



**Mémoire de master professionnel de 2e année de
L'UNIVERSITE DE VALENCIENNES ET DU HAINAUT-CAMBRESIS**

Année universitaire :
2015-2016

Discipline, spécialité :
Justice, Procès et Procédures, parcours Justice et Médiation

Présenté et soutenu par Maximilien DELEBASSEE.

Faculté, Institut ou école :

Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion – FDEG

**La gestation pour autrui en droit français :
Entre interdiction et tolérance**

Directeur de mémoire

- MORGAND, Viviane. Responsable pédagogique. UVHC - FDEG.

Maitre de mémoire :

- Maître LEMBREZ, Gonzague. Notaire. Bailleul.





**Mémoire de Master Professionnel de 2e année de
L'UNIVERSITE DE VALENCIENNES ET DU HAINAUT-CAMBRESIS**

Année universitaire :

2015-2016

Discipline, spécialité :

Justice, Procès et Procédures, parcours Justice et Médiation

Présenté et soutenu par Maximilien DELEBASSEE.

Faculté, Institut ou école :

Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion – FDEG

**La gestation pour autrui en droit Français :
Entre interdiction et tolérance**

Directeur de mémoire

- MORGAND Viviane. Responsable pédagogique. UVHC - FDEG.

Maître de stage :

- Maître Gonzague LEMBREZ, Notaire. 13 Place Charles de Gaulle, 59270 Bailleul.

Remerciements

Je tiens à exprimer mes sincères remerciements à ma directrice de mémoire Madame Viviane MORGAND pour m'avoir encadré et conseillé tout au long de cette année ;

à mon maître de stage, Maître Gonzague LEMBREZ pour m'avoir accordé de son temps, ses conseils et réflexions pendant mon passage dans son étude ;

à Corinne et Francis DELEBASSEE, Virginie BRANQUART et Cécile LEGAY pour leurs conseils et leur travail de relecture ;

à la Revue générale de droit médical pour leur collaboration et leur apport non négligeable à la conception de ce mémoire.

A la mémoire de Rose MARTIN.

Sommaire

<u>Introduction</u>	4
<u>Partie I/ La GPA en France, entre réticences et intégration</u>	9
Section 1 :Le souffle des juridictions Européennes	11
A) Analyse des arrêts Mennesson et Labassee	11
B) Motivation des juges Européens et légitimité d'une telle sanction	16
Section 2:Les conséquences dans l'ordre interne des décisions Européennes	21
A) Une lecture extensive de la part des juridictions nationales	21
B) Vers une levée de l'interdiction ?	25
Section 3 :La résistance des juridictions	29
A) Les résistances de la Cour d'Appel de Rennes	29
B) Légitimité du raisonnement et réaction de la CEDH	33

<u>Partie II/ Les questions éthiques et pragmatiques de la GPA</u>	39
Section 1 : La difficile mesure entre la GPA et les droits et libertés individuelles	41
A) Les positions doctrinales à propos de la gestation pour autrui	41
B) La force de l'intérêt primordial de l'enfant	45
Section 2 : La GPA en France vue à travers le prisme de la réflexion internationale	50
A) Les notions proches de la GPA en droit international	50
B) Les réponses de l'arsenal répressif français	54
Section 3 : Vers de nouvelles avancées pour le débat de la gestation pour autrui	59
A) L'inégalité des sexes face à la parentalité	59
B) La création d'un lien juridique satisfaisant	63
<u>Conclusion</u>	66
<u>Bibliographie</u>	70

Introduction

« Plus palpable que le besoin, le désir : le désir d'enfant, intensément éprouvé, des couples sans enfant aspire à être transcendé en un droit à l'enfant ».

Citation de Jean CARBONNIER « Droit et passion du droit sous la Vème République », 1966, Flammarion.

La question de la gestation pour autrui est apparue essentiellement à la fin des années 1980. Il est difficile d'avoir des chiffres sur cette pratique. Selon plusieurs estimations, on peut penser qu'elle concerne entre quelques dizaines et quelques centaines de couples en France chaque année.

En droit interne, la jurisprudence a considéré très rapidement que ce procédé pour l'établissement d'une filiation était contraire à l'ordre public plus précisément contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain. La première décision concernant cette pratique a été rendue par le Conseil d'État le 22 Janvier 1988¹. Dans cet arrêt, le Conseil s'oppose à l'inscription au registre des associations d'une association créée pour aider les couples infertiles à concevoir un enfant. Dans ce jugement, on peut lire que la pratique de la maternité pour autrui « *aliène le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant* ».

La Cour de cassation reprendra le raisonnement du Conseil concernant ces associations dans un arrêt en date du 13 décembre 1989². Dans les deux cas, la Haute Cour et le Conseil d'État s'appuient sur les articles 6 (interdiction de déroger par convention aux lois concernant l'ordre public et les bonnes mœurs) et 1128 du Code Civil (limitant aux seules choses dans le commerce d'être objet de conventions). Ainsi, les deux juridictions suprêmes posent les jalons d'une jurisprudence qui deviendra constante en considérant que, si un couple a recours aux services d'une mère porteuse dans un pays où la maternité pour autrui est licite, il y a détournement de la loi française.

1 Conseil d'État, Assemblée, 22 Janvier 1988, n°80936, Recueil Lebon.

2 Cour de Cassation, Ch. Civ. N°1, 13 Décembre 1989. n°88-15.655.

En matière de mère porteuse, l'arrêt de référence est un jugement de l'assemblée plénière en date du 31 Mai 1991³. Dans cette décision, la Haute Cour affirme clairement la nullité des conventions de mère porteuse du fait de son objet et de sa cause illicite. Pour les juges, il y a, dans ces conventions, atteinte à l'indisponibilité du corps humain et à l'indisponibilité de l'état des personnes.

Cette position de la jurisprudence sera consacrée quelques années plus tard par la loi *Bioéthique* du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain. Le texte traite expressément de la question de la gestation pour autrui et aboutit à son interdiction formelle par la rédaction de l'article 16-7 du Code Civil. Cet article dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'interdiction civile trouve son écho dans le Code Pénal aux articles 227-12 et 227-13 qui prévoient les sanctions à appliquer pour les couples qui violeraient l'interdit.

Ce texte trouve sa confirmation dans l'ordonnance de Juillet 2005 portant réforme de la filiation. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, en application combinée des articles 311-25 et 16-7 du code civil, en droit français, l'accouchement est expressément l'unique source de filiation maternelle par le sang. Cette combinaison d'articles permet alors le refus de transcription sur les registres d'état civil français d'un acte de naissance établis hors de France qui présenterait comme mère légale la femme commanditaire de la gestation pour autrui.

Malgré cela, certains juges du fond ont essayé de faire bouger les choses concernant la reconnaissance de la maternité pour autrui. Par exemple, la cour d'appel de Paris, dans une décision du 25 octobre 2007, va donner effet à une GPA pour ne pas priver l'enfant de son lien de filiation. Un léger espoir de reconnaissance apparaît alors pour les parents ayant eu recours à une convention de maternité pour autrui à l'étranger. Mais cet espoir sera de courte durée puisque la Cour de Cassation, dans une décision du 17 décembre 2008⁴ annulera l'arrêt en question, réaffirmant ainsi sa position et sa fermeté.

3 Cour de Cassation, Ass. Plén, 31 Mai 1991, n° 90-20.105.

4 Cour de Cassation, Ch. Civ 1, 17 Décembre 2008, n°07-20.468.

Cette fermeté va ensuite être confirmée et même renforcée par la Cour de Cassation par 3 décisions du 6 avril 2011⁵. Dans ces arrêts, la haute cour fait état du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et de la conception française de l'ordre public international. L'objectif poursuivi est toujours de refuser la transcription en France d'acte d'état civil étranger concernant des enfants issus de gestation pour autrui.

On a, dans ces 3 arrêts, la même situation de faits. Des époux français avaient passé une convention avec une mère porteuse américaine afin qu'elle donne naissance à un enfant conçu avec le matériel génétique du père d'intention. À la naissance de l'enfant, la mère porteuse l'avait abandonné et un tribunal américain avait prononcé l'adoption de l'enfant par les époux français. La transcription de l'acte américain d'adoption sur les registres d'état civil français sera annulée, en ce qui concerne la filiation maternelle, sur les fondements de l'indisponibilité des personnes et de l'atteinte à l'ordre public international.

La cour de cassation va aussi durcir sa position. Les juges vont, en effet, aller plus loin en accédant à la demande du Ministère Public d'annulation de la reconnaissance de paternité. La cour de cassation considère que ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni le respect de la vie privée et familiale ne peuvent être utilement invoqués par les requérants. Pour les juges, le recours à la fraude permet d'aboutir à une sanction globale et donc à l'annulation de la reconnaissance de paternité bien que le père d'intention fut le père géniteur.

Les parents d'intention n'ayant pas obtenu gain de cause en droit interne et ayant épuisé les voies de recours sont allés à Strasbourg. Ils ont alors saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a rendu deux décisions en date du 26 juin 2014 : les arrêts *Menesson Labassée*. Ces arrêts auront l'effet d'une bombe dans l'ordre français. La rigueur nationale sur le sujet de la GPA sera sanctionnée et l'État condamné.

La question de la maternité pour autrui est un sujet d'actualité brûlant qui n'a pas encore trouvé de réponse dans notre ordre juridique national. La question n'est pas isolée puisqu'elle concerne aussi des notions juridiques tel que la filiation, l'état civil ou encore l'ordre international.

5 Cour de Cassation, Ch. Civ 1, 06 Avril 2011, n° 10-19.053 ; 09-17.130 et 09-66.486.

La gestation pour autrui touche aussi à des notions tel que l'éthique, la morale, la paix sociale, l'exploitation humaine et l'esclavage. Toutes ces thématiques rattachées à la pratique de la maternité pour autrui font de ce sujet un élément incontournable de l'actualité juridique nationale et européenne. Ainsi, plusieurs interrogations vont retenir notre attention :
Quelles sont les motivations de l'intransigeance française ? Qu'est ce qui justifie ces condamnations par les instances européennes ? Comment les juges nationaux réagiront à cette condamnation ? Comment envisager l'avenir de la gestation pour autrui en France ?

Nous nous proposons de répondre à ces interrogations par une étude en deux parties distinctes. La première partie sera consacrée aux arrêts *Mennesson* et *Labassee* rendus par la CEDH et à leurs conséquences dans l'ordre national. Pour ce faire, cette partie sera subdivisée en trois sections : la première sera centrée sur une analyse approfondie de ces arrêts Européens, la seconde présentera les conséquences immédiates des ces arrêts dans l'ordre national et la troisième développera les réactions de nos juridictions à l'intrusion Européenne dans son interprétation de la filiation.

La seconde partie sera consacrée aux différentes réflexions et interprétations que suscite la gestation pour autrui. Là aussi, une division en trois sections sera nécessaire. Dans un premier temps nous décortiquerons les différentes notions qui gravitent autour de la maternité pour autrui. Dans la seconde section, nous serons préoccupés par la vision internationale de la convention de mère porteuse et ses conséquences dans le système pénal français. Enfin, nous conclurons notre propos en envisageant des réponses et de nouvelles réflexions pour le débat de la maternité pour autrui.

Partie I

La GPA en France, entre réticences et
intégration

A la veille des arrêts *Mennesson* et *Labassee* la France a, comme nous l'avons développé, un lourd passif de refus strict de transcription sur les registres de l'état civil des enfants suspectés d'être issus d'une convention de gestation pour autrui. Cependant, cette Jurisprudence constante des tribunaux français va subir une contradiction violente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

C'est ce revirement forcé ainsi que ses suites et conséquences que nous allons analyser dans cette première partie.

Nous allons nous efforcer de décortiquer ces deux arrêts de la Cour de Strasbourg afin d'en déduire la motivation des juges Européens (Section 1) puis nous pourrons constater l'influence et les conséquences de ces jugements sur nos juridictions françaises (Section 2), enfin nous pourrons remarquer que certaines de nos juridictions ont refusé de se mettre au pas des injonctions des juges de la Cour des droits de l'homme (Section 3).

Section 1 :Le souffle des juridictions Européennes

La double condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dont les arrêts ont été rendus en date du 26 juin 2014 devenus définitifs le 26 septembre⁶ de la même année sonne le glas de la Jurisprudence traditionnelle Française du refus stricte. Il est nécessaire d'analyser les motivations et arguments des juges européens pour comprendre l'intrusion de cette juridiction dans un domaine pourtant laissé à la libre appréciation des législateurs nationaux.

A) Analyse des arrêts Mennesson et Labassee et argumentaire Français ;

Fort est de constater que les jugements de la Cour Européenne se ressemblent autant dans les faits, dans la procédure et dans le raisonnement tenu par la haute juridiction. Ce qui justifie par conséquent le traitement simultané des ces deux affaires.

Dans les faits, les jumelles Mennesson ont vues le jour dans l'État de Californie en 2000, la fille du couple Labassee est, elle, née dans le Minnesota un an après, soit en 2001. Dans les deux cas, les parents d'intention de ces enfants sont des couples français, résidant en France, mariés et hétérosexuels. La mère porteuse, de nationalité Américaine, était à chaque fois dans la même situation. Il n'était pas prévu de rémunération au contrat mais un défraiement. De plus, la mère porteuse n'était pas biologiquement liée à l'enfant. En effet, la fécondation in vitro avait eu lieu au moyen du matériel procréatif du mari et d'ovocytes obtenus par un don anonyme. Ainsi, conformément à la loi locale, les juges américains déclarent le père génétique et sa femme comme parents légaux de l'enfant né après que la mère porteuse et son époux aient expressément renoncé à leurs droits parentaux.

De retour en France, le couple Labassee est dans l'impossibilité de faire transcrire l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français au motif de la suspicion de recours à une gestation pour autrui par les autorités française. Les parents saisissent alors le juge des tutelles et obtiennent un acte de notoriété en 2003 qui sera annulé par le TGI de Lille, confirmé par la cour d'appel de Douai.

6 CEDH, 26 juin 2014, *Affaire Mennesson c. France*, req 65192/11
et CEDH, 26 juin 2014, *Affaire Labassee c. France*, req 65941/11

L'arrivée en France des jumelles Mennesson n'est par meilleur, bien que la transcription de l'acte de naissance ait d'abord été validé par le TGI de Créteil, confirmé par la cour d'appel de Paris en 2005. Il sera finalement annulé par renvoi après Cassation en 2010.

Le dernier acte de la procédure française a lieu le 6 avril 2011 où le pourvoi des deux couples est rejeté par la Cour de Cassation invoquant le principe d'indisponibilité de l'état des personnes afin de faire obstacle aux effets d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation (concernant le couple Labassee) ou de justifier le refus de transcription de l'acte de naissance étranger (concernant le couple Mennesson). Les enfants des deux couples ont donc vécu pendant plus de 10 ans sur le territoire français sans état civil. Cette situation affectant, sans aucun doute, la capacité de ces familles de se développer dans des conditions normales du fait de la clandestinité juridique.

Les deux couples portent alors leurs affaires devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Devant les juges, les parents Mennesson et Labassee ont fait valoir que les refus répétés des autorités françaises de délivrer des actes d'état civil compliquaient concrètement la vie de leurs familles respectives. Les requérants donnent comme exemple les difficultés dans l'accomplissement des démarches administratives et scolaires, ainsi que dans les relations avec les allocations familiales ou la sécurité sociale. Les parents témoignent aussi de leur inquiétude quant à la possibilité pour leurs enfants d'accéder à la nationalité française et de se présenter à la succession de leurs parents dans un cadre moins favorable que celui de la filiation.

