles facultatifs qu'un projet de loi est actuellement à l'étude. Celui-ci a pour finalité d'encadrer la gestation pour autrui, notamment en interdisant à une femme d'être mère porteuse deux fois de suite¹²⁰.

Certains Etats ont simplement choisi de la tolérer sans adopter de réglementation spécifique pour la consacrer et l'encadrer. On peut citer par exemple la Belgique, la République tchèque, le Luxembourg, la Pologne¹²¹ ou le Brésil¹²².

Au contraire, d'autres Etats refusent la gestation pour autrui. C'est le cas de l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, la Suède¹²³ ou encore la Chine¹²⁴. Dans certains Etats, l'interdiction est expresse, alors que dans d'autres, elle est tirée de dispositions générales¹²⁵. Comme la France, ces différents Etats doivent faire face au développement d'un tourisme procréatif et donc régler les conséquences de l'exécution d'une convention de mère porteuse internationale, et plus particulièrement de la question de la reconnaissance du lien de filiation unissant l'enfant à ses parents d'intention.

¹¹⁸ PARLEMENT EUROPÉEN, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", 2013, p. 41

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 36

¹²⁰ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, examen des rapports présentés par l'Inde sur la mise en œuvre des dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant et de ses deux Protocoles facultatifs, 3 juin 2014, Disponible sur <http://www.ohchr.org/CH/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14663&LangID=F> (consulté le 03/08/2015)

¹²¹ *Ibidem*

¹²² CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international établi par le Bureau Permanent, mars 2012, p. 10, disponible sur <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (consulté le 02/08/2015): Bien qu'il n'y a aucune législation sur la gestation pour autrui, une résolution du Conseil médical fédéral (1957/2010) fixe des règles pour les cliniques offrant des maternités de substitution, et indique que les conventions commerciales ne sont pas autorisées

¹²³ ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 6

¹²⁴ CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international établi par le Bureau Permanent, mars 2012, p. 9, disponible sur <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (consulté le 02/08/2015)

¹²⁵ Voir CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 § 41

Dans plusieurs Etats, le lien de filiation unissant l'enfant à ses parents d'intention ne sera pas reconnu et transcrit sur les registres d'état civil de l'Etat. Par exemple, aux Pays-Bas, le lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention bien qu'établi à l'étranger par un acte de naissance ou un jugement ne sera pas reconnu en raison de l'illicéité de la convention de mère porteuse qui a permis la naissance de l'enfant. C'est ce qu'a déclaré la Cour de district de La Haye dans un arrêt du 23 novembre 2009¹²⁶.

Certains Etats tempèrent cette non-reconnaissance en permettant l'adoption de l'enfant pour régulariser sa situation. Ainsi, par exemple, en Italie, en vertu de l'article 269 du Code civil italien, la mère est celle qui a accouché de l'enfant. De sorte que le lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention établi dans un acte de naissance étranger ou un jugement étranger ne sera pas reconnu. L'acte méconnaissant la prohibition de la gestation pour autrui¹²⁷ ne sera pas transcrit sur les registres d'état civil italien. Toutefois, s'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père d'intention, celui-ci pourra reconnaître sa paternité dans les conditions du droit commun prévues aux articles 250 et 254 du Code civil italien. La mère d'intention pourra ensuite formuler une demande d'adoption de l'enfant de son mari, conformément aux articles 44-57 de la loi n°184/1983 relatifs à l'adoption de mineurs¹²⁸. De même, en Suisse, le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention ne sera pas reconnu ainsi que le lien de filiation à l'égard du père puisque la reconnaissance d'enfant et l'action en paternité nécessitent que la filiation maternelle soit établie au préalable. Cependant les parents d'intention pourront former une demande d'adoption pour créer un nouveau lien de filiation, même si en principe, les parents de l'enfant doivent y consentir¹²⁹.

