

Lille 2, université du Droit et de la Santé

Ecole Doctorale des sciences juridiques, politique et de gestion (n°74)

Faculté des sciences juridiques, politiques et économiques et de gestion

*La convention de gestation pour autrui : Une illégalité
française injustifiée*

**Mémoire présenté et soutenu vue de l'obtention du master droit
« recherche », mention « droit médical »**

Présenté et soutenu par Emilie CAMUZET

Sous la direction de Monsieur Le Professeur Xavier LABBÉE

Année universitaire 2005 - 2006

Sommaire

Remerciements	3
Table des abréviations.....	4
Section I – Une convention dont l’illégalité est contournée par les parties. 14	
Section II – Une convention dont l’illégalité nuit au tiers : l’Enfant.....	63
Conclusion.....	95
Annexe.....	99
Bibliographie.....	102

REMERCIEMENTS

Merci à Monsieur le Professeur Xavier LABBÉE,
pour ses précieux conseils et sa disponibilité.

Merci également à :

Madame Lina WILLIATTE - PELLITTERI, enseignant/chercheur à la Faculté Libre de Droit,

Maître Nathalie MASSAGER, avocat au barreau de Bruxelles,

Madame Laure CAMBORIEUX, Présidente de l'association Maïa,

Madame Dany DESCAMPS, Psychologue clinicienne de la CMP de Lambersart.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

- Al. : alinéa
- AN : Assemblée nationale
- Art. : article
- Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
- *Bull. civ.* : Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
- C. : Code
- CA : Cour d'appel
- C. civ. : Code civil
- C. pén. : Code pénal
- C. santé publ. : Code de la santé publique
- Civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation
- Civ. 2^{ème} : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
- CE : Conseil d'Etat
- Chr. : chronique
- Concl. : conclusions
- Comm. : commentaire
- *D.* : Recueil Dalloz
- Doctr. : doctrine
- *Gaz. Pal.* : Gazette du Palais
- I.R. : informations rapides
- *J.C.P.G.* : Juris-classeur périodique, édition générale
- J.O. : Journal officiel
- Jurisp. : jurisprudence
- L. : Loi
- *L.P.A.* : Les petites affiches

- Obs. : observation
- Ord. : Ordonnance
- Préc. : précité
- *R.I.D.C.* : Revue internationale de droit comparé
- *R.T.D. civ.* : Revue trimestrielle de droit civil
- Sén. : Sénat
- Somm. : sommaire
- TGI : Tribunal de grande instance
- V. : voir

« *Mater semper certa est* », une opinion largement reçue soutient que le droit positif, dans son état actuel, ne reconnaît pour mère que la femme qui accouche. Mais l'extension des possibilités de maîtrise du corps humain à toutes les étapes de la vie contribue à bouleverser l'ordre établi et conduit à une approche différente de la maternité.

Le droit de disposer de son corps est la plus fondamentale des libertés physiques (avec le droit à l'intégrité physique). Elle reconnaît à la personne la maîtrise exclusive de son corps. Son importance est si intrinsèquement perçue par la conscience collective qu'on n'a guère éprouvé le besoin, pendant longtemps, de formaliser son existence. Tout a changé lorsque les progrès fulgurants de la biologie et des autres « sciences de la vie » lui ont ouvert des horizons jusque là insoupçonnés.

Les progrès scientifiques ont permis tout d'abord de maîtriser négativement la reproduction humaine (interruption volontaire de grossesse, contraception) pour aboutir désormais à sa maîtrise positive par le biais des nouvelles techniques médicales d'insémination artificielle et de fécondation in vitro. La science par les multiples possibilités qu'elle offre a introduit la notion de pouvoir sur la procréation ; pouvoir de l'homme et de la femme d'agir ou non sur le processus naturel de la vie, d'avoir ou ne pas avoir d'enfant...et quel enfant¹ ? Ceci nous renvoie à la définition même de liberté qui est la situation garantie par le droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il veut toutes ses facultés². L'évolution du concept de maternité est indissociablement liée à cette évolution scientifique. La femme revendique le pouvoir d'user des techniques désormais offertes par la science. Mais, aucun texte, tant en droit interne qu'en droit européen, ne proclame le « droit de la femme d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant ».

La paternité pour autrui n'est pas un phénomène inconnu³. Ce sont les dispositions des lois bioéthiques du 29 juillet 1994 qui ont défini les conditions permettant à un couple de bénéficier d'un don de sperme afin de réaliser une insémination artificielle et de remédier ainsi à une stérilité masculine.

¹ BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), *Liberté individuelle, maternité et droit*, thèse sous la direction de Mme Dekeuwer-Défossez, Lille II, 1999, p. 8.

² CORNU (G.), *vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 3^{ème} éd., PUF, 2002.

³ « Qu'un homme fasse un enfant à la femme d'un autre et que le fruit de cette union passe pour l'enfant de celui qui ne l'a pas fait, cela semble si ancien qu'on ne s'y attarde guère, si ce n'est au théâtre. L'altruisme n'est pas nécessairement étranger à l'aventure, du moins à l'égard de la femme mariée qui, désespérant d'obtenir un enfant de son mari demande à son amant de lui en faire un (...). Le droit, si les choses se gâtent ensuite, dispose des armes et des règles nécessaires au règlement des difficultés. », TERRE, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, p.179.

Il était également tentant d'utiliser les progrès de la science et des techniques médicales pour porter remède à la stérilité féminine en faisant appel à la « maternité pour autrui ». Mais, cette pratique suscite des difficultés de toute autre envergure.

Une femme peut-elle disposer de sa capacité gestationnelle -et de l'enfant qui en est la conséquence -en faveur d'une autre ? Telle est la question centrale de la gestation pour autrui. Cette pratique implique, en effet, qu'une femme accouche d'un enfant dans le but de la remettre ensuite au couple qui l'a préalablement « commandé ». Cette « remise » est, en fait, l'objet même de l'accord conclu entre les parties, soit directement, soit par le biais d'un intermédiaire.

C'est l'avènement de la fécondation in vitro qui a fait entrer la gestation pour autrui dans les laboratoires, mais la maternité de substitution est universelle et de toute époque. Comme l'a écrit François TERRE, « *La maternité pour autrui est vieille comme le monde. Elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat de la stérilité* ⁴ ». Dans la Bible, en effet, on retrouve de nombreuses « mères porteuses » ⁵. Sarah, qui se croyait stérile, a demandé à Abraham de concevoir un enfant avec sa servante Agar pour qu'elle lui remette ensuite : « ...va donc vers mon esclave ; peut être, par elle, aurai-je un enfant » (Genèse, XVI, 1-2). Il y a aussi Rachel, stérile, qui dit à Jacob : « *voici ma servante Bilha, va vers elle, qu'elle enfante sur mes genoux et ainsi par elle, j'aurai moi aussi des enfants* » (Genèse, XXX, 1-3). Enfin, il y a Léa qui fit de même avec sa servante Zilpa ((Genèse, XXX, 10).

Ainsi, une longue tradition historique nous indique que, des familles romaines jusqu'aux familles bourgeoises au XIX^{ème}, les mères porteuses ont toujours existé. Cette pratique a donc traversé les âges pour réapparaître comme dernier recours pour les femmes stériles qui, plus que jamais, y voient le moyen de réaliser leur désir d'enfant. Mais, entre temps, les valeurs de la société ont changé, de sorte que bien qu'elle soit incontestablement la plus ancienne de toutes les méthodes de procréation médicalement assistée, et certainement la plus naturelle puisque l'artifice médical est facultatif, la gestation pour autrui suscite de vives réprobations.

Pris au dépourvu le législateur et le Conseil de l'Europe ont tardé à réagir face au progrès scientifique. Il en est résulté un vide juridique auquel la jurisprudence s'est efforcée de faire face. Devant cette hésitation bien compréhensible du Droit, les ressources de la morale, de la déontologie et surtout de la bioéthique ont été sollicitées⁶.

Selon la définition classique de KANT, la morale est l'ensemble des règles de conduite intérieure, dictées par Dieu, dont le respect relève de la seule conscience individuelle. Du

⁴ TERRE (F.), Observations sous Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, *J.C.P.G*, 1991, II, 21752, p.381.