Dans ces deux affaires, la Cour ne peut que constater l'intensité du débat en France sur la question de la gestation pour autrui marqué par une jurisprudence de plus en plus virulente entre 2011 et 2013. Cette jurisprudence portait sur le déni de la filiation des enfants issus de mères porteuses et allait jusqu'à annuler la reconnaissance du père biologique sur le fondement de la fraude à la loi puisque, selon un grand principe de Droit français « *La fraude corrompt tout* ».

De plus, la situation Européenne sur la question de la gestation pour autrui est loin de faire l'unanimité entre les différents pays d'Europe. En effet, sur 35 États, 14 interdisent expressément le recours à une convention de mère porteuse, 14 pays n'ont pas de législation spécifique et étudient les situations in concreto au cas par cas et seulement 7 pays autorisent la gestation pour autrui sous réserve de réunion de conditions strictes. C'est cette absence de consensus qui permettait à la CEDH de rendre une jurisprudence constante dans laquelle elle laissait généralement une ample marge d'appréciation aux États.

Cette marge d'appréciation laissée par les juridictions Européennes se traduit en droit Français par un argumentaire basé sur la fraude à la loi et l'exception d'ordre public international français.

Pour mémoire, cette exception est un mécanisme d'annulation d'effets de la loi étrangère compétente au profit de la loi du for. Le recours à ce moyen d'éviction est conditionné au fait que l'application de la loi étrangère à la situation dont est saisi le juge national conduit in concreto à un résultat choquant et même incompatible avec les mœurs et les principes fondamentaux du for.

L'exception d'ordre public international est donc un moyen de contrainte redoutable, incontestable et tranchant de défense des valeurs fondamentales et des bonnes mœurs défendues par les institutions du for. On accepte que nos juges appliquent la loi étrangère à condition que le résultat ne soit pas choquant pour notre société. Cependant, ce bouclier de civilisation n'est pas une mécanique exclusive de l'État français puisque tous les États et toutes les conventions internationales reconnaissent et ont recours à cette exception.

Ainsi, devant la CEDH, le Gouvernement justifie son ingérence dans la vie privée des couples Mennesson et Labassee grâce à l'exception d'ordre public. En effet, l'article 16-7 du Code Civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle, d'une nullité d'ordre public. La France se retranche aussi derrière sa jurisprudence et plus spécifiquement deux arrêts de 1991 et 1994 dans lesquels sont mis en exergue les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Ces deux principes, selon l'argumentaire du Gouvernement français, s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par contrat et donc, empêchaient que de tels contrats prennent effet sur le territoire national. Or dans le cas d'espèce, les conventions passées aux États Unis contreviennent aux principes d'ordre public d'indisponibilité.

De ce fait, le refus de transcrire dans les registres français les actes d'état civil américains était motivé par le fait que cette transcription aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui ; pratique formellement prohibée par une disposition interne d'ordre public et pénalement sanctionnée quand elle est mise en œuvre en France.

Ainsi, le gouvernement français souligne que son droit interne défend des principes d'éthique et de morale qui s'opposent à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à l'état d'objet. L'ingérence est donc justifiée par le but légitime de la défense de l'ordre public, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé, des droits et des libertés d'autrui. Cette rigueur dans l'argumentaire français se comprend par la volonté de décourager les ressortissants du for à recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle interdit sur son territoire. L'objectif est aussi de préserver autant les enfants issus de la gestation pour autrui que les mères porteuses soumises à ce type de conventions.

Concernant spécifiquement l'absence de transcription de la filiation paternelle, le gouvernement français relève que le refus est basé sur le fait que le projet des requérants était celui d'un couple et qu'il n'y avait pas lieu de dissocier les situations respectives des membres dudit couple. De plus, étant donné la forte diversité des moyens d'établissement de la filiation prévus par le droit français, il serait fortement contestable de privilégier un critère purement biologique alors que ce dernier est issu d'une pratique frauduleuse. Enfin, la France considère qu'il est de l'intérêt de l'enfant de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique pour que ceux-ci puissent être sur le même pied d'égalité concernant leur légitimité dans l'exercice de l'autorité parentale.

Enfin, le gouvernement français appuie sur le côté moral et éthique du débat de la gestation pour autrui ainsi que sur l'absence de consensus parmi les États européens justifiant ainsi la large marge d'appréciation que la jurisprudence de la CEDH accorde habituellement aux affaires de maternité pour autrui et aux effets des filiations qui lui sont soumis. De par cette déduction, la large marge d'appréciation combinée au fait que la vie familiale des requérants se déroule de manière normale sur la base de l'état civil américain et que l'intérêt supérieur des enfants est préservé, l'État français demande à ce que soit considéré comme proportionnée aux objectifs poursuivis, l'ingérence dans l'exercice des droits de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Les autorités Françaises justifient leur considération des « vie de famille normale des requérants » par le fait que les mineurs ne peuvent faire l'objet d'une reconduite à la frontière, que les parents exercent pleinement l'autorité parentale sur les enfants par le fondement des actes d'état civil américains et que la preuve de la qualité d'héritier peut être apportée par tous moyens. Ainsi, même en l'absence de filiation établie du vif des parents d'intention, les enfants issus de la gestation pour autrui seront en mesure d'hériter de leurs parents sur le fondement des actes d'état civil américains dans les conditions du droit commun.

Ainsi, le raisonnement proposé par le gouvernement français semble satisfaisant car il garantit les droits fondamentaux des enfants issus de la gestation pour autrui tout en sanctionnant les parents. L'objectif est ici d'éviter que cette pratique ne se répande de manière incontrôlable sur le territoire d'un État qui sanctionne la maternité pour autrui au niveau civil et pénal.

Cependant, les juges européens n'ont pas suivi ce raisonnement. La question qui se pose maintenant est de savoir quel a été l'argumentaire de la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour justifier la sanction de l'État français ?

B) Motivation des juges Européens et légitimité d'une telle sanction :

Le raisonnement de la Cour Européenne semble dans un premier temps être en faveur du gouvernement français. En effet, les juges des droits de l'Homme suivent le raisonnement des autorités en ce qui concerne le fait que la jurisprudence et la loi française interdisait et sanctionnait de longue date le recours à une convention de gestation pour autrui dans les matières civiles et pénales. La réaction des juridictions françaises était donc largement prévisible pour les requérants.

Les juges européens suivent aussi le raisonnement du gouvernement français sur le refus de reconnaître le lien de filiation dans un but dissuasif. En effet, la Cour considère que la sanction et l'ingérence décidée par la France visait bien les deux buts légitimes de protection de la santé et de protection des droits et liberté d'autrui.

Cependant, l'adéquation entre les raisonnements de la Cour Européenne et du gouvernement Français s'arrête là.

La Cour concède que l'absence de consensus et l'importance de l'intérêt d'une question comportant des aspects moraux et éthiques de cette envergure justifient une largesse dans la marge d'appréciation. Cependant, elle souligne que lorsqu'un aspect concernant l'existence ou l'identité d'un individu se trouve, comme c'est le cas ici, mis en exergue, la marge laissée à l'État doit nécessairement être restreinte. Par cette réflexion, il incombe à la Cour d'effectuer un véritable contrôle de la décision nationale et d'examiner attentivement les moyens et arguments qui ont été pris en compte pour parvenir à la solution retenue. Les juges cherchent donc à savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus qui ont été directement touchés par la solution objet du recours.

Ainsi, en se basant sur la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour estime que la question d'espèce nécessite de distinguer le droit au respect de la vie familiale des parents et le droit au respect de la vie privée des enfants.

Concernant le respect de la vie familiale des parents, la Cour note que le refus de reconnaissance de la filiation a engendré des difficultés concrètes dans l'accomplissement de certains événements de la vie comme l'inscription des enfants à la cantine scolaire, au centre aéré ou le dépôt d'une demande d'aide financière.

Cependant, elle constate aussi que les requérants ne prétendent pas que les difficultés évoquées ont été insurmontables. Les parents ne démontrent pas non plus que l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation les empêche de jouir, sur le territoire national, du droit au respect de leur vie familiale. De ce fait, les juges des Droits de l'Homme constatent que les deux familles ont pu s'établir en France et ont pu y vivre tous ensemble dans des conditions généralement comparables à celles des autres familles sans qu'il y ait lieu de penser que les autorités nationales décident de les séparer de leurs enfants en raison de leur situation.

Par ces constatations, la Cour estime que la conclusion de la cour de Cassation a mené à une situation qui, en l'espèce, ménage un équilibre suffisant entre les intérêts des parents d'intention et ceux de l'État français en ce qui concerne le respect de leur vie familiale.

Concernant le respect de la vie privée des enfants issus de la convention de gestation pour autrui, la Cour rappelle dans sa décision que le respect de ce droit fondamental exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain. Cette notion inclut nécessairement la filiation qui est un aspect essentiel de l'identité d'un individu. Or, le refus des autorités d'accorder effet aux actes d'état civil américain et d'en transcrire les conséquences dans les registres français démontre que le lien de filiation n'est pas reconnu et place les enfants des requérants dans une situation de précarité et d'incertitude juridique.

De plus, même si l'article 8 de la CESDHLF ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il est indéniable que la nationalité reste un élément de l'identité des personnes. Ainsi, quand la France renie la réalité biologique de la situation en refusant d'accorder la nationalité des pères biologiques à leurs enfants au motif que leurs conceptions sont issues d'un procédé frauduleux, elle affecte négativement la définition de l'identité desdits enfants.

Ensuite, la Cour Européenne met l'accent sur le problème de la succession. En effet, en l'absence de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger envers la mère d'intention, l'enfant né par gestation pour autrui n'est pas en mesure de percevoir d'héritage sauf s'il est institué comme étant légataire. Les droits successoraux seront alors calculés comme si l'enfant était un tiers à la succession, donc, moins favorablement. La même situation est de mise pour le père d'intention, qui, bien que père biologique, se voit tout autant privé de son lien de filiation envers ses enfants. Ainsi, le refus de reconnaître le lien de filiation entre les requérants et leurs enfants place ces derniers dans une situation d'inégalité manifeste en comparaison à la vie de famille normale en France.

La cour en conclut donc que la décision de la Cour de Cassation entraîne des conséquences à l'encontre des parents d'intention mais aussi à l'encontre des enfants conçus par gestation pour autrui. Or les parents seuls ont fait le choix de cette modalité de procréation que leur reprochent les juridictions françaises. Il est donc nécessaire de se poser la question importante de la compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants.

La question prend une dimension particulière par le fait que l'un des parent soit, dans les deux cas d'espèce, géniteur d'un enfant. Comme nous l'avons développé, la filiation biologique est d'une importance non négligeable dans l'identité de chacun.

Il est donc dans l'intérêt fondamental de l'enfant de pouvoir créer sans entrave un lien juridique correspondant à cette réalité biologique. La Cour considère donc que les conséquences de la restriction sur l'identité des enfants et sur le droit au respect de la vie privée de ces derniers sont disproportionnées. Le jugement des juridictions françaises faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement de la filiation entre les enfants et leurs pères biologiques dénote que l'État français a outrepassé la marge d'appréciation habituellement accordée par la Cour Européenne.

La conclusion générale de la Cour est donc fidèle au raisonnement suivi : il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention à propos des droits des requérants au respect de leur vie familiale mais il y a eu violation dudit article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. La France se voit donc condamnée pour son ingérence injustifiée.

La question qui se pose désormais est donc celle de la légitimité d'une telle sanction et d'un tel raisonnement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Par un jeu sémantique, la CEDH rend une décision qui semble pleine de pragmatisme. En effet, les juges ont voulu éviter de consacrer un droit à l'enfant au bénéfice des parents d'intention (ce qui aurait contourné un interdit national) tout en préservant, dans l'ordre juridique français, la vie privé des enfants. Force est de constater que si la Cour avait sanctionné les parents (qui ont bien violé la loi française en recourant à une gestation pour autrui), la condamnation qui en aurait résultée se serait nécessairement répercutée sur les enfants et sur le lien de filiation les liant. La seule alternative pour les juges de Strasbourg était donc de détourner et de donner une nouvelle appréhension au concept juridique de la filiation.

En effet, à l'étranger, les commanditaires d'une GPA sont reconnus comme les personnes qui prennent les enfants en charge, qui les éduquent et subviennent à leurs besoins. Ils sont donc considéré comme les « parents » de ces enfants. En France, les qualités juridiques de père et mère ne sont pas reconnues aux parents d'intention. Ces derniers ont donc la qualité sociétale de parents sans en avoir la qualité juridique. C'est ce décalage manifeste entre la réalité et la règle de droit que la CEDH, bien que le considérant comme acceptable pour les parents d'intention, l'a jugé intolérable pour les enfants et le respect de leur vie privée.

C'est cette réflexion qui pousse la Cour de Strasbourg à s'éloigner de sa ligne de jurisprudence habituelle.

La Cour reste pour autant modérée et ne force pas l'État français à reconnaître le lien de filiation des deux parents mais juste à reconnaître la réalité biologique liant les deux pères d'intention à leur enfant.

En favorisant ainsi la défense de la vie privée des enfants et en négligeant celle des parents, la Cour, pour aboutir à l'objectif qu'elle s'est fixé, établit un classement de valeur entre la vie privée des enfants et celle des parents. En suivant ce raisonnement malheureux, les juges méconnaissent la réalité sociale. En effet, la filiation est un lien bilatéral entre les enfants et les parents, la vie privée des uns impacte nécessairement la vie privée des autres. Mettre la protection de la vie privée des uns à un niveau supérieur par rapport aux autres revient à renier cette dualité de la filiation.

Enfin, au niveau de l'orthodoxie juridique, le raisonnement de la Cour de Strasbourg est bancal et largement contestable. En effet, en reconnaissant le lien de filiation paternel pour protéger la vie privée des enfants en négligeant celle des parents, les juges font un raisonnement par l'absurde qui ne résiste pas à un syllogisme simple.

Si l'intention est de sanctionner les parents qui ont eu recours à une convention de gestation pour autrui sans conséquence sur les enfants nés du fruit de cette convention, il serait logique de priver lesdits parents de leur qualité juridique de parents. Mais reconnaître le lien de filiation pour l'un des parents du fait de la biologie afin de préserver la vie privée des enfants revient tout simplement à annuler la sanction de base. Ainsi, la Cour, par une sémantique adroite, tacle à la fois les normes nationales établies ET l'article 8 qu'elle prétend défendre.

Sur le point de la norme nationale, en faisant tomber la sanction dissuasive que la France a mis en place pour protéger sa société de la pratique de la gestation pour autrui, la Cour des droits de l'homme rend cette protection inefficace et sans aucune force dissuasive. Rappelons que l'appareil législatif français est issu d'un processus de discussions démocratiques et que la filiation est un domaine laissé à la souveraineté pleine et entière de chaque État. En tordant le cou ainsi aux valeurs défendues par les normes et lois françaises, les juges de Strasbourg sortent de leur domaine d'attribution et de compétence pour imposer par une force presque dictatoriale un point de vue issu d'un raisonnement de plus en plus contestable.

Sur le point de l'article 8 de la CESDHLF, force est de constater qu'il défend le droit à la vie privée sur le territoire de chaque État. Cependant, cet article n'a jamais prétendu hiérarchiser la valeur de la vie privée des différents individus. En effectuant un classement de valeur entre la défense de la vie privée des parents d'intention et la défense de la vie privée des enfants, la Cour pervertit son interprétation en élargissant sa vision de l'article 8 au point de lui donner un tout autre sens. La cour endosse alors un rôle de juge/législateur, appliquant et réécrivant ses propres règles selon son bon vouloir pour l'adapter à son objectif. Cette pratique des juges Européens et le raisonnement qui en découle sont donc très largement contestables.

La prochaine question qui va retenir notre intérêt est celle des conséquences des arrêts Mennesson et Labassee sur l'ordre juridique français.