Enfin, plusieurs Etats ont évolué pour prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, si en Belgique, un acte de naissance établi à l'étranger constatant la filiation de parents intentionnels belges ne peut être reconnu en Belgique sur la base des articles 27 et 62 du Code de droit international privé belge, plusieurs décisions de juges du fond, prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, ont constaté le lien de filiation à l'égard des parents d'intention par reconnaissance ou par adoption¹³⁰. L'Espagne a également connu la

¹²⁶ Cour de district de La Haye, 23 novembre 2009, affaire n° 328511 / FA RK 09-317 (arrêt non publié); C. SOULARD, Rapport sur les arrêts Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002, 18 mai 2015, p. 57

¹²⁷ Loi n° 40/2004

¹²⁸ C. SOULARD, Rapport sur les arrêts Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002, 18 mai 2015, p. 55-56

¹²⁹ *Ibid.*, p. 58

¹³⁰ C. SOULARD, Rapport sur les arrêts Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002, 18 mai 2015, p. 55

même évolution. En effet, par une décision du 10 février 2014, le Tribunal Suprême espagnol a permis que les parents homosexuels de l'enfant puisse obtenir l'inscription de la filiation de l'enfant sur les registres d'état civil, en effectuant une reconnaissance de paternité pour le père et en recourant aux mécanismes de l'adoption pour le conjoint¹³¹.

Ainsi, il existe une grande variété de positions sur la question de la gestation pour autrui. Cette question reste d'ailleurs un sujet de débat dans plusieurs Etats. Par exemple, des projets de lois portant sur cette question sont à l'étude comme en Bulgarie¹³². En outre, les Etats interdisant la gestation pour autrui ne traitent pas de manière uniforme la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention. Il faut également rappeler qu'il n'existe aucun instrument international consacrant une solution ou des directives, même si le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé travaille actuellement sur les questions de droit international privé liées à la filiation juridique des enfants, en particulier sur les conventions de mères porteuses¹³³. C'est dans ce contexte de diversité que la Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur le cas de la France, et plus particulièrement sur le refus d'accorder tout effet au jugement américain établissant la filiation et de transcrire cet acte sur les registres de l'état civil.

B- La solution française, partiellement remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme

Consciente des difficultés subies par les enfants nés par le biais d'une gestation pour autrui, Mme Taubira, Ministre de la justice, a adopté une circulaire le 25 janvier 2013¹³⁴, invitant les représentants du parquet et les greffiers des tribunaux d'instance à délivrer un certificat de nationalité dès lors que « *sous réserve que les autres conditions soient remplies, [...] le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de*

¹³¹ C. SOULARD, Rapport sur les arrêts Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002, 18 mai 2015, p. 59

¹³² ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE, « La gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe », 2014, p. 6

¹³³ CONFERENCE DE LA HAYE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, établi par le bureau permanent, mars 2012, Doc. pré. No 10

¹³⁴ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger, Disponible sur http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf (consulté le 12/01/2015)

*l'article 47 du code civil*¹³⁵ ». Selon, le Professeur Claudine Bergoignan Esper, ce texte ne portant que sur la nationalité et non sur la filiation, incitait les parents à se contenter d'une reconnaissance de la nationalité de l'enfant reposant sur un acte de naissance qui échappe à l'action des procureurs¹³⁶.

Pourtant cet assouplissement a été jugé insuffisant par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Labassee*¹³⁷ et *Menesson*¹³⁸. Si la Cour a condamné la France dans ces deux espèces, elle n'a pas remis en cause le principe de l'interdiction française de la gestation pour autrui¹³⁹. Celle-ci relève de la marge d'appréciation nationale. Surtout, la Cour a considéré que l'ingérence est légitime puisqu'elle poursuit les buts légitimes de « la protection de la santé » et de « la protection des droits et libertés d'autrui¹⁴⁰ ». Ainsi, la France est en droit de décourager ses ressortissants de recourir à une technique de procréation.