⁵ MASSAGER (N.), *Les droits de l'enfant à naître*, Bruylant, 1997, p. 819.

⁶ LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 6^{ème} éd. Armand Colin, 2003, p. 262.

point de vue des religions⁷, la fertilité du couple est un point central dans les religions monothéistes. Dans la genèse (1.28), Dieu ordonne à Adam : « *Soyez féconds, multipliez, remplissez la terre...* ». L'impossibilité de suivre ce commandement a poussé Rachel à recourir à la gestation pour autrui. Le judaïsme autorise la gestation pour autrui, mais uniquement si l'enfant est issu génétiquement du couple. Pour le catholicisme, la procréation ne doit en aucune manière être dissociée de l'acte sexuel, celui-ci ayant une double vocation : la procréation et l'union des couples. Ce principe conduit à condamner toute forme d'assistance médicale à la procréation, y compris intra-conjugale (appelée IAC : il s'agit d'une assistance médicale à la procréation avec les gamètes du couple)⁸. Dans l'Islam, les traitements d'assistance médicale à la procréation intra-conjugaux sont d'autant mieux admis que l'adoption n'est pas une solution acceptable aux yeux de cette religion. Cependant, l'assistance médicale à la procréation avec tierce personne (don de gamètes, d'embryons ou gestation pour autrui) n'est pas admise.

Quant à la déontologie, elle s'analyse comme l'ensemble des règles de conduite qui s'imposent aux membres d'une profession dans l'exercice de celle-ci. Ces règles ont vocation à inspirer le droit de demain (à titre d'exemple, ce sont les CECOS qui ont développé les règles relative à l'assistance médicale à la procréation).

L'éthique joue un rôle plus important. Elle ne s'adresse pas seulement aux membres d'une profession, mais elle s'adresse à l'ensemble des membres de la société. Elle préconise le respect de « valeurs », qu'elle tire d'une certaine conception de l'homme avec autrui et non avec Dieu. Contrairement à la morale, elle ne présuppose aucun lien avec une quelconque transcendance, car son ambition est de régir les relations de l'homme avec autrui et non avec Dieu. Elle s'analyse donc comme l'ensemble de règles de conduite intérieure, définies par les hommes pour régir les rapports sociaux, dont le seul respect relève de la conscience individuelle. Elle est en quelque sorte une morale laïque que l'on appelle « bioéthique » lorsqu'elle concentre son attention sur la conduite à tenir à l'égard des progrès enregistrés par les sciences de la vie. La bioéthique peut être définie comme l'ensemble des problèmes moraux soulevés par la biologie et la médecine. Cependant le passage de l'éthique au droit ne se fait pas sans difficulté. Actuellement la science précède le droit, elle précède le politique. Quels doivent être les rapports de ces trois instances ? A qui la primauté ? Le scientifique est

⁷ CAMBORIEUX (L.), « La gestation pour autrui. Etats des lieux en 2006. Aspects éthiques, juridiques et médicaux », V. site Internet : www.maia-asso.org

⁸ Il convient de préciser qu'en 1804, le Code civil sanctionnait le mari impuissant en interdisant le désaveu de l'enfant même pour cause d'adultère. LABBÉE (X.), « La procréation assistée dans le Code civil. 1804-2004 », Texte d'une conférence donnée pour Avenir Capa à paraître aux Presses Universitaires du Septentrion.

il autorisé à poursuivre ses recherches sans frein ? Le juriste doit-il tout contrôler ? Quel est le rôle du politique et la place de l'économie et du profit ? A qui appartient la décision du choix de la société à venir quand on sait que « l'homme » a maintenant le pouvoir de déterminer l'homme avant sa naissance ? Faut-il raisonner en fonction de choix collectif ou en fonction de l'individu ? Quel homme pour demain ? Quelle société pour demain ?

La gestation pour autrui est, éthiquement, extrêmement discutable dans la mesure où elle instrumentalise d'abord le corps de la femme. Elle pose le problème de la commercialisation du corps de celle-ci, de son exploitation et peut favoriser le marché d'enfants. C'est ainsi que la Cour de cassation a affirmé le principe de l'indisponibilité du corps humain afin de rendre nulle toute convention portant sur la gestation pour autrui⁹. Toutefois, aujourd'hui, ce principe s'avère d'une extrême faiblesse.

En pratique, les problèmes éthiques sont moindres, ou plutôt différents dans la mesure où la gestation pour autrui (si elle était autorisée) devrait nécessairement être altruiste et que les parents juridiques sont les parents génétiques pour un cas précis de gestation pour autrui, (n'est-ce pas incohérent ?).

Dans l'assistance médicale à la procréation, c'est l'insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) qui pose les problèmes éthiques les plus graves, dans la mesure où elle dissocie le père biologique du père juridique. D'où les règles de déontologies dégagées par les CECOS. Grâce au luxe de précautions, on est très loin de l'individualisme et du mercantilisme qui permettent aux femmes américaines d'acheter leur « sperme » auprès d'une « banque de prix Nobel ». Et donc, pourquoi ne pas faire une analogie avec la gestation pour autrui. Avec des règles strictement établies, nous pouvons largement réduire le risque de commercialisation du corps de la femme et de commercialisation d'enfant.

Comme nous le verrons dans le développement, en pratique, la gestatrice n'est pas réduite à l'état de chose, elle est perçue véritablement comme une personne par le couple commanditaire. C'est une famille « à trois » durant la grossesse qui attend la naissance d'un être humain tant désiré.

On entend par « gestation pour autrui¹⁰ » différents procédés auxquels il est recouru pour obtenir un enfant qui ne sera pas rattaché à la femme qui l'a porté. Ce terme sera

⁹ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull.* n° 4 ; *D.* 1991, Jur. p. 417, rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; *J.C.P.* 1991, II, n° 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. TÈRRE ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET –WEILLER et p. 489, note M. GOBERT ; *J.C.P.*, 1991, I, 3547, chr. J. RUBELLIN-DEVICHI, Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. AUBERT.

¹⁰ RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour autrui », *D.* 1985, Chr. p. 147.

principalement utilisé dans l'étude en raison de sa neutralité. Il convient de distinguer deux situations¹¹ : celle des mères de substitution (ou mère porteuse de premier type) et celle des mères porteuses (ou mère porteuse de second type¹²). Aujourd'hui, trop souvent, les deux expressions sont utilisées indifféremment l'une pour l'autre.

La situation la plus fréquente est celle des *mères de substitution*, dans laquelle une femme accepte d'être inséminée avec le sperme du mari de la femme stérile. Elle se substitue pleinement au rôle maternel de celle-ci par le moyen d'une sorte d' « adultère aseptisé », puisque l'enfant lui appartiendra pleinement du point de vue biologique, non seulement parce que c'est elle qui en est accouchée, mais aussi parce que l'enfant a été conçu grâce à son apport génétique. Elle sera et *gestatrix* et *génitrice*, selon les terminologies employées par M. le doyen Cornu¹³. Nous pouvons parler également de mère donneuse. Il y a réellement maternité pour autrui. La mère porteuse du premier type pose des problèmes d'ordre juridique et social, mais non médical (il n'y a pas de procréation médicalement assistée).

La situation des *mères porteuses* est celle dans laquelle une femme accepte de porter l'embryon fécondé in vitro des gamètes d'un couple, lorsque l'épouse éprouve des difficultés pour assumer elle-même la gestation. Il s'agit vulgairement d'une location d'utérus : la femme se limite à porter l'enfant sans y contribuer génétiquement, car l'ovule est celui de l'épouse du couple demandeur. La mère gestationnelle n'agit, dès lors, que comme une sorte de « couveuse vivante » ; elle est seulement *gestatrix* et non pas *génitrice*. La mère porteuse du second type ne peut exister sans le secours de la science, et plus précisément sans l'intervention d'une équipe de biologistes et de médecins. Ici, la maternité est dédoublée : l'enfant aura une mère génétique et une mère utérine. Plus de dix ans séparent la réalisation des deux espèces de maternité de substitution, mais presque tous les rapports ou les travaux concernant la question envisagent les deux espèces, sans toujours d'ailleurs faire la distinction qui devrait s'imposer.