Section 2: Les conséquences dans l'ordre interne des décisions Européennes

Un jugement d'une Cour Européenne n'est jamais sans conséquence dans l'ordre juridique interne du pays condamné. Dans le cas présent, le revirement que la jurisprudence a dû opérer sur sa conception de la filiation a été violent. Les juridictions nationales se sont pliées à la volonté des ordres supérieurs. Dans quelle mesure les juges français ont-ils assimilé les notions défendues par la CEDH ?

Nous verrons que les juridictions françaises se sont livrées à une interprétation hyper extensive du raisonnement de la Cour des droits de l'Homme (A) et que cette interprétation s'est répandue jusque dans les instances politiques et législatives du pays de sorte que la question de l'interdiction ou de la tolérance se pose désormais en France à propos de la pratique de la gestation pour autrui (B).

A) Une lecture extensive de la part des juridictions nationales

Récemment, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu deux décisions concernant deux affaires. Dans chacune, la paternité d'un enfant né à l'étranger a été reconnue à un ressortissant français⁷. L'acte de naissance dressé par les autorités locales désigne l'homme comme le père et la ressortissante ayant accouché comme la mère.

Dans la première affaire, suspectant le recours à une GPA pour le couple que les autorités russes désignent comme parents, le procureur s'oppose à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil. En cause d'appel, la cour de Rennes confirme par un arrêt du 15 avril 2014 le refus de transcription contre les deux pères d'intention en raison du caractère frauduleux de la GPA.

Dans le second cas, la Cour de Rennes adopte en date du 16 décembre 2014 une solution inverse. Les juges ordonnent la transcription de l'acte de naissance en motivant cette décision sur la récente condamnation de la France par la CEDH et sur le motif de la protection de la vie privée des enfants.

⁷ Cass. Ass. Plén., 03 juillet 2015, n°14-21.323 et n° 15-50.002.

L'assemblée plénière de notre haute juridiction était donc saisie de la question de savoir si le recours à une convention de gestation pour autrui hors du territoire français empêchait la transcription sur les registres nationaux de l'acte de naissance de l'enfant qui en fait l'objet. Cependant cette question récurrente en droit français devait trouver sa réponse à travers le nouveau prisme des arrêts Mennesson et Labassée récemment rendus par les juges Européens.

La réponse de nos juges suprêmes constitue un revirement radical de jurisprudence et suit le raisonnement suivant : dès lors que l'acte de naissance n'est pas irrégulier ou falsifié et que les faits qui y sont déclarés sont en adéquation avec la réalité, la convention de mère porteuse n'a pas à faire obstacle à la transcription des actes de naissance.

Étant donné le contexte, la solution retenue par notre haute juridiction et le revirement radical qui en a découlé était assez attendue. Cependant, ces motivations ne sont pas à l'abri de plusieurs interrogations.

Sur la forme tout d'abord. Il est incontestable que le revirement de la cour de cassation est principalement motivé par la double décision de juin 2014 de la CEDH. Pourtant, notre Cour n'y fait pas la moindre allusion dans ses motifs. En effet, toute mention relative à l'article 8 de la CESDHLF, à son application et interprétation au cas d'espèce est absente du premier arrêt de rejet et ne fait l'objet, dans l'arrêt de cassation, que d'un vague visa sans plus de développement.

Il est au moins intrigant que l'article de référence de la réflexion Européenne soit ainsi relégué voire même oblitéré de la réflexion des juges de Cassation. Il n'y a que deux hypothèses qui permettraient d'expliquer l'attitude de nos juges. Soit les hauts juges se contentent de plier flegmatiquement devant la décision des juges Européens sans y prêter la moindre considération ; cette attitude manifeste un reniement de l'argument fondateur de la réflexion européenne. Soit la Cour décide de jouer le jeu du changement et accorde crédit à la réflexion sur la primauté de la protection de la vie privée de l'enfant ; cette hypothèse est, à mon avis, peu probable. Nos juges s'approprient ainsi le raisonnement de la Cour Européenne mais en le privant de ses fondements européens pour lui donner un aspect prétorien.

Les réflexions et motivations ayant mené à la décision de l'assemblée plénière semblent donc encore obscures et manquent de consensualisme. Force est de déduire que notre haute juridiction applique un raisonnement qui n'est pas le sien et contre lequel elle est manifestement en désaccord.

Concernant le fond de la décision, bien que ce revirement était attendu et prévisible, on aurait pu imaginer que la Cour de cassation - étant donné l'aspect fortement critiquable du raisonnement des arrêts Mennesson et Labassee - résiste à se soumettre à la Cour Européenne. Les juges de Strasbourg ont, rappelons le, estimé que la France avait méconnu le droit au respect de la vie privée de l'enfant.

C'est bien sur ce point que plusieurs objections étaient envisageables. La Haute Cour pouvait en effet défendre l'idée que l'atteinte faite à l'identité de l'enfant et à sa vie privée était modérée. Ce point de vue pouvait être justifié par le fait que le refus de transcription de l'acte en France ne privait pas l'enfant d'un état civil dans le pays dans lequel il est né. Cette appréciation pouvait également être défendue par le fait que l'existence concrète des difficultés pour mener une vie de famille normale avait été grandement amoindrie par le jugement de la CEDH.

Il n'était pas non plus inenvisageable pour la Cour de reprendre son argumentation selon laquelle l'existence d'une procédure frauduleuse corrompait et empêchait la reconnaissance du lien de filiation et les effets qui en découlent. Ce fondement interdisait également les requérants de se prévaloir du droit au respect de la vie privée de l'enfant, raisonnement qui était bien plus logique et légitime que la réflexion des juges de Strasbourg.

Malgré cela, en laissant de côté le bien-fondé du raisonnement et de la décision des juges Européens, les arrêts des juges de Cassation posent tout de même certaines interrogations.

Les arrêts de la CEDH de 2014 sanctionnent le refus de transcription du lien de filiation entre l'enfant et le père biologique. Dans le cas présent, la cour de cassation valide la transcription d'un acte de naissance où la mère désignée est la mère biologique alors que celle-ci n'a jamais souhaité être reconnue comme telle, ni voulu élever, ni vivre avec l'enfant. En effet, l'objet même de la convention de gestation pour autrui est simplement de porter l'enfant et parfois, éventuellement, de fournir les gamètes. On peut donc considérer qu'accorder le statut de parent légal avec les droits qui en découlent sur l'enfant à une personne qui n'en a jamais voulu ouvre la porte à une situation inacceptable autant du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant que du point de vue des parents d'intention ; devons nous y voir un moyen détourné de sanctionner les parents fraudeurs d'avoir eu recours à une convention de mère porteuse ? La question restera en suspens.

Enfin, la grande inquiétude repose sur le terme retenu par l'assemblée plénière de conformité « à la réalité » des faits relatés dans l'acte d'état civil étranger. Il y a une ambivalence sur le sens à donner à la notion de « réalité ».

En effet, doit-on prendre en compte la réalité « biologique » comme l'a fait la Cour dans les arrêts que nous avons développé ? Nous avons vu que cette interprétation pouvait entraîner des conséquences fortement contestables pour la mère d'intention et pour la mère porteuse.

Faut-il alors prendre en compte la réalité sociale et ne transcrire que le lien de filiation avec le(s) parent(s) d'intention figurant sur l'acte étranger ? A ce moment là, dans le cas qui nous concerne, seul le père pourrait être reconnu comme parent de l'enfant. On pourrait y voir une atteinte à la protection de la vie privée et familiale de la mère d'intention. En effet, sa situation est bien conforme à la réalité sociale et malgré cela, on la prive de son droit d'être parent. Cette solution n'est donc pas parfaite non plus.

Dans l'hypothèse où les deux parents d'intention seraient reconnus comme parents légaux sur l'acte étranger, leur transcription sur les registres de l'état civil français reviendrait purement et simplement à légaliser officieusement le recours à la convention de mère porteuse. Cette interprétation viendrait à envoyer un message néfaste, la France interdit la convention de mère porteuse sur son territoire mais encourage ses ressortissants à se livrer au tourisme procréatif à l'étranger.

Nous voilà donc dans une situation inextricable concernant l'interprétation du jugement de notre juridiction suprême réunie dans sa forme la plus solennelle. Cette situation ne semble pas de nature à insuffler confiance et optimisme dans la capacité de nos systèmes juridiques à trouver une juste mesure dans le traitement des conventions de gestation pour autrui, du moins étant donné l'appareil législatif mis à leur disposition.

La solution ne devrait-elle pas alors venir du pouvoir législatif ?

B) Vers une levée de l'interdiction ?

Depuis 2012 et malgré la condamnation de la France par la CEDH, le Président Hollande a constamment affirmé son opposition à la convention de gestation pour autrui, refusant de la reconnaître autant que ses conséquences durant son quinquennat. Force est de constater que la même position anime la plupart des membres du gouvernement malgré certaines dissensions. Le Premier Ministre Manuel Valls a, en effet, rappelé que la France s'opposait à la légalisation de ce type de convention au motif qu'il s'agissait « d'une forme de commercialisation des êtres humains et de marchandisation du corps des femmes ». Ce dernier exclut, malgré la double condamnation de la France, « d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et à normaliser la GPA »⁸.

Cette position marque un fort désaccord entre le pouvoir exécutif et une partie du pouvoir législatif. En effet, certains parlementaires sont favorables à la légalisation de cette pratique. En juin 2008, un rapport sénatorial a proposé de légaliser en France, sous conditions drastiques, le recours à la gestation pour autrui. Suite à ce rapport, deux propositions de loi ont été déposés devant les Sénateurs : l'une en janvier 2010 proposant une « GPA encadrée », l'autre datait de juillet 2012 et proposait d'autoriser l'inscription sur les registres français des enfants nés d'une convention de mère porteuse à l'étranger. Aucun des deux textes n'ayant été examiné, ils n'ont pas abouti.

8 Journal *La Croix*, 02 Octobre 2014

Dans la foulée de ces deux textes et dans le contexte du débat enflammé de la loi ouvrant le mariage de personnes de même sexe, une circulaire du ministère de la justice ouvre une nouvelle porte au cheminement de la GPA en France⁹. Dans cette circulaire, la ministre Taubira enjoint aux greffiers des tribunaux d'instance et aux magistrats du parquet d'accéder aux demandes de délivrance de certificat de nationalité Française présentées pour des enfants nés hors du territoire d'une convention de mère porteuse. Ce certificat devait être délivré, selon la circulaire, « dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger régulier et correspondant à la réalité ». Dans son texte, la ministre ajoute aussi que « le seul soupçon du recours à une convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française ».

On retrouve là, presque mot pour mot, l'argumentaire de la Cour Européenne des droits de l'Homme dans les jugements *Menesson* et *Labassee*. De plus, la Cour avait sanctionné la France pour son refus de reconnaître le lien de filiation et d'accorder la nationalité qui en découle aux enfants issus d'une gestation pour autrui. La proposition de la Ministre aurait donc permis à la France d'éviter la condamnation des juges de Strasbourg tout en ouvrant une porte à la modernisation du droit de la filiation en France.

L'objectif de cette circulaire était donc noble, ouvrir un nouveau débat sur de nouveaux droits procréatifs. Elle a pourtant fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'État par plusieurs associations et différentes personnes physiques¹⁰ empêchant ainsi sa mise à exécution avant les jugements *Menesson* et *Labassee*.

Le moyen le plus efficace et le plus solide de ce recours consistait, pour les divers demandeurs, à démontrer la contradiction de la formule ministérielle avec les articles 16-7 et 16-9 du Code civil. Rappelons que ces articles prévoient la nullité d'ordre public des conventions de maternité pour autrui. Cet argument reposait évidemment sur la jurisprudence de la Cour de Cassation qui se basait sur ces articles ainsi que sur l'ordre public international français pour refuser la prise d'effet des actes d'état civil étrangers à propos des enfants issus de conventions de mère porteuse. Il semblait logique que ce raisonnement de la Haute juridiction puisse être repris par le juge administratif.

9 Min. Justice, circ. NOR JUSC1301528C, 25 Janvier 2013

10 CE, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, n°367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

Rien n'empêchait donc le Conseil d'État de déclarer, par un raisonnement semblable, que le soupçon du recours à une convention de maternité pour autrui fonde le refus opposé à une demande de certificat de nationalité française. Le Conseil aurait alors déclaré la circulaire de la ministre de la Justice illégale.

C'est la condamnation de la France par la CEDH du 26 juin 2014 qui vient « sauver » l'avenir de la circulaire Taubira. En effet, le Conseil d'État va reprendre à son compte les motifs de ces deux arrêts rendus par les autorités Européennes et affirmer 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'implique, en terme de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garantie 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, lorsque sa filiation avec un français est établie »* et que, par déduction, la circulaire n'est entachée d'aucun excès de pouvoir. Ce ralliement à la jurisprudence européenne n'est pas surprenant et donne un véritable coup de grâce à l'utilisation des articles 16-7 et 16-9 et à la portée que la Cour de Cassation leur attribuait.

Force est donc de constater qu'une partie du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif est prête à ouvrir la porte à de nouveaux droits à la procréation, voir même à créer une forme de droit à l'enfant. Cette évolution pourrait se concrétiser soit en légalisant sous condition les recours à une convention de maternité pour autrui ; soit en ouvrant un droit à la nationalité française pour les enfants nés de cette pratique à l'étranger mais dont l'un des parents dispose de la nationalité française.

Le mouvement initié par la Cour Européenne est aussi suivi par nos juridictions avec plus ou moins d'entrain puisque le Conseil d'État s'est approprié la réflexion des juges de Strasbourg pour accorder une légitimité à la circulaire du ministère de la justice. D'un autre coté, la Cour de Cassation a abandonné son ancienne jurisprudence pour se conformer bon gré, mal gré, à la vision Européenne de la filiation. De prime abord, il semblerait qu'après le débat du mariage pour tous, un nouveau débat pourrait s'ouvrir dans les salles de réflexion des législateurs français.

On pourrait même se laisser aller à imaginer une réforme de notre droit de la filiation, passant par une refonte des articles 16-7 et 16-9. Ce changement interviendrait soit pour établir les conditions de légalisation du recours à la maternité pour autrui, soit pour intégrer le droit au certificat de nationalité française dans l'ordre juridique français. La question de « l'enfant pour tous » peut elle trouver une réponse favorable de la part de nos hautes instances ? Le débat ne fait que s'ouvrir et la réponse, qu'elle soit favorable ou non, mettra certainement du temps à trouver son chemin.

La principale entrave à l'émergence de l'idée d'une gestation pour autrui contrôlée reste et demeure les réticences et réserves des juridictions judiciaires. En effet, bien que privés de la base légale qui faisait leur jurisprudence, les juges judiciaires français montrent, par la motivation de leurs décisions, qu'ils ne sont pas convaincus par l'argumentaire et les moyens des juges européens. Nos juges judiciaires ne semblent pas vouloir tenir la même ligne de conduite que leurs homologues administratifs.

Plus qu'une impression, nous allons constater que les juges français ont décidé de ne pas renoncer à leurs principes et à leur jurisprudence mais simplement d'en changer le fondement pour atteindre le même objectif.

Section 3 :La résistance des juridictions

L'ancienne jurisprudence de la Cour de Cassation basée sur l'illégalité de la pratique de la convention de mère porteuse et aboutissant au refus catégorique de transcription des actes d'état civil suspects reste fortement ancrée dans les esprits des juges nationaux. A cela s'ajoute l'ingérence mal justifiée de la cour de Strasbourg qui, par ses jugements, s'immisce dans un domaine normalement laissé à la libre appréciation des États. Cette ingérence maladroite dans la souveraineté nationale a forcément généré des insatisfactions.