Ce que lui reproche la Cour, ce sont les effets que la non-reconnaissance de la filiation emporte sur le droit à la vie privée des enfants. En effet, la Cour reconnaît seulement une violation de l'article 8 de la Convention au regard de l'enfant et non de ses parents. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour applique sa jurisprudence *Wagner*¹⁴¹ dans laquelle elle avait déjà montré l'importance qu'elle accorde à la réalité sociale du lien de filiation¹⁴². Dans un contentieux relatif à la non-reconnaissance de l'adoption d'un enfant effectuée à l'étranger, elle avait montré que dans ce type d'affaires, il faut opérer un contrôle *in concreto* et analyser les inconvénients que subissent les requérants dans leur vie quotidienne lorsque le lien de filiation n'est pas reconnu. Ce contrôle l'amène à constater que si les parents doivent surmonter au quotidien des difficultés¹⁴³, « *les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de*

¹³⁵ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger, Disponible sur http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf (consulté le 12/01/2015)

¹³⁶ C. BERGOIGNAN ESPER, « Gestation pour autrui à l'étranger et reconnaissance de la filiation en France », Note sous CEDH, 26 juin 2014, aff. M. / France n° 65192/11, RDSS 2014 p. 889

¹³⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11

¹³⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11

¹³⁹ L. D'AVOUT, « La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », Recueil Dalloz 2014 p. 1806

¹⁴⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11§54

¹⁴¹ CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01

¹⁴² *Ibid.* §132

¹⁴³ Voir MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTE, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, « Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », 2014, p. 200 et s., pour comprendre les difficultés auxquelles les parents d'intention doivent faire face au quotidien après la naissance de l'enfant.

*leur droit au respect de leur vie familiale*¹⁴⁴ ». Ainsi, les parents ne peuvent pas invoquer une violation de leurs droits fondamentaux, après avoir contourné la législation de leur pays.

Cependant, ce raisonnement ne s'applique pas s'agissant de l'enfant, qui lui n'a pas demandé à naître dans ces conditions. La Cour affirme que la filiation et la nationalité sont des éléments importants de l'identité des personnes, protégée par l'article 8 de la Convention. Elle se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant qu'elle avait déjà utilisé dans l'affaire *Wagner*¹⁴⁵ et observe que « *compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation*¹⁴⁶ ». Ainsi, c'est la non-reconnaissance de la filiation à l'égard du père biologique qui est considérée comme une ingérence excessive¹⁴⁷. La Cour reproche la rigueur exagérée de la jurisprudence française, empêchant que l'enfant puisse établir un lien de filiation qui biologiquement existe, et ce par quelque moyen que ce soit. La Cour avait déjà rappelé l'importance de la réalité biologique en matière de filiation dans un arrêt *Kruskovic c. Croatie*¹⁴⁸. Dans cette espèce, la Cour avait condamné le gouvernement croate pour avoir empêché un père jugé incapable d'établir sa paternité à l'égard de son enfant. La Cour avait également affirmé le droit de l'enfant de voir mettre fin à l'incertitude concernant son identité personnelle dans deux affaires dans lesquelles les requérants demandaient à l'Etat de procéder à un test ADN pour prouver le lien de filiation¹⁴⁹.

Ces deux décisions ne remettent donc pas en cause l'interdiction de la gestation pour autrui mais viennent rappeler que dans ces affaires, il faut tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et ne pas le pénaliser pour la manière dont il est venu au monde. Le gouvernement français n'a pas demandé de renvoi à la grande chambre, signifiant par là-même son accord avec cette jurisprudence car celle-ci ne remet pas en cause l'interdiction de la gestation pour autrui¹⁵⁰. Ainsi, la grande chambre n'a pas encore pu se prononcer sur cette question pour renforcer la position de la Cour. Toutefois, elle est actuellement saisie d'une affaire jugée en

¹⁴⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 § 71

¹⁴⁵ CEDH 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01 § 133

¹⁴⁶ CEDH 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11 § 79

¹⁴⁷ C. BERGOIGNAN ESPER, *op. cit.*, p. 888

¹⁴⁸ CEDH 21 juin 2011 *Kruskovic c. Croatie* n° 46185/08

¹⁴⁹ CEDH 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99 ; CEDH 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse* n° 58757/00