Il existe également divers procédés d'acquisition d'enfants sous couvert de maternité de substitution ou également appelé les « fausses » mères porteuses. Il s'agit de la réalisation de la cession d'enfants par des femmes enceintes, qui ne pouvaient pas ou ne voulaient pas

¹¹ ANDORNO (R), *La distinction juridique des personnes et des choses à l'épreuve des procréations artificielles*, éd. 1996, LGDJ, p. 259.

¹² La terminologie « mère porteuse de premier type et de deuxième type » a été utilisée par Mme RUBELLIN-DEVICHI ; « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *Bioéthique*, déc. 1991, p. 314 et *Revue de droit de l'enfance et de la famille*, 1992, p.141.

¹³ CORNU (G.), *Droit civil, la famille*, 3^{ème} éd, Paris, Montchrestien, 1993, n°299.

garder l'enfant qu'elles attendaient. La supposition d'enfant continue d'être utilisée, mais est assez souvent démasquée¹⁴.

Un dernier cas se rapprochant des mères porteuses est le *don d'ovules* puisque une femme accouche d'un enfant qui n'est pas le sien d'un point de vue biologique. C'est une réponse à des situations exceptionnelles. Cette pratique est licite contrairement à la gestation pour autrui. Il peut être fait à des femmes ayant des ovaires déficients ou inaccessibles, ou ayant subi une ablation des ovaires, mais qui ont conservé la capacité de porter un enfant. Il est effectué par une donneuse parente ou amie de la bénéficiaire, ou étrangère, en particulier par une femme subissant pour elle-même une fécondation in vitro et donnant ses ovules en surnombre. Néanmoins la problématique est partiellement différente, puisqu'il n'y a pas ici de véritable disposition d'enfant : la femme qui accouche est celle-là même qui prétend garder l'enfant¹⁵.

Bien que la distinction existe en théorie entre « mère de substitution et mère porteuse », pour le droit français, il n'y a pas de différence : la maternité découle de l'accouchement (cf. art. 341, al.2 C. civ. et art. 345 C. pén. relatif au crime de supposition d'enfant), sans qu'il y ait de différence à faire entre les gamètes.

Egalement contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, le législateur français déclare nulle toute convention portant sur la gestation pour autrui et refuse tout établissement de la filiation maternelle. Or, nous ne pouvons nier que progressivement est née l'idée de l'introduction du modèle contractuel au sein de la famille

Longtemps, la caractéristique du droit de la famille a été d'être un domaine dépendant du droit des obligations ou des droits réels plus que de l'autonomie de la volonté et d'être dominé par le caractère d'ordre public de la plupart de ces dispositions car «*La famille importe trop à l'Etat pour que celui-ci se désintéresse de ce qui la concerne* »¹⁶. On disait habituellement que les questions d'état ne peuvent dépendre de la seule volonté individuelle. L'état des personnes - et le droit de la filiation en particulier - échapperait aux conventions. Mais, ce principe n'est plus si absolu.

L'évolution contemporaine réduit l'aspect institutionnel. Une place nettement importante a été faite dans l'organisation des relations familiales à la volonté individuelle. « *L'accroissement*

¹⁴ TGI de Marseille, 10^e ch., 27 janvier 1982, *J.C.P.* 1983, II, n°20028, note, PENNEAU ; CA Lyon fév. 1990 in RUBELLIN-DEVICHI ; « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *Bioéthique*, préc. ; CA PAU 10 janvier 1991 in RUBELLIN-DEVICHI « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *Bioéthique*, préc.

¹⁵ ANDORNO (R), *La distinction juridique des personnes et des choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préc., p. 238.

¹⁶ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, 2^{ème} éd. par Rouast, n°2.

du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de ce droit »¹⁷. D'où la justesse de l'expression « contractualisation du droit de la famille »¹⁸. Le rôle de la volonté individuelle tend à être de plus en plus important¹⁹. C'est le cas du divorce, du pacs et du mariage. La procréation n'est plus la finalité avec l'arrivée en force du mariage homosexuel. Le contrat semble également se manifester dans le rattachement familial de l'enfant dans le domaine de la procréation médicalement assistée nécessitant un tiers donneur. L'enfant est baptisé en doctrine « *enfant conventionnel* »²⁰. Un arrêt a également admis qu'une possession d'état pouvait naître d'un accord des parties²¹. Même ROUSSEAU affirmait à l'époque dans le « contrat social » : « *S'ils continuent de rester unis ce n'est plus naturellement, c'est volontairement et la famille elle-même ne se maintient que par convention* »²². Le droit de la filiation ne perd-il pas progressivement son caractère d'ordre public ?

Mais se trouve-t-on réellement face à des contrats en droit de la famille ? Sommes-nous toujours en présence de véritables contrats ?

Certains soulignent d'emblée cette ambiguïté : « *La crise du droit de la famille, le développement de l'individualisme et l'instabilité croissante expliquent la privatisation de la famille peu à peu envahie par le contrat. Chacun s'estime le mieux placé pour définir lui-même ce qu'est la famille qui lui convient. Ce sont d'étranges conventions qui ne sont guère soumises à la force obligatoire du contrat [1134]* » écrit le Professeur Malaurie.

Toutefois, le législateur a qualifié la pratique de gestation pour autrui de « convention ». Un contrat, pour être valable, doit avoir une cause et un objet licite (article 1108 du Code civil), ce qui réduit le champ de l'autonomie de la volonté.

La licéité fait référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 6 du Code civil). L'ordre public est défini comme « la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions ».

L'ordre public fait souvent appel à des notions peu précises qui laissent une part importante de l'appréciation du juge. Son contenu est évolutif, puisqu'il est lié aux valeurs d'une société,

¹⁷ CORNU (G.), *La famille*, 6^{ème} éd. n°7.

¹⁸ *Droit civil, la famille*, 6^{ème} éd. 1998, n°29.

¹⁹ FENOUILLET (D) et de VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (dir.), *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, 2001.

²⁰ HAUSER (J.), « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, chr. 182. En raison des articles 311-19 et 311-20 du Code civil, M. Hauser écrit « L'indivisibilité de la filiation d'un enfant conçu avec assistance médicale à la procréation ne doit rien à la nature et rien à la loi, mais tout à la convention ».

²¹ LABBÉ (X.), « La possession d'état conventionnelle », *D.* 2004, Jurisp. p. 1579.

²² ROUSSEAU (J.J.), *Le contrat social*, Livre I, ch. 2.

variables selon les époques. L'ordre public des années 1990 est-il le même qu'en 2006 ? Avec la pratique de la gestation pour autrui, les individus ont franchi des barrières.

De même, la notion de bonnes mœurs renvoie à une morale collective, morale du plus grand nombre, orientée essentiellement vers la sphère sexuelle. Avec la libération actuelle des mœurs, la notion est en net recul, et ne concerne aujourd'hui qu'une sphère d'interdits restreints tels que l'inceste ou la bigamie.

Si ces notions évoluent progressivement, le contenu du contrat et l'autonomie de la volonté également. Le recours au droit des obligations est-il réellement impensable ?

En refusant l'adoption (et l'état civil), le droit s'en prend à l'enfant issu de la gestation pour autrui. La convention de mère porteuse est la seule en droit des obligations²³ qui puisse nuire au tiers. En vertu de l'article 1165 du Code civil, « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, elles ne nuisent point aux tiers...* ». Comment des magistrats peuvent-ils faire produire des conséquences lourdes à une convention nulle de nullité absolue ? Cette situation est totalement injuste : tous les hommes naissent libres et égaux en droit. La réflexion sur la question doit certainement évoluer et cela dans le seul intérêt de l'enfant.

M. HAUSER affirme que le droit n'est pas un jeu²⁴, qu'il ne faut pas mépriser les fondements traditionnels. Nous ne pouvons nier cette affirmation, mais ce sont la médecine et les personnes qui jouent et non les juristes. Il est vrai que le droit des obligations paraît inapproprié, toutefois, c'est l'ultime recours. Comment lutter contre la volonté de la femme et l'évolution de la science ? Une réglementation urgente s'impose justement pour limiter les dérives contraires à l'éthique de la gestation pour autrui.

Nous tenterons de démontrer dans cette étude que la convention de gestation pour autrui est une illégalité française injustifiée.