Cette contestation est symbolisée par une réflexion des juges français pour venir contrarier les dessins des juges de Strasbourg (A) afin de rétablir les décisions de l'ancienne jurisprudence mais par des raisonnements différents. Cette résistance de nos juridictions est elle pourtant bien justifiée ? (B) La Cour Européenne des Droits de l'Homme se laissera t'elle convaincre par cet argumentaire ?

A) Les résistances de la Cour d'Appel de Rennes

Par deux arrêts rendus le 28 septembre 2015¹¹, la cour d'appel de Rennes offre une nouvelle interprétation de l'article 47 du code civil. Ces décisions sont les premières à faire suite aux arrêts du 03 juillet 2015 de l'assemblée plénière de la cour de Cassation que nous avons précédemment développé.

Pour rappel, ces arrêts de notre haute juridiction judiciaire prenaient acte de la condamnation de la France par la CEDH dans les affaires *Menesson* et *Labassee* en jugeant que le recours à une convention de mère porteuse à l'étranger ne faisait pas obstacle à la transcription des actes de naissance sur les registres d'état civil. La seule condition à la transcription étant la conformité des actes de naissance à l'article 47 du Code Civil, ils ne doivent donc être ni irréguliers, ni falsifiés et les faits qui y sont affirmés doivent être en adéquation avec la réalité.

Les deux arrêts que nous livre la Cour d'appel de Rennes viennent nous apporter une nouvelle interprétation de l'article 47 qui change radicalement le sort de l'acte de naissance mentionnant le prétendu géniteur et la mère d'intention.

¹¹ *CA Rennes, ch. 06 A, 28 Septembre 2015, n°14/25537 et 14/07321*

Les faits étaient assez simples dans les deux affaires : deux conventions de gestation pour autrui conclues entre des couples français d'une part et deux mères porteuses étrangères d'autre part.

Dans la première situation, un enfant était né des gamètes du couple français mais porté et mis au monde par une gestatrice indienne. Un acte de naissance français avait été rédigé par les services du consulat de France à Bombay sur la base des documents des autorités indiennes. La cour était donc chargée de se prononcer sur la régularité de cet acte.

Dans la seconde situation, des jumelles sont nées en Californie des gamètes du père d'intention et des ovocytes de la mère porteuse américaine. La Cour devait donc ici se prononcer sur la validité de la transcription de l'acte de naissance américain sur les registres de l'état civil français.

Dans les deux cas, les juges appliquent l'article 47 du Code Civil mais en lui donnant une nouvelle interprétation. En effet la Cour considère que « *l'acte d'état civil français mentionnant des faits déclarés qui ne correspondent pas à la réalité ne saurait être validé, alors que ce même constat pour un acte étranger doit conduire à invalider sa transcription sur les registres français* ». La position de la cour d'appel est donc, dans les deux cas, identique. L'acte de naissance établissant la filiation maternelle envers la mère d'intention mentionne des faits qui ne correspondent pas à la réalité - selon l'adage *mater semper certa est* - et ne peut valablement produire d'effets en droit français.

Pour en arriver à cette conclusion, la cour d'appel se réfère à l'article 311-14 du Code Civil par lequel la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ou à la loi personnelle de l'enfant si la mère est inconnue. Or pour les juges, la loi personnelle de la mère doit être la loi nationale de la femme désignée comme mère dans l'acte de naissance étranger, donc la mère d'intention et, par déduction, la loi française.

Cependant, dans le cas de la gestation pour autrui, la mère d'intention peut dans certains cas, être la mère biologique dans le sens procréatif, mais jamais la mère gestatrice par l'objet même du contrat. La Cour d'Appel en conclut donc que les faits déclarés dans les actes de naissance étrangers ne correspondent pas à la réalité puisque le nom de la mère d'intention a été substitué à celui de la personne ayant accouché de l'enfant. Dans les cas qui nous concernent, les mères porteuses américaine et indienne sont à considérer comme étant les véritables « mères » au sens du droit français.

En raisonnant ainsi, la cour d'appel ferme l'accès à la transcription de la filiation envers la mère d'intention même si celle ci venait à être la mère génétique de l'enfant né.

La cour va se livrer à un autre raisonnement concernant la qualité de père de l'enfant issu du contrat de mère porteuse. Dans cette réflexion, les juges reprennent la position de la CEDH dans les arrêts *Menesson* et *Labassee* en affirmant que « *en tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant, [...] le respect de la vie privée et familiale de l'enfant et son droit à une identité qui inclut la filiation et la nationalité au sens de l'article 8 de la CEDH, ne sauraient être utilement invoqués que si la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique* ».

De ce constat, la cour précise les modalités d'administration de la preuve de cette vérité biologique. Celle ci incombe à celui qui s'en prévaut et doit être rapportée par « *expertise biologique judiciairement établie et confiée à un laboratoire dûment agréé* ». La Cour de Rennes estime donc que les attestations étrangères et autres moyens invoqués sont impropres à prouver la réalité biologique de la filiation paternelle. Enfin, pour débouter les parents d'intention, les juges d'appel affirment qu'aucune des deux actions dont ils sont en charge n'est susceptible de légitimer ou de justifier la prescription d'une mesure d'expertise génétique, l'action en établissement ou en contestation d'un lien de filiation étant autonome. Le raisonnement suivi par la cour ferme là aussi totalement la porte à toute forme de reconnaissance paternelle.

Cette nouvelle approche plutôt formaliste que nous propose la juridiction d'appel est fondée sur une réinterprétation complète de l'article 47 du Code Civil. Elle abandonne toute référence à la convention de mère porteuse, à sa nullité au regard des articles 16-7 et 16-9 du Code Civil et à ses effets en droit français.

Il était en effet nécessaire pour les juges français de trouver un nouveau raisonnement pour fonder leur rejet total des conséquences en France d'une convention de gestation pour autrui. Si ces juges avaient conservé leur ancienne jurisprudence sans prendre en compte le jugement de la CEDH, l'affaire serait probablement montée jusqu'à cette juridiction. La France aurait alors été sur le même fondement et le même raisonnement que pour les arrêts *Mennesson* et *Labassee*.

Là, en trouvant un nouveau fondement, les juges français montrent leur mécontentement ainsi que leur volonté de résister à l'ingérence des juges de Strasbourg dans un domaine qui devrait relever de la souveraineté nationale.

Ainsi, les juridictions françaises rétablissent leur ancienne jurisprudence et affirment à nouveau leur volonté de refuser la pratique de la convention de gestation pour autrui par ses ressortissants, que ce soit sur son territoire national ou à l'étranger.

Il semble évident que les appelants ne vont pas hésiter à se pourvoir en cassation pour tenter de faire casser l'arrêt des juges de Rennes, appuyant leur prétention sur la jurisprudence Européenne. Un arrêt de rejet de la haute juridiction marquerait d'autant plus le conflit dans les divergences d'interprétation entre les juridictions françaises et européennes. Dans cette hypothèse, nos cas d'espèce prendraient certainement le chemin d'une requête devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Celle-ci devra alors soit affirmer sa position et condamner la France sur un nouveau fondement, soit rendre à l'État sa souveraineté en ce qui concerne la question épineuse de la filiation.

Il semble donc que plusieurs années nous séparent du dénouement de cette affaire.

Cependant, si la motivation de la sanction de la CEDH lors des arrêts *Mennesson* et *Labassee* était comme nous l'avons développé, sur de nombreux points contestable, le raisonnement de la Cour d'Appel n'est pas irréprochable pour autant.

B) Légitimité du raisonnement et réaction de la CEDH

Il est difficile d'être complètement convaincu par le raisonnement de la cour de Rennes et ce pour plusieurs raisons. :

Dans un premier temps, la « réalité » que développent les juges d'appel n'est pas vraiment factuelle mais plutôt une interprétation faite à travers le prisme de sa conception française, ou, plus précisément, au travers de la conception que le droit français a de la maternité. Les juges ont, en effet, commencé par une recherche de la loi applicable à la filiation. Ils ont abouti à la conclusion qu'il s'agissait de la loi du for, soit la loi française. Il en est déduit que cette législation ne permet pas de qualifier la mère d'intention comme étant la mère réelle puisque cette dernière n'a pas accouché de l'enfant.

Force est de constater que la cour s'est placée sur le terrain du droit exclusivement et a totalement négligé la réalité des faits, donnant alors une interprétation et une portée à l'article 47 du Code Civil qui pourraient aisément être contestées.

Il est clair que la volonté du législateur dans la rédaction de l'article 47 sous entendait que l'acte d'état civil étranger devait, certes, être conforme à la réalité mais pas celle que prétend défendre la cour d'appel. Il semble évident que la « réalité » qui devait être mise en exergue par les juges était une réalité factuelle et non pas une réalité de droit pur. L'acte étranger était donc conforme à la réalité si on considère que la mère d'intention est bien celle qui va élever, éduquer et pourvoir aux besoins de l'enfant. En se cantonnant à l'adage français selon lequel la mère de l'enfant est celle qui lui a donné vie (*mater semper certa est*) - consacré légalement à l'article 311-25 du Code Civil - la cour néglige une dimension de la « réalité » qu'elle prétend vouloir mettre à jour.

Ensuite, même si nous acceptons de considérer que la réalité de la filiation puisse être appréciée à travers le prisme du droit applicable à ladite filiation, on peut facilement douter qu'il s'agisse dans le cas présent du droit français.

Pour la mise en œuvre de la règle de conflit de loi posée par l'article 311-14 du Code Civil¹², les juges de Rennes appliquent à la notion de filiation la loi personnelle de la mère figurant sur l'acte de naissance¹³. Pour autant, la Cour considère par la même occasion que cet acte de naissance ne saurait prendre effet dans l'ordre juridique national étant donné que ce qui est énoncé dans cet acte ne correspond pas à la réalité.

Il est donc légitime de trouver paradoxal de la part de la Cour d'appel de se référer à des énonciations qu'elle dénigre pour établir la règle de conflit de loi. Dans la mesure où l'acte de naissance a été écarté car considéré fallacieux, il aurait semblé plus judicieux de considérer comme mère la femme qui a donné naissance à l'enfant. Ce raisonnement aurait été en conformité avec les articles 325¹⁴ et 332¹⁵ du Code Civil visés par les juges de Rennes dans leur décision.

Une telle interprétation aurait nécessairement conduit les juges à déduire que la mère dont la loi personnelle doit être appliquée à la filiation est la femme porteuse de l'enfant. Cette déduction aurait forcément amené la Cour à reconnaître que l'acte de naissance et son contenu étaient bien conformes à la réalité. En effet, aussi bien par la loi californienne que par la loi indienne, il est possible de séparer les notions de gestation/accouchement et maternité. Ainsi, de ce point de vue, l'acte de naissance étranger est bien conforme à la réalité comme l'exige le droit français et peut produire tous ses effets entre la mère d'intention et l'enfant né du contrat de mère porteuse.

Ensuite, à l'égard de la filiation paternelle, la Cour de Rennes suit un raisonnement qui peut faire objet de critiques en exigeant des garanties que l'on pourrait qualifier d'extrêmement rigoureuses à propos de la réalité de la paternité biologique du père d'intention. Les juges justifient cette intransigeance par la dissimulation de la vérité dans la conception et la naissance de l'enfant.

12 Qui dispose « *La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant.* »

13 Par application de l'article 311-25 C.Civ « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.* »

14 Qui dispose « *l'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* »

15 Qui dispose « *la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.* »

Cette exigence pourrait paraître justifiée dans l'affaire indienne puisque l'hôpital dans lequel est né l'enfant avait délivré un faux certificat d'accouchement au bénéfice de la mère d'intention. Par cette fraude, on peut raisonnablement douter d'un document issu du même hôpital et certifiant que le matériel génétique du père d'intention avait servi à la conception de l'enfant. Dans cette affaire, la méfiance des juges français est donc légitime.

Tel n'est cependant pas le cas de la seconde affaire. En effet, la décision rendue par les juridictions californiennes affirmait que les époux d'intention devaient être considérés comme parents légaux de l'enfant à naître. La cour américaine déclarait par le même jugement que le patrimoine génétique du père d'intention avait été utilisé pour les embryons transférés à la mère porteuse, objet de la convention.

Le raisonnement de la cour d'appel semble donc ici difficile à suivre en ce qui concerne la paternité biologique. En effet, les juges affirment que la décision américaine « *ne saurait justifier de faire produire en France les effets juridiques dérivants des droits irrégulièrement acquis à l'étranger sur la base de déclarations mensongères* ».

On sent par ce jugement la notion de fraude à la loi transparaître, pour empêcher que soit reconnu non seulement la filiation d'intention de la mère mais aussi la filiation du père biologique. On voit la volonté de la cour de placer les parents d'intention dans une situation inextricable du point de vue probatoire. En effet, la Cour exige que la paternité biologique soit établie judiciairement mais affirme que dans le cadre des actions en transcription ou annulation de l'acte étranger, la possibilité d'une expertise biologique est exclue. Dans ce contexte, il paraît bien impossible pour le père d'intention de fournir la preuve de sa paternité biologique et, par extension, d'obtenir la reconnaissance de son lien de filiation avec l'enfant né à l'étranger.

Ensuite, à titre d'aparté, sur le plan des droits fondamentaux, il serait judicieux de se demander si, vu la jurisprudence de la CEDH, l'intérêt de l'enfant né d'une GPA à l'étranger n'exige pas que soit reconnue sa filiation envers ses parents d'intention ; d'autant plus que dans ce genre de cas, la mère d'intention est la mère génétique et le père d'intention le père biologique.

Cependant, il est nécessaire de souligner que, dans les deux affaires qu'a eu à juger la Cour de Rennes, les parents d'intention ont choisi de dissimuler la convention de mère porteuse en fournissant de fausses déclarations, voire de faux documents médicaux pour faire croire aux autorités nationales que la mère d'intention avait bel et bien accouché de l'enfant. Cette attitude a certainement joué dans la réponse rigoureuse des juges et explique donc en partie que la Cour ait discrédité l'ensemble du processus, amalgamant fausses déclarations et réalité biologique.

Cette volonté de sanctionner la malhonnêteté des parents commanditaires est sûrement à l'origine de la rigueur de la Cour d'appel qui, sans la placer comme fondement, laisse planer la notion de fraude dans son interprétation de l'article 47. Seulement, une telle jurisprudence, si elle venait à être validée par la Cour de Cassation, pourrait bien s'enraciner comme nouvelle référence de sanction de la pratique de la convention de gestation pour autrui à l'étranger. Pouvons nous pour autant nous attendre à un fléchissement de la jurisprudence de la CEDH qui donnerait une force plus probante au raisonnement que nous venons de développer ?

Par un arrêt du 21 juillet 2016¹⁶, la CEDH vient rendre une nouvelle décision en matière de maternité pour autrui.

Dans la première affaire, un enfant est né en Inde d'un père français et d'une mère porteuse indienne. Le procureur de la république de Nantes, suspectant le recours à une mère porteuse refuse la transcription de l'acte de naissance étranger. Par jugement du 16 Juin 2010 le TGI de Nantes infirme le refus et accède à la demande des parents d'intention. Par jugement d'appel, la Cour de Rennes annule la décision des juges de première instance sur le fondement traditionnel des articles 16-7 et 16-9 du Code Civil. Les requérants se pourvoient alors en Cassation. Les juges suprêmes, par une décision du 13 septembre 2013 suivent le raisonnement de la Cour d'appel et rejettent le pourvoi.

16 CEDH, 21 juillet 2016, *Affaire Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et n°10410/14

La seconde affaire est plutôt similaire avec un père français, une mère porteuse indienne et deux enfants nés à l'étranger. Le TGI et la Cour d'appel, par deux décisions du 17 mars 2011 et 21 février 2012 accordent la transcription de l'acte de naissance et la reconnaissance de paternité. C'est la Cour de Cassation qui, par jugement du 13 septembre 2013 casse la décision et renvoie devant la cour d'appel de Paris.