¹⁵⁰ M. VALLS : « La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA », *La Croix*, 2 octobre 2014, disponible sur <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Manuel-Valls-La-France-entend-promouvoir-une-initiative-internationale-sur-la-GPA-2014-10-02-1215549> (consulté le 13/08/2015)

janvier par une chambre¹⁵¹ dans laquelle il est reproché au gouvernement italien d'avoir éloigné un nourrisson né à la suite d'un contrat de gestation pour autrui et dont il a été révélé par la suite qu'il n'avait aucun lien biologique avec les parents d'intention. De même, deux autres affaires françaises sont encore pendantes devant la Cour¹⁵².

Ces décisions relancent le débat sur la gestation pour autrui et sur la manière dont il faut régler les conséquences du contournement de la législation en cette matière. Certains craignent à juste titre une recrudescence du tourisme procréatif. En effet, organiser l'établissement de la filiation, c'est toléré que les couples qui ont les moyens de contourner la réglementation, obtiennent à l'étranger ce que la France leur refuse¹⁵³. La Professeure Fabre-Magnan déclarait à ce titre « *en mettant sur les deux plateaux de la balance des choses éminemment hétérogènes - en l'occurrence d'un côté un interdit absolu (la convention de GPA) et de l'autre l'intérêt de l'enfant - c'est le système juridique dans son entier qui se trouve profondément atteint. Le standard de l'intérêt de l'enfant sert en effet alors, techniquement, à saper toutes les bases et tous les interdits*¹⁵⁴ ». Cette jurisprudence pourrait conduire à venir remettre en cause d'autres cas d'impossibilité d'établissement du lien de filiation comme c'est le cas en matière d'inceste¹⁵⁵. Mais cette condamnation rappelle la nécessité de mettre l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de la réflexion. Celui-ci subit les conséquences de la décision de ses parents. Comme le relève la Cour européenne des droits de l'homme, il se retrouve dans « *une incertitude juridique*¹⁵⁶ ». Or, ce n'est pas à l'enfant d'être pénalisé pour le comportement de ses parents. Ces deux décisions incitent donc à adapter les sanctions de la violation de la loi française, en protégeant les enfants issus d'une gestation pour autrui.

¹⁵¹ CEDH 27 janvier 2015, arrêt de chambre, *Paradiso et Campanelli c. Italie* n° 25358/12

¹⁵² CEDH Laborie et autres c. France (n° 44024/13) ; CEDH Foulon c. France (n° 9063/14) et Bouvet c. France (n° 10410/14)

¹⁵³ L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 901-902

¹⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, À propos de la gestation pour autrui », *Recueil Dalloz* 2015 p. 224.

¹⁵⁵ Article 310-2 du Code civil

¹⁵⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 § 96

III- La réception de la jurisprudence européenne accentuant la nécessité d'une coopération internationale

Dans deux arrêts rendus le 3 juillet 2015¹⁵⁷, la Cour de Cassation a modifié sa lecture de l'article 47 du Code civil afin d'accepter la transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant né par le biais d'une gestation pour autrui (A). Toutefois, ce revirement jurisprudentiel ne règle pas toutes les questions notamment celle concernant le sort de la filiation unissant l'enfant et la mère d'intention. Au contraire, il rend encore plus nécessaire une intervention du législateur et surtout une concertation internationale pour maintenir l'effectivité de l'interdiction de la gestation pour autrui (B).

A- Une lecture stricte de l'article 47 du Code civil permettant la transcription de l'acte de naissance étranger

Le Conseil d'Etat qui avait déjà infléchi sa position, a pris acte du rappel de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la circulaire du 25 janvier 2013, il a rejeté la requête en considérant que « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'elle implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie*¹⁵⁸ ». L'intérêt supérieur de l'enfant est désormais au cœur du raisonnement.