En effet les parties au contrat, le couple souffrant de stérilité et la mère gestationnelle, contournent cette illégalité par multiples moyens (section I), cette situation a pour conséquence de priver l'enfant d'un droit essentiel : l'établissement de sa filiation maternelle. Cet enfant, tiers à la convention, est victime de cette illégalité (section II).

Une convention nulle ne devrait pas engendrer des effets néfastes à l'égard d'un tiers.

La législation actuelle relative à la gestation pour autrui comporte donc de nombreuses incohérences.

C'est l'objet de notre étude.

²³ LABBÉE (X.), « La procréation assistée dans le Code civil. 1804-2004 », préc.

²⁴ HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme » in *Mélanges TERRE*, 1999, p.441.

SECTION I – UNE CONVENTION DONT L'ILLÉGALITÉ EST CONTOURNÉE PAR LES PARTIES

La contrariété du système français et des systèmes étrangers (I) contraint les couples français, motivés par le désir d'enfant, à frauder (II).

I – Les contradictions substantielles entre le droit français et certains droits étrangers

Le droit français a pris position dans le débat relatif à la gestation pour autrui en prohibant cette pratique (A) contrairement à certains droits étrangers qui l'accueillent favorablement (B).

A – L'hostilité du législateur français à l'égard de la convention de gestation pour autrui.

L'hostilité du législateur se révèle de par la nullité de la convention (1) et par les sanctions qui en découlent (2), pour autant, ces dernières s'avèrent inefficaces.

1 – La nullité de la convention

Pour des raisons louables (b), le droit français a déclaré nulle toute convention portant sur la gestation pour autrui (a).

a) L'inflexibilité du droit français

Le droit français semble inflexible car dans un premier temps, la jurisprudence a affirmé l'illicéité des associations et leur dissolution, puis l'illicéité du contrat de gestation pour

autrui. La loi est venue entérinée cette jurisprudence, qui fut confirmée par la suite par d'autres arrêts.

L'illicéité des associations et leur dissolution :

C'est à partir du moment où l'insémination artificielle a pu être réalisée avec du sperme congelé²⁵ que se sont développées, en France²⁶, des associations fournissant leurs services aux couples stériles : le phénomène a alors été largement médiatisé. Ces associations aujourd'hui illicites se créèrent²⁷ pour la plupart dans les années 1980, inspirées sans doute de la pratique outre-atlantique.

Les associations de courtage n'hésitaient pas à recruter directement le couple demandeur qui devait fournir si possible « sa » mère porteuse par petites annonces. Ce type d'opération était un véritable parcours du combattant pour les couples demandeurs. La naissance de l'enfant, lorsqu'elle se produit, ne marque pas la fin heureuse de l'histoire. Du terrain médical, la bataille se déplace sur le terrain juridique car le droit français, qui ne reconnaît comme mère que la femme qui accouche²⁸, était et reste inadapté à l'évolution de la science. Le système

²⁵ La technique d'insémination artificielle s'est véritablement « banalisée » en 1953 par la découverte aux Etats-Unis d'un procédé de conservation du sperme dans l'azote liquide. LETTERON (R.), *Le droit de la procréation*, Que sais-je ? PUF, p. 58.

²⁶ La technique s'est développée en France à partir de 1973, année de l'ouverture, par le professeur Georges David, du premier Centre d'étude et de conservation du sperme (CECOS) à l'hôpital Bicêtre, et d'une banque à l'hôpital Necker à Paris (professeur Albert Netter). Il existe aujourd'hui une vingtaine de CECOS.V ; site Internet ; *50 ans de bioéthique, 1953-2003, Assistance Médicale à la Procréation* [en ligne] http://www.genethique.org/doss_theme/dossiers/chrono_bioethique/amp.htm

²⁷ Ainsi, nous pouvons citer la constitution de l'Association nationale d'insémination artificielle par substitution (ANIAS) en juillet 1983; puis l'association « Mère d'accueil » en novembre 1983, à l'instigation du docteur Geller, président du CEFER (Centre d'exploration fonctionnelle et l'étude de la reproduction) ; en 1984, l'association Sainte Sarah se donnait comme but de regrouper des femmes stériles voulant faire accepter la pratique des mères de substitution ; puis une association dénommée « Naissance et vie aujourd'hui »; en 1985, l'association « Les Cigognes » se constituait, à la place de « Mères d'accueil », à Strasbourg; en juin 1985 se créait à Marseille *Alma Mater*, émanation du Centre d'études de la fécondation et de la reproduction (CEFER), « à l'interface des trois partenaires obligés du prêt d'utérus », à savoir les couples (« Sainte Sarah »), les mères porteuses (« Les Cigognes »), et la banque de sperme support médical de l'opération (CEFER), selon le prospectus même expédié par *Alma Mater*. Annonçant 52 bébés remis de cette manière à leurs parents « adoptifs », 59 mères porteuses en cours de grossesse, 60 candidats au prêt d'utérus et plus de 1000 demandes de couples stériles, le président du CEFER et de *Alma Mater* lançait en 1987 une nouvelle association « Euromater ». Dictionnaire permanent de bioéthique, Maternité de substitution, n° 23, Pratiques des associations illicites, p. 1273

²⁸ CARBONNIER (C.), *Droit civil*, tome II, *La famille, l'Enfant, le Couple*, P. U. F., 21^{ème} éd., p ; 206.

était bien rodé et la pratique aurait sans doute duré plus longtemps si elle n'avait pas donné lieu à des dérapages

C'est une affaire de fausse mère porteuse qui fut à l'origine des procédures déclenchées contre les associations s'occupant de « maternité de substitution ». Une jeune femme, enceinte, abandonnée par son ami, signe un acte de don d'enfant à l'association *Alma Mater*. A la naissance, l'enfant est remis à un couple cherchant un enfant provenant d'une mère porteuse ; le mari déclare l'enfant à l'état civil, en effectuant une reconnaissance mensongère, tandis que la femme introduit une instance aux fins d'adoption plénière. La mère reconnut son enfant, le parquet de Paris « bloquait » toutes les demandes d'adoption plénière, l'enfant restant provisoirement, au titre de l'assistance éducative, auprès du couple qui avait voulu l'adopter. Sur appel, le 19 février 1998, la Cour d'appel de Lyon tentait un aménagement progressif des rapports entre la mère et l'enfant²⁹. A la suite de cette affaire, le ministre de la justice ordonna aux procureurs de la République compétents d'assigner devant les tribunaux de grande instance, sur le fondement de l'article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901, toutes les associations qui avaient pour but de faciliter la maternité de substitution, c'est-à-dire les associations de « mères porteuse », de femmes stériles et les intermédiaires. La Commission européenne des droits de l'homme déclara irrecevable la requête contre la France déposée par Patricia Lavisse, présidente de l'association³⁰. L'ANIAS fut dissoute³¹ ainsi que l'association « Sainte Sarah »³².

Quant aux litiges dévolus aux juridictions administratives, ils consistent en recours contre les décisions prises par les présidents des conseils généraux³³ à l'encontre des associations d'entremise. C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans sa décision du 22 janvier 1988, avait admis que les associations intermédiaires dans la maternité pour autrui tombent sous le coup de la loi pénale³⁴. L'association « Les Cigognes » n'obtint pas gain de cause dans sa requête en excès contre le refus d'inscription du Préfet du Bas-Rhin³⁵.

²⁹ CA Lyon 19 févr. 1998, RUBELLIN-DEVICHI (J), Mères porteuses, premier et deuxième type in *Revue de droit de l'enfance et de la famille* 1992 p. 141.

³⁰ Comm. EDH, 5 juin 1991, n° 14223/38, Patricia Lavisse contre France, Cahiers de l'IDEDH 1992/1, p. 112, note L. SERMET et 1993/2, p. 8, note A. LAMBOLEY.

³¹ TGI Paris, 20 janv. 1988, CA Paris 11 oct. 1988. D. 1988, IR, p. 275.

³² TGI Créteil, 23 mars 1998, Gaz. Pal. 1988, 2, Somm. p. 346.

³³ En vertu des articles 100-1 du Code la famille et de l'aide sociale et des articles 1 à 8, 21 et 22 du décret n° 89-95 du 10 février 1989 relatif aux œuvres d'adoption, le président du conseil général peut refuser dans son département à une association l'autorisation préalable d'exercer l'activité d'intermédiaire pour l'adoption.