Les requérants, à l'appui de leurs prétentions, suivent le raisonnement que la CEDH avait tenu lors des arrêts *Mennesson* et *Labassee*. Ils considèrent ces affaires et les leurs comme similaires et demandent donc aux juges d'Europe de confirmer leur jurisprudence précédente en matière de filiation et de condamner la France.

La Cour, dans son jugement, constate que les affaires dont elle a la charge sont suffisamment similaires à celles des affaires *Mennesson* et *Labassee* et rappelle le principe de protection de la vie privée des enfants nés d'une GPA à l'étranger. Cependant, les juges constatent que les instances juridiques françaises ont pris en compte les jugements de 2014 avec les jugements de Cassation du 03 juillet 2015 que nous avons précédemment développé et qui emportent revirement radical de jurisprudence. La Cour prend aussi en compte l'argument du gouvernement par lequel celui-ci affirme que, si l'acte étranger est en conformité avec l'article 47 du Code Civil, les parents d'intention ont la possibilité d'établir un lien de filiation soit par la reconnaissance de paternité soit par la possession d'état. Mais cet argument revêt, pour les Juges des Droits de l'Homme, un caractère encore trop hypothétique. Ces mêmes juges relèvent que si cette hypothèse était réellement réalisable, les requérants n'auraient pas eu à aller aussi loin dans la procédure pour faire valoir leurs droits.

Ainsi, la Cour Européenne condamne à nouveau la France en suivant le même raisonnement et en se fondant à nouveau sur l'article 8 de la CESDH, confirmant alors sa position qu'elle avait initié en 2014.

On constate aussi par cet arrêt que les juridictions Européennes suivent l'évolution de la jurisprudence française, au moins sur la notion de filiation. Il est donc raisonnable de penser que la Cour de Strasbourg a eu connaissance des arrêts de résistance de la Cour d'appel de Rennes. La confirmation de leur jurisprudence peut être vue à la fois comme un signe que les instances européennes ne renonceront pas à leur conception de la filiation et comme un avertissement envoyé à la Cour de Cassation française. Notre Haute Juridiction va devoir choisir entre confirmer le jugement des juges de Rennes ou confirmer son revirement de jurisprudence initié par les arrêts de juillet 2015.

La question de la sanction ou de la tolérance des effets de la gestation pour autrui à l'étranger sur le territoire français n'est donc, du point de vue des instances juridiques nationales et Européennes, pas encore figée et le débat loin d'être clos.

Mais pour autant, ce débat ne concerne t'il que les institutions Françaises ? Quelles sont les questions éthiques mais aussi pratiques qui empêchent la France d'assouplir sa conception de la gestation pour autrui ? Peut on considérer qu'en France, tous les couples sont égaux face au concept de parentalité ?

Ce sont ces questions qui vont fonder la réflexion de notre seconde partie.

Partie II

Les questions éthiques et pragmatiques de
la GPA

Nous avons pu prendre en considération toute l'étendue du problème que pose la convention de gestation pour autrui et ses conséquences dans notre ordre national. La question est d'une importance telle que de plus hautes instances internationales viennent tenter de donner un sens à la réflexion. Ce faisant, en aiguillant ainsi les juridictions françaises, les juges européens se sont rendus coupables d'un « crime de lèse majesté » qui n'a fait que relancer le débat avec une vivacité retrouvée. Mais quels sont les interrogations morales qui animent ce débat ? Quelle est la place de la France au niveau international sur la question de la filiation ?

Pour répondre à ces interrogations légitimes, il nous faut d'abord mettre en exergue les différentes positions qui divisent la doctrine à propos de la pratique de la GPA ainsi que la force du principe de l'intérêt de l'enfant (Section 1). Il nous sera alors possible de comparer la réflexion internationale sur la pratique de la gestation pour autrui avec le système répressif français (Section 2). Nous conclurons notre propos par une analyse de l'inégalité des sexes face à la parentalité et tenterons d'établir un lien juridique satisfaisant entre l'enfant né d'une GPA et ses parents d'intention (Section 3).

Section 1 :La difficile mesure entre la GPA et les droits et libertés individuelles

La question de la convention de mère porteuse a fait couler beaucoup d'encre à tous les niveaux, que ce soit par les juridictions, les organes exécutifs et législatifs mais surtout par les membres de la doctrine. Au delà d'une querelle législative, le débat est surtout ancré autour de valeurs morales primordiales pour l'ordre public tel que la commercialisation du corps humain, le droit à la libre disposition de son corps ou encore la défense de l'intérêt de l'enfant.

Malgré l'abondance des thèses et réflexions menées par la doctrine, on peut trouver plusieurs éléments qui permettent à la majorité des auteurs de s'entendre sur une base commune (A). Cette « base » de réflexion est un bon indicateur sur la capacité de notre pays à intégrer ou pas une pratique comme la gestation pour autrui.

Il est aussi clair que le débat de la gestation pour autrui s'est aujourd'hui centré sur la défense de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est donc nécessaire de faire le point sur cette notion clé de la réflexion sur la GPA. (B)

A) Les positions doctrinales à propos de la gestation pour autrui

Dans la querelle doctrinale de la gestation pour autrui, on trouve deux idées incontournables et pourtant inconciliables qu'il est possible de résumer de la manière suivante : la prédominance de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger et la nécessité de mettre un terme au tourisme procréatif. On est donc face à deux idéologies de la morale sociale radicalement opposées.

Concernant la condamnation du tourisme procréatif en France, l'argument principal est basé sur les articles 16-7 et 16-9 du Code Civil et ce, malgré la condamnation de ce fondement par la CEDH. Cependant, une bonne partie de la doctrine lui accorde toujours un intérêt particulier en lui octroyant une légitimité plus flagrante que la simple prohibition de la procédure de GPA par l'ordre public international français.

La règle trouve ici son fondement sur l'atteinte à l'indisponibilité du corps humain et sur l'indisponibilité de l'état des personnes. Ces principes ne souffrent dans le cas présent, aucune contradiction.

On ne peut en effet contester que la convention de mère porteuse vient à l'encontre du principe de l'indisponibilité du corps humain et ce, sous deux aspects. En effet ce processus revient à marchander deux corps humains, celui de la mère qui fournit parfois les gamètes mais surtout qui monnaie sa capacité gestatrice et celui de l'enfant à naître qui est au cœur de la transaction. Si on peut contrarier la marchandisation du corps de la mère par le principe de libre disposition de son corps, aucun argument ne peut, du point de vue de l'enfant à naître, justifier la commercialisation de son corps (et de sa personne toute entière) avant même sa venue au monde.

L'argument de l'indisponibilité de l'état des personnes prend aussi toute sa légitimité dans le débat de la gestation pour autrui. Le principe est à entendre ici concernant le point de la filiation. Conçue à l'origine pour éviter l'apparition d'orphelins par « rejet de filiation » des parents, l'indisponibilité de l'état des personnes prend désormais un tout autre sens. L'objectif n'est pas de protéger la réalité de la filiation puisque la GPA laisse planer une forte confusion entre les notions de mère génétique, d'intention et gestatrice. L'intérêt est surtout d'éviter que la filiation fasse objet d'une transaction financière.

Les auteurs s'accordent sur ces principes pour dénoncer une pratique violente envers les femmes qui sont vues, dans une telle procédure, comme des « marchandises sur le marché international de la reproduction »¹⁷.

Cet argument, déjà d'importance, peut être complété par de nombreuses autres objections à la réception de la GPA en France tel que l'entrave au tourisme procréatif, le comportement des parents commanditaires ou encore sur les conséquences incontrôlables de l'admission de la convention de mère porteuse dans notre ordre national.

17 Jean-Christophe GALLOUX, *Droits et libertés corporels*, Recueil Dalloz 2012, p308.

La nécessité de faire obstacle au tourisme procréatif est un objectif qui fait l'unanimité. L'expression dans sa formulation même rappelle que le tourisme n'est pas forcément innocent et se place en parallèle avec le tourisme sexuel, d'avortement ou d'euthanasie. On peut aussi parfois croiser l'appellation de délocalisation procréative mais ce terme est trop ambigu puisque ne précise pas à quoi fait référence la « délocalisation ». Parle t'on ici de la délocalisation du lieu de naissance ou du ventre qui le portera ?

De plus, sans tomber dans la conception manichéenne du riche exploitant le pauvre, cette vision pourrait pourtant bien résumer le tourisme procréatif de la gestation pour autrui. L'enfant est ici réduit à l'état d'objet, un instrument de négociation entre les parents commanditaires et la mère porteuse qui est réduite à vendre son enfant pour survivre. On se souvient, pour illustrer ce propos, de l'affaire « Pattaramon Chanbua vs. David Farnell » qui avait provoqué l'indignation de toute la communauté internationale en début d'année 2014. Pour rappel, dans cette affaire, un couple australien a recours aux services d'une mère porteuse thaïlandaise de 21 ans qui, en décembre 2013 met au monde deux enfants. Cependant, pendant la grossesse, les médecins découvrent qu'un des enfants est handicapé. Le couple, bien qu'ayant « commandé » des jumeaux, ne rentrera chez lui qu'avec l'enfant n'ayant pas de handicap, laissant l'autre à la mère porteuse.

Pour confirmer cette vision d'exploitation de l'homme par l'homme, on constate que les commanditaires de gestation pour autrui se tournent de plus en plus vers des pays où les tarifs sont plus avantageux. Ce fait est appuyé par la jurisprudence récente dans laquelle on constate une mouvance des contrats de certains États des États-Unis (comme le Minnesota ou la Californie) vers des pays comme l'Inde, l'Ukraine ou encore la Thaïlande où le niveau de vie est moindre et, par extension, l'acquisition d'un enfant moins onéreuse.

Enfin, pour conclure cet argument, penchons nous sur l'intérêt de la mère porteuse qui est obligée de livrer aux parents commanditaires l'enfant qu'elle a porté pendant 9 mois et à qui elle a donné la vie. La possibilité de garder l'enfant est quasi nulle puisque le bébé a été conçu, dans la plupart des cas, avec le matériel génétique du couple ou, au minimum, celui du mari.

De plus, il semble presque impensable, étant donné ses ressources, que la mère génitrice ait les capacités de rendre l'argent qu'elle a touché du couple de parents d'intention pendant sa grossesse et qu'elle a sûrement dû dépenser pour survivre.

On peut aussi émettre une critique sur le comportement des parents commanditaires français qui ont, par le choix de ce mode de procréation, volontairement violé les dispositions imposées par les articles 16-7 et 16-9 du Code Civil. On demande en fait aux juges français de s'effacer pour reconnaître le fait accompli et de rendre régulière une situation fondamentalement illégale dans son principe même. Ainsi, on donne la possibilité aux ressortissants français de juger eux même du bien fondé et de l'effacement d'une loi qui viendrait contrarier leurs désirs personnels. La condamnation de la France par la CEDH, au-delà des circonstances juridiques, envoie un message clair mais aberrant. Ce message est le suivant : l'envie ou le désir d'une personne est supérieure à la loi que nul n'est pourtant censé ignorer et qui a été démocratiquement consacrée pour régir la vie sociale.

Nous pouvons donc sans exagérer être inquiet voir redouter les conséquences de la reconnaissance forcée en France de la filiation des enfants nés de mères porteuses à l'étranger. Il est raisonnable de penser que l'arrêt rendu contre la France a ouvert la porte, autrefois verrouillée et gardée, au grand marché mondial des ventres monnayables et des bébés marchandés. Il est légitime de s'attendrir sur le sort de ces enfants à qui, le seul reproche qu'on puisse faire, est d'être né par un tel procédé, mais comment dissocier le sort de l'enfant et l'admission de la GPA ? La sanction des parents d'intention entraînerait automatiquement la sanction de l'enfant et l'idée de rendre ce bébé à la mère qui lui a donné naissance n'est pas non plus acceptable. En effet rien ne permet de penser que cette personne qui a donné vie à l'enfant souhaite pour autant en avoir la charge ou même qu'elle en ait les moyens. De quel droit pourrions nous imposer à une personne la garde d'un enfant, d'autant plus une personne ressortissante et résidente étrangère ? Plus largement, de quel droit pourrions nous déterminer et accorder un droit à la filiation pour certaines personnes et le refuser à d'autres ?

La question de l'intégration ou de la sanction de la GPA est donc, au-delà des interrogations éthiques et morales qui lui sont associées, conditionnée au débat complexe de l'intérêt de l'enfant qui ne peut être sanctionné pour les erreurs de ses parents commanditaires.

B) Analyse de la notion d'intérêt de l'enfant

La notion d'intérêt de l'enfant est un corollaire du débat de la gestation pour autrui auquel on ajoute le qualificatif de « supérieur » pour lui faire prendre toute son importance et sa primauté. On peut pourtant distinguer deux phases : l'intérêt de l'enfant à naître et l'intérêt de l'enfant déjà né. De cette distinction peut découler la réponse à l'acceptation ou au refus de la convention de mère porteuse dans l'ordre national.

L'intérêt des enfants à naître concerne le cas d'une gestation pour autrui ayant lieu sur le territoire national. Cette première phase va nous permettre de savoir s'il faut, au nom de l'enfant, admettre ou non la légalisation de la gestation pour autrui.

Que ce soit pour des couples homosexuels ou hétérosexuels, la conception est la même. La gestation pour autrui n'est utilisée que dans l'intérêt des adultes, des couples en mal d'enfants. Ce moyen de procréation participe à l'affirmation d'un nouveau droit à l'enfant qui n'a lui aucun intérêt à être commandé, conçu et remis comme un objet quelconque. En allant plus loin, on peut même être sûr que l'enfant finira par poser des questions et demander des réponses à ses parents d'intention. Le respect de son intérêt va entraîner un droit de réponse à ses interrogations légitimes. Encore faudrait il pouvoir et savoir lui expliquer pourquoi il a été commandé, fabriqué et ensuite délaissé par la personne qui lui a donné la vie. On ne peut que difficilement douter des effets dévastateurs et traumatisants que les réponses auraient sur le développement de l'enfant qui viendrait à prendre conscience de la réalité de sa conception et de son existence.

À plus long terme, l'enfant risque de s'interroger autant lui même que ses parents sur l'exploitation et la marchandisation des femmes utilisées comme mères porteuses en général mais aussi sur la mère porteuse dont il est issu. Il pourrait aussi chercher à savoir le prix que ses parents d'intention ont déboursé, soit, combien il a coûté. Si on retourne la situation de fait, on peut aussi imaginer que les enfants de la mère porteuse pourraient interroger cette dernière quand ils la verront se séparer d'un bébé qu'elle a pourtant, comme eux, porté pendant 9 mois et mis au monde.

Force est donc de constater que si on se préoccupe sincèrement de l'intérêt de l'enfant il ne faut surtout pas légaliser la gestation pour autrui étant donné les conséquences désastreuses que nous venons de mettre en exergue, sauf à utiliser l'argument de la mauvaise foi qui viendrait à dire que l'intérêt de l'enfant sera toujours de naître peu importe les moyens et les conséquences.

Concernant l'intérêt des enfants déjà nés, une fois que l'interdit a été bafoué et que des enfants sont nés par le processus de la convention de mère porteuse, il faut trouver à ces enfants de ressortissants français un statut juridique qui préserve leurs droits fondamentaux et limiter les dégâts et sanctions qui pourraient retomber sur ces enfants.

Avant tout, il faut préciser que la France n'est pas tenue, malgré la condamnation de la CEDH dans les arrêts Mennesson et Labassee, de transcrire sans condition ni réflexion la filiation des enfants nés à l'étranger sur les registres français. En effet, les arguments invoqués au soutien de cette transcription soit disant au nom de l'intérêt de l'enfant sont assez critiquables.