La Cour de cassation s'est également alignée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mettant fin à l'intransigeance de sa jurisprudence. En effet, dans deux arrêts du 3 juillet 2015 rendue dans sa forme la plus solennelle¹⁵⁹, elle accepte la transcription

¹⁵⁷ Cass, Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002

¹⁵⁸ CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, Req. n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861 § 11

¹⁵⁹ Cass, Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002

de l'acte de naissance étranger de l'enfant si les juges du fond ont constaté que « *l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité* ».

Dans ces deux espèces, les faits à l'origine du litige étaient similaires. Ainsi l'enfant, né par le biais d'une gestation pour autrui en Russie, a été reconnu avant sa naissance par son père biologique devant l'officier de l'état civil français. A sa naissance, son acte de naissance a été dressé en Russie et indique en qualité de père son père biologique et en qualité de mère la mère porteuse qui a accouché de lui. Toutefois, la Cour d'appel de Rennes qui a eu à connaître de ces deux affaires n'a pas rendu la même solution dans les deux espèces. Dans la première affaire, elle a refusé la transcription de l'acte de naissance russe en se fondant sur l'existence d'un processus frauduleux¹⁶⁰, alors que dans la seconde affaire, elle a ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, et ce même si elle avait relevé un faisceau d'indices établissant l'existence d'une convention de gestation pour autrui¹⁶¹. Le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes a donc décidé de se pourvoir en cassation contre le second arrêt, en invoquant à la fois la contrariété à l'ordre public international et au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Conscient que la jurisprudence européenne impose à la France de reconnaître le lien de filiation biologique à l'égard du père, et regrettant l'absence d'intervention du législateur, le Procureur général près la Cour de cassation, Jean-Claude Marin, a préconisé à la Cour de cassation de faire œuvre prétorienne dans ces deux affaires et d'accepter la transcription partielle de l'acte de naissance de l'enfant après que le juge du fond ait dûment vérifié l'existence de ce lien biologique¹⁶². En effet, selon lui, « *[e]n la matière, l'automatisme des principes invoqués ne joue pas et il importe que le juge du fond se livre à cette appréciation concrète et en proportionnalité de la situation née d'une GPA internationale*¹⁶³ ». Ainsi, « *[p]our tirer les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sans enfreindre notre règle interne d'ordre public de prohibition de la GPA, le juge devra également pouvoir relever avec certitude la nature biologique de la filiation paternelle*¹⁶⁴ ».

M. Marin considère également que la Cour de cassation doit modifier sa jurisprudence pour éviter une violation du droit de l'Union européenne. « *Il convient donc d'avoir à l'esprit que*

¹⁶⁰ CA Rennes, 15 avril 2014, n° 14-21323

¹⁶¹ CA Rennes, 16 décembre 2014, n° 15-50002

¹⁶² M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass. Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 56 et 57

¹⁶³ *Ibid.*, p. 58

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 59

le fait de refuser la transcription de l'acte de naissance d'un enfant ayant la nationalité de l'un des Etats membres de l'Union, alors que la nationalité française pourrait lui être dévolue du fait de l'établissement de sa filiation avec un français en application de la loi personnelle de sa mère, pourrait être considéré comme une restriction de ses droits de citoyen de l'Union même si le droit à la filiation n'est pas expressément prévu à l'article 20 TFUE et n'est pas directement lié à la liberté de circuler¹⁶⁵ ».

La Cour de cassation n'a, cependant, pas suivi son avis puisqu'elle a opté pour une transcription complète des deux actes de naissance concernés. Elle a modifié sa lecture de l'article 47 du Code civil disposant que « [t]out 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 réalité¹⁶⁶** ». Adoptant une lecture stricte de ce texte, elle autorise désormais une transcription systématique de l'acte de naissance de l'enfant né par le biais d'une gestation pour autrui¹⁶⁷. Par conséquent, l'existence d'une convention de gestation pour autrui est indifférente dans l'application de l'article 47 du Code civil. Il suffit que les conditions posées par cet article soient remplies.