³⁴ L'article 353-1 de l'ancien Code pénal réprimait le délit de provocation à l'abandon ainsi que d'entremise à l'adoption.

La Cour de cassation intervient pour la première fois en 1989³⁶ saisie de la question de la dissolution d'une association. En l'espèce, l'association dénommée Alma Mater avait mis au point un système fondé sur une convention entre un couple demandeur et une femme acceptant de mettre au monde un enfant après avoir été inséminée avec le sperme congelé du compagnon de la femme stérile. La « mère porteuse » recevait une somme de 60000 francs dès le début de la grossesse et s'engageait à s'abstenir de reconnaître l'enfant à naître. Celui-ci devait être remis dès sa naissance au couple demandeur. Il pouvait alors être reconnu par son père biologique dont l'épouse ou la compagne déposait ensuite une requête en vue de son adoption. Le refus de la jeune femme de se séparer de son enfant s'est trouvé à l'origine d'une action judiciaire engagée par le procureur de la République du tribunal d'instance de Marseille, qui a abouti à la dissolution de l'association dont les pratiques ont été jugées illicites. Le jugement du tribunal de Marseille fut confirmé par la Cour d'appel d'Aix le 29 avril 1988.

Dans un attendu très clair, la première chambre civile de la Cour de cassation, énonçait ainsi « *que les conventions qui portent à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître sont nulles en application de l'article 1128 du Code civil* », et que « *ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elle ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère. L'activité de l'association qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu*».

Les demandeurs avaient invoqué les textes internationaux. Mais la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, considère que le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) du 4 novembre 1950 (article 12) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 19 décembre 1966 (article 23), n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions sur le sort d'un enfant à naître.

³⁵ C.E. Ass., 22 janvier 1988, D. 1988. IR.45. La décision entérine le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 17 juin 1986, T. adm. Strasbourg, 17 juin 1986 (Association Les Cigognes), J.C.P.G 1987, II, n° 20719, Concl. du Commissaire du Gouvernement KINTZ

³⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 13 décembre 1989 (Association Alma mater), n° 8815655. Source Bulletin 1989 I n° 387, p 260, J.C.P. 1990.II.21526, note SERIAUX (A).

Il convient de remarquer que la dissolution de toutes les associations d'entremise en France ne suffit pas à stopper le phénomène, puisque ce type d'association, légale dans certains Etats étrangers, se développe.

Le « coup d'arrêt » de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991 : l'illicéité de la convention.

Puisque le législateur ne se prononçait pas sur une telle pratique, il devenait certain que les tribunaux auraient à le faire. Aux Etats-Unis, le procès qui a défrayé la chronique dans le monde entier concernait une mère ne voulant plus remettre l'enfant à son père³⁷. Heureusement, en France, à notre connaissance, nous n'avons pas eu de telles hypothèses. Les juges ont été saisis, soit pour se déterminer sur le caractère licite des associations, soit à propos de l'adoption souhaitée par l'épouse. Les tribunaux avaient souvent été saisis d'adoption d'enfants nés vraisemblablement de mères porteuses. Ces demandes étaient d'ailleurs espacées dans le temps et les magistrats se montraient assez tolérants. Cependant, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté des demandes d'adoption par une épouse, d'un enfant prétendument adultérin du mari, car il y avait selon les juges, un détournement qui servait à consacrer une pratique illicite, contraire à l'intérêt de l'enfant privé à tout jamais de sa véritable filiation maternelle. Tous ces jugements furent infirmés par la cour d'appel de Paris³⁸ qui prononce l'adoption plénière d'une fillette par une femme mariée.

C'est sur le bien fondé de cette appréciation que la Cour de cassation a été amenée le 31 mai 1991 à se prononcer en Assemblée plénière³⁹. Il s'agit d'un coup d'arrêt de la Cour de cassation. La cour d'appel ayant admis la maternité de substitution, la solution de la Cour de cassation, saisie par un pourvoi dans l'intérêt de la loi, était connue. Ce qui était attendu était la motivation de la décision. Au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil, la Cour de cassation affirme que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de*

³⁷ L'affaire *Baby M. a pseudonym for an actual person* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour suprême du New Jersey en date du 3 fév. 1988.

³⁸ CA Paris, 15 juin 1990, n° 89-18925 : *J.C.P.* 1991, II, n° 21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; CA Paris, 15 juin 1990, n°89-18375 : *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER, *Clunet* 1990, p. 985, note GAUDEMET-TALLON (H.) ; CA Paris, 30 nov. 1990, n°89-23.04 ; CA Paris, 9 nov. 1990, n°90-3146.

³⁹ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. n° 4 ; *D.* 1991, Jur. p. 417, rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; *J.C.P.* 1991, II, n° 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. TÊRRE ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET –WEILLER et p. 489, note M. GOBERT ; *J.C.P.*, 1991, I, 3547, chr. J. RUBELLIN-DEVICHI, Dontenwille, *Defrénois*, 1991, I, 1267, obs. J.-L. AUBERT.

l'état des personnes ». Ce premier attendu est très important. Le dispositif qui en est tiré tout autant. En effet l'adoption n'est que « *l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par la mère ; et que, portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, ce processus constitue un détournement de l'institution de l'adoption* ».

Cet arrêt ne peut être analysé sans être rapproché de celui qu'avait rendu le 13 décembre 1989 la première chambre civile. Alors que cette dernière avait déclaré nulles les associations intermédiaires, pour illicéité de l'objet et avait cru bon de s'expliquer⁴⁰, l'Assemblée plénière a fait plus court pour dire la même chose en évoquant le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain⁴¹. Mais toutes deux se réfèrent explicitement au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi la position adoptée par la Cour de cassation est ferme et cohérente. La condamnation est totale. La nullité atteint les associations incriminées et la « maternité de substitution » (1989), le contrat lui-même et l'adoption, dont le lien avec ce dernier est établi (1991).

Les circonstances juridictionnelles qui ont entouré cette dernière décision méritent d'être rappelées car elles n'ont pas été sans influence sur sa portée⁴². D'une part, c'est sur pourvoi dans l'intérêt de la loi⁴³ que la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 15 juin 1990, qui avait admis l'adoption de l'enfant. Le procureur général, dans le but de faire casser et annuler l'adoption plénière par la première chambre civile, a fait valoir qu' « *il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat*

⁴⁰ En 1989, la première chambre civile avait déclaré nulles les associations intermédiaires, pour illicéité de l'objet, en application de l'article 1128 du Code civil, au motif que celles-ci favorisent « la conclusion et l'exécution des conventions, fussent elles verbales, portent à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître ».

⁴¹ Ce qu'avait déjà perçu M. A. SERIAUX en commentant l'arrêt rendu par la première chambre civile, *J.C.P* 1990.II.21526, préc.

⁴² GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *R. T. D. Civ.* 1991, p. 489

⁴³ Il convient de remarquer que la Cour de cassation n'a eu à examiner que dix pourvois dans l'intérêt de la loi (Source : banque de données *Lexis*).

D'après l'article 17 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967, le pourvoi dans l'intérêt de la loi est à la seule initiative du procureur général près la Cour de cassation qui, s'il ne peut agir qu'après que les parties n'en aient plus la possibilité ou que la décision a été exécutée, n'est enfermé au moins dans aucun délai limite et, enfin qu'une éventuelle cassation n'a aucune incidence sur les parties. C'est pourquoi l'adoption admise par la Cour d'appel de Paris n'a pas été remise en cause. (Droit et pratique de la cassation en matière civile, 2ème édition, 2003, Jurisclasseur, Litec, p.27).

problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences jurisprudentielles et que la sécurité juridique soit assurée ». Il relève que les juges du second degré ont tiré, à propos de la maternité pour autrui, des conclusions contraires à celles auxquelles était parvenue, le 13 décembre 1989, la première chambre civile, dans un cas de figure pratiquement identique. Le mouvement entamé par le parquet général induisant un pourvoi dans l'intérêt de la loi en octobre 1990 a été achevé par l'ordonnance de M. le Premier président renvoyant l'affaire devant l'Assemblée plénière. La Cour de cassation estime que le caractère solennel de cette dernière dissuadera les juridictions du fond de diverger d'elle et que la convocation des médias, le jour de l'audience, outre qu'elle accentuera l'importance de la décision, assurera auprès des spécialistes, et notamment les magistrats, la diffusion, particulièrement rapide, du droit. Il s'agit d'un « *acte de politique judiciaire* » selon le Doyen CARBONNIER.