La première critique porte sur l'argument de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par ce concept, il est nécessaire que soit établi un lien de filiation entre l'enfant et son parent biologique. On ne peut qu'être d'accord avec le principe de cet argument. Cependant la formulation de la CEDH reste critiquable dans son caractère universel et incontestable. Or en matière de don de gamètes et de matériel génétique, l'enfant n'est pas rattaché à son père biologique. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable qu'il le soit autant pour le donneur, qui ne souhaite certainement pas être rattaché à l'enfant né de son don, que pour le couple qui a reçu le matériel génétique en question.

De même, sous quel angle appréhender une gestation pour autrui pour laquelle on aura eu recours à un don de sperme ? Faudra-t-il considérer que l'enfant né de la GPA n'aura pas de père ?

La question se pose aussi du côté de la mère puisque la mère biologique est, selon la conception française, la femme qui accouche de l'enfant, donc la mère porteuse. En cas de don d'ovocytes, sa légitimité se voit renforcée puisqu'elle serait aussi la mère génétique de l'enfant. Pourquoi alors, dans l'absolu, favoriser la réalité biologique du côté du père et le dénigrer du côté de la mère ? Comment justifier cette conception sauf à avouer qu'elle n'est mise en place que dans le but de servir un objectif et un intérêt bien précis, celui de forcer la main aux autorités pour faciliter la transcription des enfants nés à l'étranger par GPA. Après avoir soutenu une conception sociale pour la filiation paternelle (avec la présomption de paternité) et une conception biologique pour la filiation maternelle (par l'adage *mater semper certa est*), faut-il renverser les conceptions pour favoriser la biologie pour le père et la présomption pour la mère ? Cet argument est absolument indéfendable comparé à la réalité factuelle des pratiques de notre société.

La seconde critique découle de la première et concerne le rattachement de l'enfant à ses parents commanditaires. Pour justifier ce rattachement, on fait appel à des notions telles que la volonté et l'amour.

Pourtant, l'argument de la volonté des parents d'intention constitue plus une preuve du manque d'égard pour l'enfant né par ce processus. C'est en suivant ce raisonnement que certains partisans d'une gestation pour autrui plus régulée et moralisée proposent d'accorder un délai après l'accouchement à la mère porteuse pour lui laisser le temps de réfléchir à l'éventualité de garder l'enfant. On peut y voir là un commencement de preuve comme quoi la mère gestatrice est bien la mère naturelle de l'enfant et que l'intérêt de ce dernier est, semblerait-il, de rester avec elle. Il est en effet difficile de prétendre se soucier de l'intérêt de l'enfant alors que son sort ne dépend que de la question de savoir qui veut de lui.

Concernant l'argument de l'amour, il n'est pas plus valable car qui dit amour peut aussi sous entendre désamour. Dans le cas d'un couple marié, un désamour pourrait entraîner un divorce. Ce désengagement est inenvisageable du point de vue de la filiation déjà pour des raisons morales évidentes mais aussi du fait de l'indisponibilité de l'état des personnes.

La filiation ne peut donc pas reposer sur des bases aussi faibles et fragiles que la volonté ou l'amour aussi manifestes semblent t-ils.

A titre d'aparté, on peut aussi s'interroger sur le cynisme de l'initiative de faire naître des enfants par un procédé dont on sait qu'il leur sera dommageable du fait de la fraude à la loi et d'invoquer en parallèle un prétendu intérêt supérieur de l'enfant pour se voir accorder une régularisation de la situation.

L'intérêt de l'enfant est donc aujourd'hui souvent détourné de sa fonction. Il est souvent qualifié de supérieur et invoqué dans l'objectif d'écarter le cadre législatif et les interdictions qui en découlent. En tordant alors le concept d'intérêt de l'enfant pour évincer une contrainte légale, c'est tout le système juridique qu'on atteint. En effet, à partir du moment où le principe de légalité se trouve mis à mal par des intérêts personnels, on se retrouve à adapter aux envies des demandeurs des règles et des principes qui vont être complètement dénaturés et vidés de leurs substances pour atteindre un objectif de satisfaction personnelle. Voilà le réel danger de légitimer la pratique de la gestation pour autrui au nom du soi-disant intérêt de l'enfant.

Dans cet objectif, le refus de la transcription sur les registres de l'état civil est donc le seul rempart qui empêche l'admission de la GPA en France. Le jour où cette transcription se fera de manière automatique, la légalisation du processus sera inévitable. Car comment justifier la régularisation d'une pratique faite à l'étranger dans des conditions d'exploitation de la femme et de la misère humaine et parallèlement refuser de mettre en place une telle pratique sur le territoire national ?

Cela reviendrait à justifier une discrimination en faveur des couples qui ont les moyens d'aller à l'étranger recourir aux services d'une mère porteuse et envoyer un message qui tendrait à dire que le droit à l'enfant n'est réservé qu'à certaines catégories sociales.

La question de la maternité pour autrui n'est pourtant pas exclusive à l'État français, comment ce processus est-il appréhendé à l'international ? Quelles sont les sanctions que la loi française a mis en œuvre pour lutter contre cette pratique sur son territoire ?

Section 2 : La GPA en France vue à travers le prisme de la réflexion internationale

La question de la gestation pour autrui ne se pose évidemment pas que sur le territoire français. Ce processus de procréation a été objet de nombreuses réflexions sur le plan international. Le régime juridique de cette pratique varie selon les pays, certains lui font obstacle et refusent d'en consacrer les effets, d'autres la prohibent mais en reconnaissent les effets sous conditions, d'autres encore l'admettent sous contrôle mais la plupart n'ont pas de réglementation spécifique. Cependant, aucune réponse juridique internationale ne vient poser de base générale concernant la maternité pour autrui. Il existe cependant des pratiques qui se rapprochent de la gestation pour autrui.

Nous allons donc tenter de rapprocher la gestation pour autrui des pratiques existantes afin de donner une réponse juridique à la convention de mère porteuse (A). Dans un second temps, nous essayerons d'adapter le résultat de ce rapprochement international à l'arsenal répressif français (B).

A) Les notions proches de la GPA en droit international

La maternité pour autrui est une convention par laquelle une femme accepte de porter un enfant pour le compte d'une autre personne. Cela suppose le transfert physique de l'enfant et la modification de sa filiation. Ainsi, la mère (la femme qui donne naissance à l'enfant) le remet aux parents commanditaires et quitte la ligne ascendante de ce dernier. La filiation de l'enfant sera rattachée théoriquement au nom des commanditaires qui le récupèrent. Ce processus se rapproche de plusieurs autres que nous allons observer. Nous pouvons citer l'adoption, la vente d'enfant et la traite.

Par rapport à l'adoption, l'enfant est là aussi porté par une femme qui quitte sa vie au profit d'une autre qui est légalement déclarée mère. La GPA et l'adoption sont deux procédés d'envergure internationale. Cependant l'adoption internationale est réglementée par de nombreux traités¹⁸; la GPA, elle, ne l'est pas.

¹⁸ On peut citer par exemple, *la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* de 1993, ou *la Convention européenne en matière d'adoption des enfants* de 2008.

La gestation pour autrui étant moins réglementée, contrairement à l'adoption, elle semble nécessairement plus facile d'accès pour les parents en mal d'enfant. Pourtant, la pratique de la maternité pour autrui est totalement incompatible avec les règles de l'adoption internationale. En effet, pour l'adoption, il est exigé que le consentement de la mère soit donné après la naissance et qu'il ne soit pas obtenu par la promesse d'un paiement¹⁹ ou d'une quelconque contrepartie. Ensuite, les règles internationales de l'adoption interdisent les contacts entre la famille biologique et la famille adoptive avant que le consentement n'ait été donné (donc nécessairement après la naissance).

La convention de mère porteuse viole toutes ces obligations. En effet, alors que l'adoption tend à donner une famille à un enfant qui n'en a plus dans son intérêt, la maternité pour autrui tend, elle, à donner vie à un enfant pour le transmettre à un couple et satisfaire son seul désir. Il est donc impossible de donner un statut juridique à la gestation pour autrui fondé sur les règles régissant l'adoption internationale.

Les conventions internationales ont pour objectif de mettre en place des garanties pour que les adoptions se basent essentiellement sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Malheureusement des dérives arrivent fréquemment. Certains couples, désireux de dissimuler une convention de mère porteuse, ont recours à des montages avec des intermédiaires. L'objectif des commanditaires est de faire passer un processus de procréation frauduleux pour une procédure parfaitement légale.

L'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe s'est élevé rigoureusement contre ces pratiques de sorte que toute adoption irrégulière, au regard des règles fixées, est considérée comme une vente d'enfant. Cette pratique, contrairement à l'adoption, est complètement illégale et obéit à ses propres règles. Est-il possible de rapprocher la vente d'enfant à la gestation pour autrui ?

¹⁹ *Conv. La Haye art 32 et Conv. Eu d'adoption art 17* « Nul ne peut tirer indûment un gain financier ou autre d'une activité en relation avec l'adoption d'un enfant ».

Dans le cas de la vente d'enfant, la contrepartie de la remise du nouveau né est une somme d'argent versée soit à la mère soit à l'intermédiaire chargé de la transaction. Au niveau international, ce processus est défini comme étant « *tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage.* »²⁰. On sent par cette définition la volonté des rédacteurs de viser la vente de l'enfant d'une famille à une autre et les groupements qui proposeraient un service d'intermédiaire pour des familles désireuses d'acquérir/vendre un enfant. Cette pratique est strictement interdite par les instances internationales « *à quelques fins que ce soit et sous quelques formes que ce soit.* »²¹

Les défenseurs de la GPA rejettent cette argumentation en soutenant que la vente d'enfants ne vise pas le même objectif. Selon eux, l'objet de la gestation pour autrui n'est pas l'enfant à naître en tant que tel mais les conditions de développement d'un embryon préexistant issu d'un projet commun des parents commanditaires. Cependant, il arrive que la mère porteuse soit aussi mère génétique de l'enfant par la fourniture d'ovocytes. Dans ce cas l'embryon n'existait pas encore avant le début de la gestation, cette réalité vient contredire l'argument des pro GPA et le rend irrecevable.

En effet, la fourniture des ovocytes fait souvent partie des services proposés par les cliniques dans lesquelles se pratiquent les gestations pour autrui. Les futurs parents concluent alors un contrat unique stipulant fourniture d'ovocytes et gestation pour autrui.²²

L'argument contesté pourrait pourtant rester valable dans les quelques cas (rares en jurisprudence) où l'embryon est créé à partir du matériel génétique des parents commanditaires. Mais malgré cela, l'enfant resterait l'objet du contrat, assimilable à n'importe quel objet commandé et à livrer et qui pourrait être refusé s'il venait à ne pas être conforme aux attentes des commanditaires.

20 *Protocole facultatif* 25 Mai 2000, article 2, a)

21 *Convention relative aux droits de l'enfant*, article 35

22 CEDH, 27 Janvier 2015, *Affaire Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12.

L'enfant n'ayant même, dans certains cas, aucun lien génétique avec les parents commanditaires, la qualification de vente d'enfant se justifie pour la convention de mère porteuse. Dans tous les cas, peu importe l'origine de l'embryon objet de la gestation, la mère porteuse remet aux futurs parents d'intention l'enfant qu'elle a porté en échange d'une contrepartie financière ou autre avantage. La gestation pour autrui semble donc bien être une vente d'enfants.

Concernant la qualification de traite de l'enfant, on constate que la mère porteuse, l'éventuel intermédiaire et les parents commanditaires ont la disposition de l'enfant. Cette capacité constitue *l'abusus* qui est une composante du droit de propriété (avec *l'usus* et le *fructus*). On est donc en présence d'un droit de propriété octroyé sur un être humain.

Selon les règles internationales, le fait d'exercer un droit de propriété, complet ou partiel, sur une personne constitue une forme d'esclavage. En effet, selon la Convention de 1926 contre l'esclavage : « *L'esclave est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* ». L'esclavage est un crime d'une particulière gravité. Cette dernière peut être représentée par la qualification de la Cour Pénale Internationale qui considère cette pratique comme crime contre l'humanité.²³

On constate aussi que, lorsque la maternité pour autrui est faite à titre gratuit, l'enfant objet de la convention est tout de même offert aux parents commanditaires ; alors que, selon l'adage « on ne peut donner que ce que l'on possède ». Cela rabaisse à nouveau la personne humaine au stade d'objet de transaction. Dans le cas où la GPA est à titre onéreux, la cession constitue toujours un acte de disposition par lequel on fait sortir de son patrimoine, un bien dont on a la propriété et la disposition. C'est une manifestation de *l'abusus* que les contractants s'octroient sur l'enfant à naître. La manifestation de ce droit de propriété est une preuve fondamentale de la qualification d'esclavage/traité de l'enfant dans le cas de la maternité pour autrui.

23 Cette vision est confirmée par le PICD en son article 8 et la CESDHLF article 4 qui affirment que nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains en date du 16 mai 2005 la définit de la manière suivante : « *la traite des esclaves comprend tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages aux fins d'exploitation.* » Suivant cette définition, les enfants nés d'une convention de gestation pour autrui, par le fait d'être transférés d'une personne à une autre, contre une somme d'argent, dans le cadre d'une forme d'esclavage, (notion que nous venons de développer) sont victimes d'une traite.

Les mères gestatrices passent aussi sous cette qualification puisque la même Convention précise que le consentement de la victime n'entre pas en ligne de compte s'il est donné sous l'influence d'une « *offre ou acceptation de paiements ou d'avantages* ».

Nous pouvons donc déduire de ce développement que la convention de mère porteuse viole les dispositions de la pratique légale de l'adoption internationale. Elle tombe, cependant, sous la qualification répréhensible de la vente d'enfants, d'esclavage et de traite des êtres humains. Sous ces observations, nous sommes obligés de conclure que la gestation pour autrui est incontestablement incompatible avec les normes internationales existantes.

Partant de cette conclusion, il est du ressort de chaque État de traduire ces règles internationales dans leur droit interne et notamment pénal. Le droit pénal français a-t-il les outils d'incrimination nécessaires pour sanctionner la pratique de la maternité pour autrui ?

B) Les réponses de l'arsenal répressif français

La sanction civile de nullité des conventions de gestation pour autrui est renforcée par le droit pénal qui interdit cette pratique par le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui à l'article 227-12 alinéa 3. Cette article punit d'un an de prison et 15000 euros « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* ».

Le procédé est aussi puni par l'article 227-13 du Code pénal par le délit de simulation ou dissimulation de l'état civil. Cet article dispose « *La substitution ou la dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de 3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende* ». Ce délit est un autre moyen de sanctionner la pratique de la GPA. En effet, en cas de maternité pour autrui l'identité de l'enfant est délibérément faussée par la confusion entre mère génétique, porteuse et d'intention. On assiste bien à la disparition de la mère porteuse (parfois même mère biologique) au bénéfice du couple commanditaire.

La qualification de délit est suffisante dans les cas où la convention de mère porteuse est conclue en France. Cependant, dans la plupart des affaires, des poursuites ont été engagées mais abandonnées par la suite car les faits ont eu lieu à l'étranger. En effet la loi pénale française ne s'applique, pour les délits, aux actes commis par des français à l'étranger que si ces faits sont punis par une loi du pays où ils ont été commis²⁴. Or les français qui ont recours aux services d'une mère porteuse s'arrangent pour partir dans des pays où cette pratique est légale pour éviter toute poursuite pénale une fois de retour en France.