Il est surprenant de constater que si la Cour de cassation vise l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle ne se fonde sur aucun principe tel que l'intérêt supérieur de l'enfant, se contentant d'appliquer strictement l'article 47 du Code civil. Par ce choix de motifs, elle souhaite peut-être appeler le législateur à intervenir sur cette question. En effet, bien que s'alignant sur la jurisprudence européenne, sa jurisprudence est loin de régler toutes les questions suscitées par les conventions de gestation pour autrui internationales.

¹⁶⁵ M. MARIN, Procureur général, avis sur l'arrêt Cass Ass. Plén. 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, 19 juin 2015, p. 38

¹⁶⁶ Mise en gras par l'auteur de ce texte

¹⁶⁷ G. HILGER, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière », *Petites affiches*, 17 juillet 2015, n° 142, p. 13

B- La nécessité d'une intervention législative et internationale

Le revirement jurisprudentiel laisse une question en suspens. En effet, la Cour n'a pas eu à régler dans ces deux affaires le sort de la mère d'intention¹⁶⁸. Dans ces deux espèces, l'acte de naissance mentionnait en qualité de père le père biologique et en qualité de mère la mère porteuse. De sorte qu'il est permis de s'interroger sur la manière dont la Cour de cassation traitera un acte de naissance indiquant pour mère la mère d'intention. En droit français, le principe est *mater semper certa est* c'est-à-dire que la mère est celle qui a accouché¹⁶⁹. Ainsi, la mère d'intention ne peut pas être considérée comme la mère de l'enfant, même si elle a un lien biologique avec lui, parce qu'elle n'a pas accouché. La Cour européenne de droits de l'homme n'imposant pas la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention en l'absence de lien biologique, la Cour de cassation sera sans doute tentée de refuser partiellement la transcription de l'acte dont les faits déclarés ne correspondraient pas à la réalité. Mais acceptera-t-elle au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant que la mère d'intention puisse adopter l'enfant ? Dans le cas contraire, cela aboutirait à instaurer une inégalité entre un père biologique dont le lien de filiation est reconnu et la mère d'intention dont le lien de filiation se voit écarté. « *En somme, il existerait une contradiction entre l'acte civil étranger qui reconnaît à l'enfant ses deux parents et l'état civil français qui ne lui en reconnaîtrait qu'un seul*¹⁷⁰ ».

Pour éviter cette contrariété, les juges allemands, saisis de la question de la transcription d'un jugement établissant un lien de filiation à l'égard d'un couple de partenaires de même sexe ont décidé d'aller plus loin que la jurisprudence européenne et de reconnaître le lien de filiation d'intention en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷¹.

Outre la question de la reconnaissance du lien de filiation de la mère d'intention, ce revirement jurisprudentiel relance le débat sur l'effectivité de l'interdiction de la gestation pour autrui en France. De nombreux auteurs tirent le signal d'alarme. Par exemple, J. Foyer s'inquiète : « *on peut légitimement redouter les conséquences éventuelles de la reconnaissance en France par les juges français de la filiation des enfants nés par GPA. Nul*

¹⁶⁸ S. BOLLEE, « gestation pour autrui : la voie du compromis », *Dalloz*, 2015, p. 1481

¹⁶⁹ Articles 311-25 et 332 du Code civil

¹⁷⁰ G. HILGER, *op. cit.*, p. 15

¹⁷¹ Décision du 10 décembre 2014 prononcée par le Bundesgerichtshof, citée dans C. SOULARD, Rapport sur les arrêts Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015 Req. n°14-21.323, Cass Ass. Plén., 3 juillet 2015, Req. n°15-50.002, 18 mai 2015, p. 51-52