D'autre part, l'arrêt du 31 mai 1991 fut rendu devant un public composé de juristes invités spécialement, et après audition d'un *amicus curiae*, le professeur Jean Bernard, président du Comité consultatif nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Dans un avis du 23 octobre 1984, le comité a affirmé que le recours à la maternité de substitution était illicite, en l'état actuel du droit⁴⁴. Le sens de l'intervention était donc connu. L'explication de son intervention est que lorsque les magistrats sont ennuyés d'avoir à prendre une décision dont l'écho, professionnel, politique ou médiatique pourrait être important, ils placeraient leur décision morale sous l'autorité d'une personnalité éminente⁴⁵. Mais son intervention n'est pas justifiée en l'espèce, ce qui a amené Mme GOBERT à s'interroger sur la théorie des sources du droit et l'influence des autorités administratives indépendantes sur la Cour de cassation⁴⁶.

L'interdiction légale de la maternité de substitution :

La plupart des hautes instances s'étaient montrées hostiles à la maternité de substitution. Elles affirmaient que le contrat était nul, mais elles n'envisageaient aucune sanction à l'égard de la mère porteuse ou du couple commanditaire. Cependant, toutes ou presque réclamaient l'interdiction des intermédiaires et des sanctions pénales à leur encontre. Nous pouvons rappeler notamment l'avis de 1984 du Comité consultatif national d'éthique, le rapport effectué à la demande du Premier ministre par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat, sous la direction de M. Guy Braibant « De l'éthique au droit »⁴⁷, la résolution sur la

⁴⁴ Avis du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

⁴⁵ LAURIN (Y), « L'amicus curiae », *J.C.P.* 1992. I. 3603, Chr.

⁴⁶ GOBERT(M), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *R. T. D. Civ.* 1992, p. 489 et spéc. p. 501.

⁴⁷ Doc. fr. 1988, p. 61.

fécondation *in vivo* et *in vitro* du Parlement européen du 16 mars 1989⁴⁸, le rapport « Aux frontières de la vie », remis en 1991 au Premier ministre par Noëlle Lenoir⁴⁹.

Dans la lignée de l'avis des hautes instances, et dans le but d'éviter des problèmes juridiques liés aux maternités de substitution, la France a voté les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 dont l'une d'elles condamne cette pratique⁵⁰. Le Parlement a inséré dans le Code civil l'article 16-7 selon lequel : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Cette disposition est d'ordre public (art. 16-9 c. civ.). M. BIOULAC, rapporteur du projet de la loi à l'Assemblée nationale, a fait observer que le texte « *confirmait l'appréciation de la Cour de cassation*⁵¹ ». L'interdiction qu'il comporte a été analysée comme « *l'ultime phase de l'indisponibilité du corps humain*⁵²».

Par sa sévérité, elle dépasse la solution dégagée par la Cour de cassation en Assemblée plénière qui visait l'hypothèse où la conception de l'enfant a été réalisée avec le sperme du mari, père légal, et un ovocyte de la femme qui avait accepté d'assumer la gestation et était donc à la fois la génitrice et la gestatrice. L'article 16-7 prohibe non seulement cette forme de maternité pour autrui, mais encore la convention limitée à la gestation d'un enfant conçu avec les gamètes d'époux ou de concubins et qui devrait leur être remis après l'accouchement.

La révision de ces textes, dits « lois de bioéthique⁵³ » avait été prévue dans un délai de cinq ans après leur mise en vigueur. Ce n'est pourtant que le 6 août 2004⁵⁴ que le parlement a adopté le texte relatif à la révision des lois de 1994. Mais cette loi, qui modifie en certains points le régime de la procréation médicalement assistée, laisse intact l'article 16-7.

Il est regrettable que la nullité soit proclamée de façon aussi forte et englobe dans la même réprobation les deux types de convention. La situation est différente lorsqu'une sœur porte son neveu, dont la mère, capable de concevoir, est incapable d'assumer la gestation. Nous devons considérer différemment les gamètes prises isolément : il ne s'agit que des forces

⁴⁸ OPOCE, *Luxembourg, 1990*.

⁴⁹ Doc. fr, p. 199.

⁵⁰ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain : JO 30 juill.

⁵¹ Doc. AN, n° 2871, p. 17.

⁵² V. l'intervention du même rapporteur, *JOAN CR*, 1^{re} séance du 19 novembre 1992, p. 5718 ; voir aussi l'exposé des motifs du projet de loi n° 2599, p. 5.

⁵³ CADORE (B.) souligne l'impropriété de cette terminologie : « On parle, en effet, dans le grand public, de lois « bioéthiques ». C'est un peu un abus de langage, puisqu'il ne revient pas au droit de dire l'éthique, mais plutôt de fixer un cadre juridique pour une société, tel que chacun de ses membres puisse en toute liberté développer le meilleur de sa propre capacité éthique », revue *Soins*, n° 591-592, déc. 1994-janv. 1995.

⁵⁴ Loi n° 2004-800, 6 août 2004 : JO, 7 août.

reproductrices de l'individu⁵⁵ et l'œuf humain fécondé, à qui il ne manque que la gestation pour accéder à la vie, sans que son patrimoine génétique en soit modifié d'aucune sorte.

La confirmation récente :

En dépit de la résistance de quelques juges du fond qui ont admis l'adoption, la Cour de cassation n'a pas infléchi sa position, qu'il s'agisse d'une mère porteuse du premier type ou du second type. Ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 22 janvier 1992 a été cassé le 29 juin 1994⁵⁶ et la Cour de cassation a repris les attendus qu'elle avait développés en 1991.

Et ce, peu importe qu'il se soit écoulé du temps. Dans l'espèce soumise à la Cour le 9 décembre 2003⁵⁷, la femme ne pouvant plus avoir d'enfant, les époux avaient eu recours à une mère porteuse, une « amie » du mari. La fille qui en était née le 4 juillet 1987 avait été élevée au sein du couple, et la femme avait attendu douze ans avant de demander de l'adopter, ce que lui avait d'abord refusé le tribunal le 8 décembre 1999⁵⁸ puis la Cour d'appel de Paris le 1^{er} février 2001⁵⁹.

Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Rennes le 4 juillet 2002⁶⁰, les époux avaient fait porter leurs embryons par une mère porteuse californienne, et la mère biologique, une fois rentrée en France, avait tenté en vain de se les faire rattacher ; ces enfants n'ont pas de mère, la mère porteuse ne risque pas de les réclamer.

De même, dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 23 avril 2003⁶¹, la mère porteuse, anglaise et mariée, n'a même pas pu être débarrassée de l'autorité parentale.

b) Les fondements juridiques de l'interdiction

La maternité de substitution est prohibée car l'objet du contrat comme la cause sont illicites en raison des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Le Code civil n'énonce pas le principe de l'indisponibilité du corps humain. Ce silence s'explique car ce sont les progrès de la médecine et de la biologie qui en ont été le révélateur, spécialement avec la maternité pour autrui. Celle-ci a été l'occasion pour la Cour de cassation

⁵⁵ CORNU (G.), *Doit civil, La famille*, Montchrestien, coll. Domat ; 2003, vol. 2, n° 299.

⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-13.563 ; publié et commenté dans la GDP du 17 janvier 1995.

⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 01-03.927, n° 1644 F- P.

⁵⁸ TGI Paris, 8 déc. 1999, n° 1999/1836.

⁵⁹ CA Paris, 1^{er} févr. 2001, n° 2000/08814 : *R.T.D. civ.* 2001, p. 347, obs. J.HAUSER.

⁶⁰ CA Rennes, Chambre du conseil, 4 juillet 2002, n° 01/02471, D. et a. c/Ministère public.

⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère} 23 avr. 2003, n° 02-05.033.

d'énoncer ce principe. Il est à la base du système juridique tout entier⁶² et renvoie à la *summa divisio* entre les choses et les personnes. En effet, si la personne (indisponible) n'était pas différente de la chose (disponible), le droit perdrait son sens ultime puisqu'il vise à assurer des relations de justice entre les hommes. Il n'est donc pas étonnant que ce principe n'ait pas été consacré de façon explicite, le législateur ayant estimé superflu de le faire.

Ce principe peut être induit de certaines normes, ainsi que la Cour de cassation l'a fait dans l'arrêt de 1991. En premier lieu, il peut être induit de l'article 6 du Code civil qui dispose que « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*. Un autre fondement invoqué est l'article 1128 du Code civil, d'après lequel « *il n'y a que les choses dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* ». La portée de cet article est large car il concerne tant le rapport rémunéré que l'échange, même à titre gratuit, de certains objets chers à la société, qu'elle veut exclure du marché. « Hors de commerce » ne signifie donc pas « hors des échanges » mais « hors de toute transaction » : indisponible signifie que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes ; M.SERIAUX⁶³ en avait conclu que tel est le sens exact et *moderne* du principe de l'indisponibilité du corps humain. C'est cette analyse que l'Assemblée plénière vient de consacrer en invoquant expressément un tel principe.

Mais ce principe est relatif. Il ne peut être soutenu au regard de l'admission des multiples conventions qui portent sur le corps humain. En réalité, ce qui est illicite n'est pas qu'une convention porte sur le corps d'une personne, mais qu'elle ait pour objet de disposer de celle-ci, au sens de l'aliéner. L'application de l'article 1128 du Code civil aux personnes est quelque peu artificielle, car il n'a pas été conçu pour cela. On en déduit le principe d'indisponibilité du corps humain que de façon indirecte et grâce à une interprétation a contrario. De ce texte résulte que les actes de disposition ne concernent que les choses qui sont « dans le commerce ». Or, les personnes, par définition, ne sont pas des choses, ni « dans le commerce », ni « hors commerce ». Elles sont donc exclues d'un acte de disposition. C'est par ce biais qu'on parvient à fonder le principe de l'indisponibilité du corps humain sur cet article⁶⁴.

Ce rappel était nécessaire pour montrer le fantastique bouleversement opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en se référant au « principe d'ordre public de l'indisponibilité

⁶² ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°481.

⁶³ Note sous Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, *J.C.P.* 1990. II. 21256.

⁶⁴ ANDORNO (R), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préc. n°483.

du corps humain » qu'elle projette ainsi de l'imaginaire dans le droit positif. Sa création est effective aujourd'hui, d'autant plus que la Cour de cassation l'a réaffirmé.

Le contrat de gestation pour autrui heurtait de front et à un double titre le principe de l'indisponibilité du corps humain. L'obligation de la mère porteuse a en réalité un double objet. Elle s'engage d'une part, à une prestation qui concerne son propre corps (porter l'enfant et en accoucher). D'autre part, elle s'engage à remettre l'enfant au couple demandeur en vue de son adoption. M. CHABAS estime que si nous pouvons hésiter sur l'illicéité de l'acte de disposition du propre corps réalisé par la mère, la disposition du corps d'autrui -et même de la personne- ne laisserait pas de doute sur l'illicéité de l'opération⁶⁵.

Concernant la licéité de la première prestation, elle était pour le moins discutable à l'époque. Elle s'analysait en un acte de disposition d'une personne, la mère porteuse, ce qui est contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain (article 1128 du Code civil).

Mais est-ce une « location d'utérus » ? Cette qualification est inappropriée car le contrat de location a pour objet de permettre « moyennant un certain prix », l'usage et la jouissance d'une « chose » (article 1709 du Code civil) ? Or, l'engagement porte ici sur les propres fonctions reproductrices de la mère porteuse, soit un aspect essentiel de l'être même d'une personne, et non pas sur une « chose » qui relève de son *avoir*⁶⁶.

La législation récente tend à concéder à l'individu de plus en plus de pouvoir sur son corps au point qu'il est admis qu'il puisse en disposer partiellement. Cette constatation a conduit Mme BOURGAULT-COUDEVILLE à s'interroger sur le fait de savoir si l'évolution législative ne doit pas conduire à l'affirmation de la liberté de disposer de son corps et plus spécifiquement de la femme à disposer de ses fonctions reproductrices⁶⁷.

⁶⁵ « Il faut bien comprendre que l'obligation de la mère de substitution est double : elle s'engage, d'abord à une prestation qui concerne son corps : concevoir l'enfant, le porter et en accoucher ; elle promet, ensuite d'abandonner l'enfant en faveur des « acquéreurs ». La première prestation est d'une validité contestable. L'objet et la cause des conventions doivent être licites. Il n'est pas dit que les « bonnes mœurs », pour reprendre l'expression de l'article 6 du Code civil, admettent ce genre de prestation. (...). La seconde prestation est indiscutablement illicite et même immorale, et cela qu'elle soit à titre gratuit ou à titre onéreux. Il s'agit en effet d'une obligation qui a pour objet non pas seulement le *corps* humain, mais bien la *personne* humaine : l'enfant ». (CHABAS (F), « La procréation assistée. I^{ère} partie : la question des mères de substitution », *La Revue du praticien*, n°28 du 24 mai 1988, p. 58).

⁶⁶ ANDORNO (R.) *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°485.

⁶⁷ BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), *Liberté individuelle, maternité et droit*, sous la direction de Mme Dekeuwer-Defossez, 1999, Université de Lille II.

Elle analyse l'arrêt rendu par la chambre criminelle, le 1 juillet 1937, dans l'affaire des stérilisées de Bordeaux qui énonçait en ces termes que : « *les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer, sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public* ». C'était affirmer clairement que le consentement de la victime n'est pas de nature à légitimer un acte illicite au regard de la loi pénale. La raison invoquée en est simple, elle doit être recherchée dans le fondement de l'action publique⁶⁸.

Dans son commentaire de l'arrêt, le Professeur MAGNOL expliquait alors la solution en ce sens que : « *l'intégrité physique de l'individu, et plus spécialement la faculté de procréer, est certainement un de ces droits dont la conservation importe à la société et à la patrie comme à la famille* ». C'est donc l'intérêt de l'Etat, l'ordre public, qui interdit à un individu de disposer de sa faculté de procréer⁶⁹.

Aujourd'hui, le Code de la santé publique atteste de la possibilité de disposer de son corps, mais ce ne sont que des dérogations légales et la condition est la nécessité thérapeutique (art. 16-3 c. civ.): il n'y a pas de principe de libre disposition de son corps par la personne. Ces dispositions étant d'ordre public, il est impossible pour la femme de disposer de ses organes reproducteurs hors le cas où l'opération est commandée par une nécessité thérapeutique. Donc le consentement est essentiel quand l'atteinte à l'intégrité physique est licite mais il ne peut pas rendre licite l'atteinte en l'absence d'un intérêt thérapeutique.

La femme ne peut donc disposer librement de ses fonctions reproductrices, le fondement étant l'ordre public.

Quant à M.LABBEE, il s'est interrogé sur le droit de l'individu sur son corps⁷⁰.

La première possibilité serait d'invoquer le corps, objet d'un droit évoquant la propriété. Ainsi, le titulaire bénéficie de *l'usus*, de *l'abusus*⁷¹ et du *fructus*. L'individu peut donc faire tous les actes sur son propre corps, la limite étant l'ordre public. La gestation pour autrui serait donc illicite sur ce fondement. Mais la notion de « propriété » n'est pas satisfaisante car l'homme ne s'est pas créé seul.

⁶⁸ « La répression a, en effet, pour but d'assurer la satisfaction de l'intérêt général, non celle des intérêts particuliers. Elle ne saurait donc être sous la dépendance d'une volonté individuelle ». P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et criminologie*, T. 1 Droit pénal général par P. BOUZAT, Dalloz 1970, 2 éd. Sur le consentement de la victime : v. p. 373 et s., n° 301.

⁶⁹ P. BOUZAT, op. cit. n° 311, p. 383.

⁷⁰ LABBÉE (X.), « Le corps humain, objet de propriété divine? » in *Revue Politeia* : « Droit à la vie, droit à la mort, un droit constitutionnel ? ». n° 3, p. 91, 2003.