La solution serait donc que la convention de mère porteuse reçoive une qualification criminelle. La situation serait, en effet, bien différente puisque « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la République* »²⁵. De plus, nous avons précédemment rapproché la pratique de la gestation pour autrui avec la traite d'êtres humains. Or, en général, l'action publique ne peut être déclenchée que si elle a été précédée par « *une plainte de la victime, ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis* »²⁶. En cas de traite, cette règle trouve une exception puisque ni la plainte ni la dénonciation ne sont nécessaires pour le déclenchement de l'action publique qui pourra être lancée dès que les autorités auraient pris connaissance de la situation. La qualification criminelle permettrait donc de lever l'impunité pénale dont les parents d'intention bénéficient du fait de la qualification délictuelle de cette pratique.

24 Code pénal, article 113-6, alinéa 2.

25 Code pénal, article 116-6.

26 Code pénal, article 113-8

La qualification criminelle de la GPA aurait aussi l'avantage d'allonger le délai de prescription. Ce délai est de 3 ans pour les délits et de 10 ans pour les crimes. De plus, certains crimes particulièrement odieux (comme la traite des êtres humains sur un mineur) voient augmenter leur délai de prescription à 20 ans à partir de la majorité de la victime. De plus, assimiler la pratique de la gestation pour autrui à la traite ne demanderait pas de loi nouvelle mais juste une interprétation jurisprudentielle. Il n'y aurait donc pas de difficulté liée au principe de non rétroactivité de la loi pénale nouvelle. Ainsi, tous les ressortissants français qui auraient eu recours à une convention de mère porteuse à l'étranger dans les 20 dernières années pourraient se voir poursuivre pour réduction en esclavage et traite des personnes.

Concernant l'esclavage et la traite, la France n'aura pas besoin de se référer aux traités internationaux puisque ces incriminations existent déjà dans notre ordre interne. De plus, bien qu'il existe une loi spéciale sanctionnant la gestation pour autrui (les articles 227-12 et 227-13 du Code pénal précédemment développés) cela n'empêche pas l'application d'une loi générale plus sévère. En effet, les qualifications délictuelles ont pour objectif de protéger l'état civil et la filiation alors qu'une qualification criminelle tendrait plus à protéger la liberté et la dignité de la personne humaine.

L'esclavage est sanctionné par l'article 224-1 du Code pénal qui reprend presque mot pour mot la définition de la Convention précitée et dispose « *La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de la propriété. La réduction en esclavage d'une personne est punie de vingt années de réclusion criminelle* ». Si ce crime venait à être exercé à l'encontre d'un mineur ou d'une personne vulnérable, la sanction est portée à trente ans de réclusion criminelle.

Comme dans le cas de la convention, la loi française n'exige pas de condition de maltraitance pour que soit reconnu le crime de réduction en esclavage. Ainsi, dans le cas qui nous concerne de la gestation pour autrui, c'est sur l'enfant que s'exerce le droit de propriété. C'est donc l'enfant qui est réduit en esclavage, la peine encourue est donc de 30 ans pour les parents commanditaires et les éventuels intermédiaires.

Dans la majorité des cas, la convention de mère porteuse est également assimilable à une vente d'enfant. La jurisprudence l'a souvent considéré ainsi affirmant que ce n'était pas uniquement un contrat prohibé de mère porteuse, mais aussi, un contrat d'achat d'enfant, « *évidemment contraire à l'ordre public* »²⁷. Cependant, il n'existe pas en France d'article ou d'incrimination interdisant spécifiquement la vente d'enfant. De ce fait, en l'absence de loi pénale spéciale, c'est la qualification de traite et d'esclavage qui doit être considérée comme la plus proche de la réalité de la convention de mère porteuse.

Concernant la qualification de traite, l'article 225-4-1 du Code pénal, reprenant aussi les affirmations des traités internationaux, dispose que « *la traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger, ou de l'accueillir à des fins d'exploitation (...). L'exploitation mentionnée est le fait de mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, afin (...) de permettre la commission contre la victime des infractions (...), de réduction en esclavage (...)* ».

On constate donc que le législateur dans sa rédaction du Code pénal relie expressément les notions de mise en esclavage et de traite des êtres humains comme pouvant être de cause à effet. La définition des deux notions est aisément applicable à la pratique de la gestation pour autrui sans nul besoin d'interprétation particulière. En effet, l'enfant issu de la pratique est mis à disposition des parents commanditaires soit par la mère porteuse elle-même soit par l'intermédiaire d'un tiers.

La mère porteuse peut, par contre, être considérée comme une victime de l'esclavage et de traite par une personne intermédiaire ou les parents commanditaires puisque qu'on se sert d'elle (notion de l'*usus*) avant de lui prendre son enfant (soit en tirer les fruits, le *fructus*).

Enfin, la qualification criminelle de la gestation pour autrui pourrait avoir un effet dissuasif non négligeable sur les personnes qui envisageraient de recourir à ce genre de convention. En effet, la promesse d'une forte amende et d'une peine d'emprisonnement pourrait avoir un impact psychologique bien plus conséquent que la portée actuelle du droit pénal qui, rappelons le, est inapplicable pour les conventions passées à l'étranger.

27 Pour exemple : CA Rennes, 6ème chambre, section A, 10 Janvier 2012, n°11/01846

Certains couples inculpés tenteraient certainement de se défendre en invoquant la primauté de l'intérêt de l'enfant. Cette défense aurait pour objectif de prétendre qu'une sanction pécuniaire de cette importance entraînerait des conséquences inévitables sur le confort matériel de l'enfant. Cette défense justifierait aussi que l'emprisonnement n'est pas une sanction envisageable puisqu'elle viendrait à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant en le privant de ses parents.

Mais cet argumentation n'est pas recevable. En effet si l'on suit ce raisonnement, il ne faudrait jamais ni sanctionner d'amende ni incarcérer les personnes qui ont la charge d'enfants, quelque soit le délit ou le crime.

Durcir la qualification de la gestation pour autrui est une des réponses possible à cette pratique. Il est cependant envisageable que le législateur français juge opportun d'adoucir sa position. Plusieurs moyens peuvent tendre à la réalisation de cet objectif. En effet, il reste encore des inégalités flagrantes dans l'approche de la parentalité. Quels sont les moyens de réduire ces inégalités ? Comment envisager un assouplissement de la position française en matière d'enfants nés par gestation pour autrui ?

Section 3 : Vers de nouvelles avancées pour le débat de la gestation pour autrui

Nous avons pu constater que l'état actuel de la gestation pour autrui en France n'est pas satisfaisant. Le législateur comme la jurisprudence semblent indécis quant à la position à tenir depuis l'intervention de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Un durcissement de la législation et de la jurisprudence ne serait peut être pas des plus opportuns. La question de la gestation pour autrui doit être envisagée sérieusement et avec une ouverture d'esprit renouvelée pour aboutir à une situation qui puisse à la fois satisfaire la position des parents d'intention, la volonté prohibitive de l'État Français et le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il nous faut avant tout dénoncer une inégalité encore flagrante qui nuance le débat de la gestation pour autrui : la situation des couples homosexuels homme face à la volonté d'être parents (A). Enfin, la dernière subdivision de notre réflexion tentera de développer une solution quant à la création d'un lien juridique satisfaisant entre les parents d'intention et les enfants issus d'une convention de mère porteuse (B).

A) L'inégalité des sexes face à la parentalité

Par une décision du 24 Mars 2016, la Cour d'appel de Dijon²⁸ rend une décision qui ouvre un nouveau débat concernant la pratique de la maternité pour autrui, et plus largement, sur la parentalité.

Dans les faits, un homme à recours à une mère porteuse américaine. Les autorités américaines désignent, dans l'acte de naissance, l'homme et la mère porteuse comme parents de l'enfant né. Le conjoint du père forme, à leur retour en France, une demande en adoption.

La Cour de Cassation avait, dans un cas similaire, refusé une telle demande, la considérant comme un détournement de l'institution de l'adoption. La Cour qualifie cette demande comme « *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* ». ²⁹

28 CA Dijon, 3ème chambre Civile, 24 Mars 2016, n° 15/00057

29 Cass. Ass plén. 31 Mai 1991, n°90-20,105

Dans l'affaire nous concernant, l'influence des juridictions Européennes s'est fait sentir quant à la justification de la décision. La Cour d'appel se conforme bien à la jurisprudence de la CEDH en ne relevant pas de fraude à l'état civil sur la simple supposition de la pratique de la gestation pour autrui.

La Cour d'Appel envisage alors d'examiner le cas d'espèce sous l'angle du respect des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes. Les juges relèvent alors la violation de ces deux principes par la pratique de la convention de gestation pour autrui, prohibée en droit français.

La Cour relève ensuite que l'absence de lien entre le mari du père et l'enfant ne pose pas préjudice à ce dernier et n'est donc pas incompatible avec le respect de sa vie privée. Cette absence ne sera pas non plus préjudiciable dans le cas du décès du père puisque la Cour relève qu'il y a de fortes chances pour que le mari soit alors désigné tuteur. Les juges affirment enfin que l'enfant pourra toujours venir à la succession du mari de son père en qualité de légataire et que le père biologique peut exercer seul l'autorité parentale librement et de manière effective.

La dernière réflexion de la Cour de Dijon porte sur le consentement à l'adoption de la mère biologique de l'enfant. Les juges estiment que, dans le cas d'espèce, le consentement de la mère est privé de portée par la qualité même de mère porteuse. Cette qualité consiste uniquement à permettre à l'homme ayant eu recours à ses services de devenir père. Ainsi, pour la Cour, le consentement de la mère est donc sous la condition de la méthode de conception de l'enfant.

Pour ces motifs, la Cour d'appel refuse d'accéder à la demande d'adoption simple du mari du père d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger.

Cette réponse de la Cour de Dijon pourrait paraître comme un élément de plus, de la volonté de sanctionner sur le plan civil, les parents ayant recours à la pratique de la gestation pour autrui. Cependant cette décision, observée sous le prisme plus étendu de la parentalité en général, ouvre une nouvelle forme de discrimination à l'encontre des hommes seuls et des couples homosexuels masculins désireux de devenir parent.

En effet, par deux avis de 2014³⁰, la Haute Juridiction Française a estimé que l'épouse de la mère peut adopter l'enfant de celle-ci issu d'une insémination artificielle avec donneur faite à l'étranger. Pour la juridiction suprême, la loi offrant la possibilité du mariage pour tous³¹ a eu pour effet de permettre par adoption la création d'un lien de filiation entre deux personnes de même sexe et un enfant issu d'une Procréation Médicalement Assistée.

Cette vision trouve son écho dans le rapport du 17 février 2016³². Ce rapport propose de maintenir en l'état la réglementation et la tolérance à l'égard des aides médicales à la procréation réalisées hors territoire. Il recommande, par contre, en matière de GPA de durcir la position française en revenant aux règles existantes avant les décisions Mennesson et Labassee.

A la différence de la gestation pour autrui, la procréation médicalement assistée est autorisée en France sous conditions. Le Code de la santé publique n'ouvre la possibilité de recourir à ce moyen de procréation en France qu'aux couples composés d'un homme et une femme et aux seules fins de remédier à l'infertilité pathologique du couple. Cette pratique est donc fermée aux couples homosexuels et aux célibataires.

De la même manière que pour la maternité pour autrui, l'interdit a été transgressé. Des couples hétérosexuels sans infertilité pathologique, homosexuels et des célibataires ont tenté de pratiquer des assistances médicales à la procréation dans des pays où la législation est plus souple. A leur retour en France, ces personnes tentaient de faire reconnaître les filiations et d'obtenir un droit d'adoption de l'enfant.

On voit ici facilement le lien entre la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui. Nous sommes en présence de deux moyens de procréation prohibés en France pour les personnes qui y ont recours à l'étranger et qui tentent d'obtenir la légalité de leur situation une fois de retour sur le territoire.

30 Cass, avis, 22 Septembre 2014, n° 14-70.006 et n°14-70.007

31 Loi 2013-404, 17 Mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114, 18 Mai 2013, p 8253.

32 Catherine TASCA et Yves DETRAIGNE, Rapport d'information, « *Les conséquences à tirer des jurisprudences récentes en matière de PMA et GPA* », 17 Février 2016.

Cependant, la question de la filiation en matière de PMA n'a jamais vraiment posé problème. La question principale soulevée par cette pratique était la demande d'adoption par le conjoint de la personne qui avait eu l'enfant. Le débat a opposé les juridictions du fond pendant plusieurs années avant que la Cour de Cassation vienne y apporter une réponse favorable par les avis de 2014 précédemment développés.

En effet, dans ces avis, la Haute Cour affirme que « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». La Cour ne laisse aucun doute sur son intention car indique que la solution de rejet, fondée sur la fraude à la loi, doit être écartée du fait que « *en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que les femmes y aient recours à l'étranger ne heurte pas au principe essentiel du droit français* ».

L'adoption de l'enfant né de cette pratique est donc désormais possible en France. Ces avis et affirmations ne sont pas à l'abri de critique étant donné leurs contradictions avec l'attitude rigoureuse de la Haute Juridiction envers la gestation pour autrui. Les juges n'ont pas envisagé la question sous l'angle de la licéité de la pratique de la PMA à l'étranger mais seulement sous l'angle de la licéité de l'adoption dans un couple homosexuel. Une citation semble parfaitement opportune étant donné la situation : « *Ce n'est pas l'intérêt de l'enfant qui guide la loi, c'est le désir d'enfant qui dicte sa loi* »³³.

Ainsi, les hautes instances françaises préconisent des réponses diamétralement différentes pour des problématiques fortement ressemblantes. On retrouve dans les deux cas le désir d'enfant, l'instrumentalisation du droit et la transformation de l'enfant de l'état d'être humain à l'état de « chose », objet d'un contrat. Il paraît donc difficile d'expliquer les deux solutions juridiques différentes pour des pratiques aussi similaires. Le risque étant que la procréation médicalement assistée devienne une sorte de cheval de Troie pour la convention de mère porteuse.

33 Citation de Aline Cheynet DE BEAUPRÉ, « *PMA, GPA, Sénat, CEDH : au nom de la loi* », Revue Juridique Personnes Familles, 2016.

On constate donc l'état manifeste d'inégalité face à la capacité à être parents concernant les couples homosexuels d'hommes et les hommes célibataires. Ne faudrait-il pas envisager les débats de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée sous l'angle plus étendu de l'accès à la parentalité ? Cette vision des différents moyens de procréation permettrait certainement de réduire, ou au moins de ne pas aggraver, les dissemblances dans le traitement de pratiques fortement similaires.

Dans cet objectif, existerait-il un moyen de créer un lien juridique entre les parents d'intention et l'enfant né d'une GPA ? Le lien en question devra composer à la fois avec l'intérêt supérieur de l'enfant, l'intérêt des parents commanditaires et les intérêts de l'État.

B) La création d'un lien juridique satisfaisant

L'objectif, ici, est d'essayer de trouver un moyen qui permettrait de respecter l'intérêt de l'enfant et de lui reconnaître les principaux éléments de son identité puisque ce sont les arguments majeurs de la CEDH. La difficulté sera d'accéder à ce système tout en n'accordant au couple de parents d'intention que des devoirs liés à l'éducation, la prise en charge et l'entretien de cet enfant, obtenu par un détournement de la loi française.

En premier lieu, nous devons constater que l'enfant a bien un état civil étranger qui reconnaît sa filiation avec son père biologique et la mère porteuse (et même parfois la mère d'intention) à partir du moment où la convention a été passée dans un pays qui reconnaît cette pratique. Ainsi, contrairement aux allégations de la Cour Européenne, la filiation de ces enfants est bien établie. Cependant, pour satisfaire aux exigences des juges de Strasbourg, la France doit trouver le moyen de donner à ces enfants un statut respectant leurs droits fondamentaux.