doute que cette décision ouvrirait largement la porte au grand marché international des ventres à louer et des enfants à acheter. Encore une fois, il est naturel de s'attendre sur le sort des enfants nés par un tel procédé, mais on ne peut dissocier le sort de l'enfant et l'admission de la GPA¹⁷² ». Ainsi, cette jurisprudence permet à la pratique de contourner le droit. Elle constitue « une brèche symbolique dans la prohibition de la GPA en France, que les règles du droit pénal ne paraissent pas pouvoir suppléer¹⁷³ », alors qu'il existe d'autres solutions permettant de concilier la nécessité d'interdire la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, G. Hilger propose d'instaurer une forme d'adoption spécifique à l'intention des enfants nés par le biais d'une gestation pour autrui. « La reconnaissance d'une filiation élective au seul profit de l'enfant permettrait de tenir compte de la fraude à la loi réalisée par les parents et de leur choix de placer l'enfant hors du droit¹⁷⁴ ». Cette filiation ne serait établie que dans l'intérêt de l'enfant. Celui-ci bénéficierait des droits alimentaires et successoraux mais ses parents en seraient privés¹⁷⁵. Ainsi, « [l]e comportement des parents serait donc civilement sanctionné¹⁷⁶ ».

Cependant, pour instaurer un tel mode de filiation, le législateur doit intervenir. Plusieurs Etats tels que l'Australie, le Canada ou le Royaume-Uni ont d'ores et déjà adopté des directives non contraignantes sur les conventions de maternité de substitution à caractère international alors que d'autres Etats tels que la Finlande et la Suède élaborent des règles spécifiques¹⁷⁷. Certains Etats parviennent même à établir une coopération transfrontalière en la matière comme c'est le cas de la Nouvelle Zélande avec l'Australie, la Thaïlande et les Etats-Unis, ou encore les Pays-Bas avec l'Inde et l'Ukraine¹⁷⁸. Mais cela reste insuffisant.

D'autant plus que même si certains réclament la légalisation de la gestation pour autrui afin de l'encadrer ; il s'avère qu'autoriser la gestation pour autrui en la réglementant n'est pas une solution suffisante pour éviter le tourisme procréatif, comme le montre l'exemple du Royaume-Uni. Pour échapper au respect de conditions strictes destinées à protéger la mère porteuse et l'enfant, les couples n'hésitent pas à partir à l'étranger dans des pays moins

¹⁷² J. FOYER, « Section 2 - Filiation établie par actes publics étrangers », *Répertoire de droit international*, juillet 2015

¹⁷³ G. HILGER, *op. cit.*, p. 15

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 16

¹⁷⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^{ème} éd., Paris, 2011, § 827

¹⁷⁶ G. HILGER, *op. cit.*, p. 16

¹⁷⁷ J. C. MARIN, *op. cit.*, p. 15

¹⁷⁸ *Ibidem*

regardant¹⁷⁹. Ainsi, la réponse devrait être au moins européenne, voire internationale même si celle-ci semble encore illusoire pour le moment¹⁸⁰.

La réponse ne pourra pas provenir de l'Union européenne par le biais d'une harmonisation des législations en la matière puisqu'à l'issue d'un débat au sein du Parlement européen en 2011, la Commission européenne a répondu que « *[l]e traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne confèrent pas à l'Union européenne les pouvoirs d'adopter une législation sur l'harmonisation des législations nationales relatives aux méthodes de reproduction faisant appel à des mères porteuses. Il incombe dès lors à chaque État membre de réglementer dans ce domaine à la lumière de ses traditions sociales et culturelles*¹⁸¹ ». Par conséquent, la coopération devrait être internationale. Celle-ci serait d'ailleurs plus à même de garantir l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui, car les Etats procurant ce service aux ressortissants français ne font pas partie de l'Union européenne, les français préférant se rendre aux Etats-Unis, en Russie ou en Inde.

Un instrument multilatéral pourrait voir le jour. En effet, le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé cherche actuellement à préparer le terrain pour qu'un tel instrument puisse voir le jour¹⁸². Déjà certains Etats, semblent favorables à l'élaboration d'un instrument international¹⁸³. Parmi eux, la France encourage l'adoption d'une convention internationale. Dans un entretien accordé au journal *la Croix*, le 2 octobre 2014, le Premier ministre, Manuel Valls a déclaré que « *[l]a France entend promouvoir une initiative internationale qui pourrait aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la GPA n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent*¹⁸⁴ ». Cette solution apparaît comme la seule solution permettant à la France de maintenir l'effectivité de l'interdiction de la gestation pour autrui sur son territoire.

En conclusion, au regard de ces développements jurisprudentiels, la situation des enfants nés par le biais d'une gestation pour autrui s'est nettement améliorée puisqu'ils voient enfin leur

¹⁷⁹ CCNE, avis n°110 « Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui », 2010, p. 10

¹⁸⁰ J. HAUSER, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD Civ.* 2014 p. 355

¹⁸¹ Question n° 42 d'Ivo Belet (H-000096/11) posée à la Commission européenne sur la gestation pour autrui

¹⁸² CONFERENCE DE LA HAYE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, établi par le bureau permanent, mars 2012, Doc. pré. No 10

¹⁸³ HCCH, « Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil », 8-10 avril 2014, p. 1, Disponible sur http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_fr.pdf (consulté le 13/08/2015)

¹⁸⁴ M. VALLS : « La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA », *La Croix*, 2 octobre 2014, disponible sur <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Manuel-Valls-La-France-entend-promouvoir-une-initiative-internationale-sur-la-GPA-2014-10-02-1215549> (consulté le 13/08/2015)

lien de filiation biologique reconnu. Mais ce n'est pas encore suffisant puisque leur situation juridique vis-à-vis de l'un des parents reste marquée par une incertitude. Dès lors, maintenant que l'intérêt supérieur de l'enfant est de nouveau au cœur du raisonnement, le législateur ne devrait pas éviter un nouveau débat sur la gestation pour autrui et sur les conséquences induites par le « tourisme procréatif », même si la solution doit provenir d'un instrument international stipulant que les Etats autorisant la gestation pour autrui en refusent l'accès aux ressortissants des Etats interdisant cette technique. Et si le législateur souhaite autoriser la maternité de substitution, ce qui semble actuellement peu probable, outre le fait qu'il devra être particulièrement vigilant à la protection des droits de la mère porteuse et de l'enfant à naître, il lui faudra aussi penser à répartir les droits sociaux entre la mère d'intention et la mère porteuse. En effet, dans deux décisions¹⁸⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a dû répondre, dans le cadre de questions préjudicielles, à la question de savoir si une mère d'intention ou commanditaire peut prétendre à un congé de maternité en application de deux directives, la Directive 92/85 concernant la sécurité et la santé des travailleuses, et la Directive 2006/54 sur l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Dans la seconde affaire, la même directive était invoquée. La question portait, toutefois plus spécifiquement, sur le fait de savoir si une femme privée d'utérus en raison d'une maladie et qui a eu recours à une mère porteuse, peut prétendre à un congé de maternité, en application de cette directive, du fait de son « handicap ». Dans ces deux espèces, la Cour a expliqué que le droit de l'Union européenne ne prévoit pas de congé de maternité au bénéfice de la mère commanditaire¹⁸⁶. Ces affaires prolongent ce débat du terrain des droits civils à celui des droits sociaux. Mais alors, « *[s]i l'on imagine qu'une telle affaire vienne devant les juridictions sociales françaises, s'abriteront-elles derrière l'illégalité du procédé au risque de se voir opposer, selon le fameux critère du réalisme du droit social, qu'il y a bien une accouchée et une mère qui s'occupe en fait de l'enfant ?*¹⁸⁷ »

¹⁸⁵ CJUE, 18 mars 2014, aff. C-167/12, C.D. c/ S.T., concl. M^{me} J. Kokott et aff. C-363/12, Z. c/ A Government department, *The board of management of a community school*, concl. M. N. Wahl

¹⁸⁶ F. MONEGER, « Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap », Note sous CJUE, 18 mars 2014, aff. C-167/12, C.D. c/ S.T., concl. M^{me} J. Kokott et aff. C-363/12, Z. c/ A Government department, *The board of management of a community school*, concl. M. N. Wahl, *RDSS*, 2014 p. 478-484

¹⁸⁷ J. HAUSER, « Gestation pour autrui : le droit social est-il finalement plus important que le droit civil ou dis-moi qui est ta mère ? », *RTD Civ.* 2013 p. 828