Un lien juridique pourrait être établi et reconnu par les autorités françaises entre le couple d'intention et l'enfant issu de la GPA qui ne consacrerait pas la fraude à la loi et ne serait donc pas un véritable lien de filiation.

Ainsi, les parents d'intention pourraient, à condition que l'acte d'état civil étranger ait été régulièrement établi et, s'il en va de l'intérêt de l'enfant, se voir attribuer l'exercice de l'autorité parentale.

En effet, d'autres que les parents peuvent avoir sur l'enfant une délégation d'autorité parentale dans l'objectif de l'éduquer et de pourvoir à ses besoins. Parmi ces personnes, on peut trouver les tuteurs ou les administrateurs légaux et judiciaires. Il serait possible de concevoir sur ces exemples un système qui attribuerait légalement ou judiciairement l'exercice de l'autorité parentale aux couples de parents d'intention. Il serait possible de leur accorder une autorité totale ou partielle sous le contrôle d'un juge.

Cette délégation pourrait être mise en place par l'intermédiaire de l'article 377 alinéa 2 du Code Civil qui dispose qu'il est possible de prévoir une délégation forcée d'autorité parentale « *en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* ». Dans le cas de la gestation pour autrui, on peut considérer que la mère porteuse est dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale. On pourrait encore interpréter le « désintérêt » mentionné dans l'article comme étant manifesté par l'attitude des parents qui ont délibérément violé l'interdit français.

D'une autre façon, il serait tout à fait possible de s'inspirer du modèle de la tutelle des articles 390 et suivants du Code Civil afin de protéger au mieux les intérêts personnels et patrimoniaux de l'enfant. Les principaux besoins de l'enfant seraient donc assurés par les tuteurs (parents commanditaires) qui seraient tenus aux mêmes devoirs et obligations que les pères et mères envers l'enfant.

Cependant, la tendance française actuelle est à la limitation des tutelles pour placer les personnes protégées sous la responsabilité des familles. Le concept de famille ne pose pas de problème puisque, dans la quasi totalité des cas de gestation pour autrui, le père mentionné à l'état civil est aussi le père biologique de l'enfant.

Le modèle que nous imaginons donc en ce moment devra réunir les obligations incombant aux parents tel que les devoirs d'éducation, d'entretien, de veille à la sécurité et à la santé, de gestion des biens et du patrimoine de l'enfant ou encore, de prise en charge des dommages causés par l'enfant. Néanmoins, pour respecter la tendance actuelle, ce modèle devra s'exercer en limitant le recours aux juges pour favoriser la confiance faite à la famille de l'enfant.

L'ensemble des éléments développés suffit à donner un statut et une identité juridique aux enfants nés par une convention de mère porteuse. Rappelons que l'objectif n'est pas de combler les différences avec la filiation et d'aligner totalement les deux statuts. En effet, il s'agit, au contraire, de marquer la nuance entre les deux afin que les parents d'intention assument les conséquences de leurs actes. Cette différence marquée entre les deux régimes pourra aussi avoir un effet dissuasif sur ceux qui envisageraient d'entamer de telles démarches.

Suivant cette idée, s'agissant des questions de succession, il ne semble pas opportun de reconnaître des règles spécifiques basées sur celles valables en cas de filiation, contrairement aux injonctions de la CEDH. Cela reviendrait à ériger de manière complètement illogique la capacité à hériter d'une personne comme condition de l'identité. De plus, le couple commanditaire peut parfaitement désigner l'enfant comme légataire. Enfin, la sanction de ne pas pouvoir bénéficier d'un taux privilégié d'imposition semble être de circonstance à marquer l'illégalité commise par les parents d'intention.

Enfin, concernant le couple commanditaire, il semble plus opportun de mettre en place des sanctions civiles plutôt que des sanctions pénales. En effet, emprisonner l'un ou l'autre des membres du couple ne semble pas une solution satisfaisante alors qu'une amende civile pourrait être vue comme un prix supplémentaire à payer pour avoir l'enfant.

Conclusion

La pratique de la gestation pour autrui a ouvert un marché de l'enfant en pleine croissance. Des intérêts financiers importants sont en balance avec les droits fondamentaux. Ce constat explique les pressions subies par les États qui tentent d'établir une législation visant à limiter les abus comme en Inde et en Thaïlande. Les pressions sont tout aussi fortes sur les pays qui prohibent cette pratique et refusent d'en reconnaître les conséquences sur leur territoire lorsque leurs ressortissants ont eu recours à cette pratique, comme la France ou l'Espagne.

Avec le jugement de la Cour Européenne, la crainte des difficultés à obtenir la transcription de l'état civil étranger s'est évanouie. Cette méthode était de toute manière loin d'être suffisamment dissuasive et avait, en plus, comme conséquence de faire peser sur l'enfant la responsabilité des fautes de ses parents.

Bien que l'état actuel des sanctions de la gestation pour autrui ne soit pas acceptable, il paraît difficile de trouver une solution parfaitement satisfaisante. En effet, poursuivre les personnes qui ont eu recours à la gestation pour autrui ainsi que les intermédiaires, en considérant que cette pratique relève de l'esclavage et de la traite, constituerait un moyen de dissuasion plus efficace. Mais bien que ce moyen marquerait la position désapprouvée de la France, il ferait peser sur l'enfant l'intégralité des responsabilités de ses parents. La protection de la dignité des mères porteuses et des enfants nés de ce procédé est un objectif louable. Cependant, il ne peut justifier de faire peser sur l'enfant une telle sanction alors que son seul crime a été de naître dans de mauvaises circonstances.

Ensuite, il y a la solution de l'assouplissement des considérations actuelles en créant un lien juridique différent de la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention. Cette sanction ne s'appliquerait qu'aux parents commanditaires qui se verraient privés du statut de parent mais sur lesquels reposeraient tout les devoirs associés à cette notion. Cependant, cette solution reviendrait pour la France à reconnaître les effets de la convention de mère porteuse. Par la suite, accepter les conséquences de cette pratique entraînerait nécessairement la légalisation de la pratique. En effet, il serait impensable d'interdire une pratique aussi controversée sur le territoire mais d'en légaliser les conséquences si celle-ci est effectuée à l'étranger.

Force est donc de constater que, concernant le débat de la maternité pour autrui, la France est actuellement dans une impasse. Il est, en effet, impossible de conserver la situation actuelle puisqu'elle est sanctionnée par les instances supra-nationales. Il n'est pas possible non plus de durcir notre législation sauf à faire peser une sanction insupportable sur un enfant totalement innocent. Enfin, assouplir notre position reviendrait, à plus ou moins long terme à aboutir à la légalisation de la gestation pour autrui ; ce qui est absolument impensable si nous prenons en compte la défense et la protection de la dignité des mères porteuses et des enfants nés de ce procédé ainsi que les implications morales et éthiques que nous avons précédemment développées.

Coincée entre la protection des mœurs de sa société, le sort pitoyable des enfants nés de cette pratique et les injonctions de la Cour de Strasbourg, la France semble dans une situation inextricable concernant la réflexion sur la maternité pour autrui et ses conséquences. Cependant les questions sur la filiation n'ont pas fini de faire polémique.

Laissons nous aller à un petit exercice d'imagination:actuellement plusieurs équipes internationales travaillent sur un projet de gestation extra-utérine. La procédure serait une réponse aux problèmes d'impossibilité de gestation, d'infertilité, de risques liés à l'accouchement, de couples homosexuels et rendrait obsolète le recours à une gestation pour le compte d'autrui.

Cependant, le manque de recul sur cette pratique divise la médecine. Certains soutiennent l'importance du lien utérin dans le développement psychologique du futur bébé, d'autres y voient là un moyen idéal de mettre fin à la gestation pour autrui tout en mettant le fœtus à l'abri des addictions de certaines mères ou de l'exposition au stress.

Dans la société, les dissensions sont nombreuses, certaines personnes et organisations comme les associations gay et certains groupements féministes se réjouissent de cette pratique, la considérant comme libératrice de la contrainte de la gestation pour accéder à la parentalité. D'autres personnes et organisations plus traditionalistes dénoncent une abomination ou encore revendiquent leur droit de vivre l'expérience unique de la grossesse et de l'accouchement.

Le pouvoir législatif et plus largement la classe politique est rapidement débordé par cette nouvelle pratique. Nos représentants se divisent et les discussions s'animent entre les oppositions farouches ; d'autres prônent un contrôle drastique, d'autres encore souhaitent accueillir cette pratique sans restriction. En absence d'accord, aucune réforme ne sort et il appartient aux juges d'apprécier la pratique de ce nouveau moyen de procréation éventuellement pratiqué à l'étranger.

L'exercice promet d'être ardu puisque aucune mère porteuse n'a été impliquée, que la filiation génétique des deux parents sera, dans les cas où le couple commanditaire est un couple hétérosexuel, incontestable. De par ce constat, l'inégalité entre le père, qui pourra reconnaître l'enfant dont il est géniteur, et la mère à qui on refuserait cette possibilité, sera forcément analysée comme une discrimination inadmissible et entraînera forcément une nouvelle condamnation de la Cour de Strasbourg.

Ainsi, la gestation pour autrui n'est qu'une des nombreuses facettes du vaste problème de la notion de parentalité et de filiation. Aussi vrai que le dicton « un problème en chasse un autre », la gestation pour autrui et les problématiques qu'elle engendre seront un jour supplantées par une nouvelle méthode de procréation qui posera de nouveaux problèmes tout aussi légitimes. La question de la filiation et le désir de parentalité n'ont pas fini d'opposer la doctrine, le pouvoir législatif, les juridictions et la société dans son ensemble.

Bibliographie :

La Jurisprudence :

- Cour d'Appel de Rennes, chambre. 06 A, 28 Septembre 2015, n°14/25537
- Cour d'Appel de Rennes, chambre. 06 A, 28 Septembre 2015, n°14/07321
- Cour d'Appel de Rennes, 6ème chambre, section A, 10 Janvier 2012, n°11/01846
- Cour d'Appel de Dijon, 3ème chambre Civile, 24 Mars 2016, n° 15/00057

- Conseil d'État, Assemblée, 22 Janvier 1988, n°80936, Recueil Lebon.
- Conseil d'Etat, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, n°367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

- Cour de Cassation, Chambre. Civile. N°1, 13 Décembre 1989. n°88-15.655.
- Cour de Cassation, Chambre. Civile 1, 17 Décembre 2008, n°07-20.468.
- Cour de Cassation, Assemblée. Plénière, 31 Mai 1991, n° 90-20.105.
- Cour de Cassation, Chambre. Civile 1, 06 Avril 2011, n° 10-19.053.
- Cour de Cassation, Chambre. Civile 1, 06 Avril 2011, n° 09-17.130
- Cour de Cassation, Chambre. Civile 1, 06 Avril 2011, n°09-66.486.
- Cour de Cassation. Assemblée. Plénière., 03 juillet 2015, n°14-21.323.
- Cour de Cassation. Assemblée. Plénière., 03 juillet 2015, n°15-50.002.
- Cour de Cassation Assemblée plénière. 31 Mai 1991, n°90-20,105
- Cour de Cassation, avis, 22 Septembre 2014, n° 14-70.006 et n°14-70.007

- CEDH, 26 juin 2014, *Affaire Mennesson c. France*, requête 65192/11
- CEDH, 26 juin 2014, *Affaire Labassee c. France*, requête 65941/11
- CEDH, 21 juillet 2016, *Affaire Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et n°10410/14
- CEDH, 27 Janvier 2015, *Affaire Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12.

Les auteurs :

- Ministère de la Justice, circulaire. NOR JUSC1301528C, 25 Janvier 2013.
- Pierre CALLÉ, *Droit international privé*, Defrénois, 15 mai 2016, n°9
- Pierre CALLÉ, *Enfants nés dans les pays autorisant la gestation pour autrui et droits fondamentaux*, Defrénois, 15 mai 2016, n°9.
- Béatrice CHAPLEAU, *Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui*, Recueil Dalloz 2015, p1775.
- Antony CHAUSSY, *Convention de gestation pour autrui : de l'absence d'effet sur la filiation vers une absence d'effet de l'interdiction*, Revue générale du droit médical, n°56, septembre 2015, p253.
- Anthony CHAUSSY, *Le tourisme procréatif lié à la gestation pour autrui : un casse tête pour l'ordre juridique français*, Revue générale du droit médical, n°54, mars 2015.
- Anthony CHAUSSY, *Légalité de la circulaire Taubira du 25 janvier 2013 relative à la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger en exécution d'une convention de mère porteuse*, Revue générale du droit médical, n°54, mars 2015.
- Anthony CHAUSSY, *Filiation d'enfants nés d'une GPA à l'étranger : premières décisions des juges du fond après l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation*, Revue générale du droit médical, n°57, décembre 2015.
- Rabih CHENDEB, *La convention de mère porteuse*, Defrénois, 15 février 2008, n°3.
- François CHÉNEDÉ, *L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation*, Recueil Dalloz 2015, p1172.
- Aline CHEYNET DE BEAUPRÉ, *PMA, GPA, Sénat, CEDH : au nom de la loi*, Revue Juridique Personnes Familles n°5, 01 Mai 2016.
- Pauline COCHELARD et Laure DEPASSE, *La gestation pour autrui : les grandes problématiques juridiques en France*, Petites affiches, 16 octobre 2015, n°207, p12.
- Isabelle CORPART, *La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères*, Droit de la famille n°11, Novembre 2015, étude 14.

- Laurie DIMITROV, *Réception dans l'ordre juridique français des liens de filiation résultant d'une gestation pour autrui à l'étranger : les résistances de la cour d'appel de Rennes*, Gazette du Palais, 05 janvier 2016, n°1.
- Claire DE LA HOUGUE, *La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français*, Droit de la famille n°11, Novembre 2015, étude 15.
- Muriel FABRE-MAGNAN, *Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant*, Recueil Dalloz 2015, p224.
- Inès GALLMEISTER, *Gestation pour autrui : refus de l'adoption simple par le mari du père*, Recueil Dalloz 2016, p783.
- Inès GALLMEISTER, *Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers*, Recueil Dalloz 2015, p1819.
- Jean-Christophe GALLOUX, *Droits et libertés corporels*, Recueil Dalloz 2012, p308.
- Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, *Droit de la filiation*, Recueil Dalloz 2016, p857.
- Sarajoan HAMOU, *Enfants nés de mères porteuses à l'étranger : condamnation de la France par la CEDH*, Gazette du Palais, 16 Septembre 2014, n°259.
- Xavier HENRY, *Petite anticipation autour de l'utérus artificiel*, Recueil Dalloz 2016, p951.
- Marie-Christine LE BOURSICOT, *Saga judiciaire de la gestation pour le compte d'autrui: retour à la transcription...*, Revue Juridique Personnes Familles n°2, 01 Février 2016
- Aude MIRKOVIC, *GPA et détournement de l'adoption*, La Semaine Juridique Édition Générale n°15, 11 avril 2016, p423.
- Revue Lamy Droit Civil, *GPA : à la recherche d'un juste équilibre entre l'intérêt public et le droit au respect de la vie privée et familiale*, n°124, Mars 2015.
- Catherine TASCA et Yves DETRAIGNE, *Rapport d'information, Les conséquences à tirer des jurisprudences récentes en matière de PMA et GPA*, 17 Février 2016.
- Elisa VIGANOTTI, *Filiation, mères porteuses et droits de l'Homme : la difficile balance*, Gazette du Palais, 07 juin 2016, n°21.
- Elisa VIGANOTTI, *Les enfants issus de mères porteuses étrangères ne doivent pas être privés d'état civil français : les arrêts Mennesson et Labassee de la CEDH*, Gazette du Palais, 24 Juillet 2014, n°205.