⁷¹ Ce qui justifierait l'impunité du suicide et de l'automutilation.

L'autre possibilité serait d'invoquer le corps humain, objet d'un droit évoquant la notion de détention ou d'usufruit. Il faudrait redécouvrir dans le Code civil les « choses communes » de l'article 714. Le corps humain, chose commune, n'appartiendrait à personne. Pour autant, cela n'exclut pas son appartenance à une entité supérieure, non appréhendée par le droit objectif, tel que Dieu, la Nature ou l'Humanité. L'individu est créé par Dieu et chaque personne aurait un droit d'usage sur son corps. Le respect du corps humain aurait pour fondement ce caractère sacré, ce dernier permettant de justifier les interdictions sur les conventions les plus graves.

Parmi les critiques adressées à la maternité pour autrui, les plus importantes sont la réification de la femme, son exploitation, sa marchandisation, ainsi que la durée de la gestation.

En effet, celle qui accouche ne semble pas agir en tant que personne. La femme donne l'impression de jouer ici le rôle d'un « outil de production »⁷², du fait qu'elle met au service d'une tierce personne ce qu'elle a de plus intime à son être, ce qui la distingue en tant que femme : sa capacité gestationnelle. Par ce moyen, ne se nie-t-elle pas en tant que personne⁷³ ? Par ailleurs, un auteur a souligné que l'adultère procréatif est perçu comme profondément immoral parce que le tiers-géniteur est instrumentalisé dans la partie la plus intime de son être au profit du couple⁷⁴. L'argument de réification a été contesté en invoquant qu'il y a beaucoup de situations dans lesquelles on se sert des personnes comme de « moyens » pour parvenir à des résultats utiles. Mais les opposants ont affirmé qu'il y a une différence essentielle entre rendre un service en tant que personne (une femme qui fait le travail de ménage) et le faire à l'encontre de sa propre dignité, comme une chose (la « maternité de substitution »). C'est une pratique réificatrice car la nature des « services », si intimes à la personne de la mère, n'admet pas de comparaison avec un travail quelconque⁷⁵.

Une deuxième objection avancée au recours à des mères de remplacement concerne le risque d'une nouvelle forme d'exploitation de la femme⁷⁶, surtout si cette pratique est rémunérée. Il faut envisager la situation de femmes riches, non stériles, qui ne désirent pas subir les

⁷² ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préc., n°466.

⁷³ Mme Claire NEIRINCK a souligné à ce propos que « la mère porteuse, en mettant ses forces reproductrices au service d'un couple, permet à celui-ci d'atteindre un but auquel elle n'est pas partie. Dans cette convention, elle perd sa qualité de sujet » (« Commentaires des projets de loi relatifs à l'éthique biomédicale », *Les Petites Affiches*, 22 juin 1992, n°75, p. 5).

⁷⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (D.), « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.civ. Avril-juin 1995*, p. 264.

⁷⁵ ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préc., n°467.

⁷⁶ *Ibid.* n°470.

désagréments de la grossesse et payant des femmes pauvres en échange de la gestation d'un enfant. Ce serait une nouvelle forme d'esclavage des plus démunis matériellement⁷⁷. Mais la gratuité de l'acte n'est pas une garantie contre les abus. La réification reste intacte et l'absence de prix n'est parfois qu'apparente⁷⁸. La gratuité peut également par elle-même entraîner des effets pervers à long terme : la diffusion de la pratique comme étant un acte de générosité risque de soumettre les proches parents de la femme stériles (sœurs et cousines) à des pressions insupportables de la part de l'entourage familial pour porter un enfant à la place de celle-ci.

Par ailleurs certains craignent une dérive vers la marchandisation du corps humain rendue possible par le contact direct entre donneurs et bénéficiaires jusque là étranger les uns des autres.

Une autre explication de l'interdiction réside également dans la durée de la gestation qui peut être source de graves complications. D'une part, le laps de temps augmente le risque de rétractation soit de la mère gestationnelle, soit du couple demandeur. Ensuite, la durée de la gestation augmente considérablement l'investissement de la donneuse, contrairement au don de gamètes. L'interdiction traduit la volonté de protéger une personne contre les atteintes qu'elle-même pourrait décider de porter à son propre corps. On rejoint ici le terrain de l'ordre public de protection individuelle, qui élève un intérêt privé au rang d'ordre public « lorsqu'il procède d'une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale⁷⁹ ».

Quant à la seconde prestation, elle est illicite étant donné qu'elle a pour objet la cession, non pas d'une chose voir d'un élément du corps humain, mais d'une personne, l'enfant. L'obligation principale pour la mère porteuse est la remise de l'enfant à la naissance. C'est pourquoi le contrat a pu être qualifié de « cession d'enfant »⁸⁰. Cet acte se rapproche plutôt d'une vente ou d'une donation. Or, depuis l'abolition de l'esclavage, les personnes ne peuvent pas être vendues ou données, car elles sont des sujets et non pas des objets de droit. Le débat

⁷⁷ M. François TERRE met en alerte contre le risque d'un nouvel esclavage : « la mère porteuse ne se met-elle pas à ressembler à l'esclavage antique lorsque la maternité devient mercantile ? Il y a une tentation de l'esclavage » (*L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, p. 16).

⁷⁸ En France, le « dédommagement des contraintes entraînées par le prêt d'utérus » était estimé à 50.000 F en 1987 (F. GIRAUD *Mère porteuse et droits de l'enfant*, Paris, Publisud, 1987, p. 23). Bien qu'on évite de parler de « prix », n'est-il pas révélateur d'une fausse gratuité le fait que ce « dédommagement » équivaut exactement aux 10.000 dollars payés comme « prix » aux Etats-Unis aux mères porteuses ?

⁷⁹ CORNU (G), *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 9^{ème} éd., n° 341.

⁸⁰ DEVOIS(MC) et FORGET(A), *Contribution juridique à l'étude de l'acte médical anténatal*, thèse droit Paris, 1989, p. 131.

de la réification de la mère est donc suivi du débat de la réification de l'enfant. Dans son avis du 23 octobre 1984, le Comité consultatif national d'éthique a pris position dans ce sens⁸¹.

Relativement à l'enfant, la convention porte sur sa vie et son développement prénatal. Elle a pour objet un être humain à venir. La gestation marque l'enfant dont on ne peut nier l'importance de la vie intra-utérine. Il y a bien convention sur le corps humain dans son ensemble. C'est ainsi que certains magistrats et auteurs partagent l'opinion que le corps humain dans son entier est indisponible, « *hors de toute transaction* »⁸². C'est ce que sous entend le Code civil. L'ensemble de ces considérations permet de conclure à la nullité du contrat de mère porteuse en raison de l'illicéité de son *objet*.

La pratique de la gestation pour autrui est critiquée car elle porte atteinte au principe de l'indisponibilité du corps en raison du phénomène de la réification de la femme, de son exploitation, de sa marchandisation... Toutefois, nous verrons qu'il existe de nombreux contre arguments (Section I, II, B).

Mais les contrats de gestation pour autrui semblaient également heurter le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. L'état d'une personne consiste en sa situation, son statut, sa condition juridique qui peuvent englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit⁸³. Le principe d'indisponibilité, consacré par l'arrêt du 31 mai 1991, n'est écrit nulle part dans les textes. Il a été induit par la doctrine⁸⁴ de l'article 311-9 du Code civil en vertu duquel « *les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciations* »⁸⁵. Cela signifie que les particuliers n'ont pas le pouvoir de modifier ces situations juridiques à leur gré par des conventions, comme ils peuvent le faire de leurs biens⁸⁶ puisque l'ordre public est concerné. Reflet de notre personnalité, l'état ne peut pas en être

⁸¹ « Le recours à cette pratique est dans l'état du droit illicite. Elle réalise la cession d'un enfant. Un tel contrat ou engagement est nul par son objet et est contracté en fraude à la loi relative à l'adoption ». Dans le même sens : le rapport effectué à la demande du Premier ministre par la section du rapport et des études du Conseil d'Etat sous la direction de M. Guy BRAIBANT (Doc. Fr. 1988, p. 61) ; la résolution sur la fécondation *in vivo et in vitro* du Parlement européen du 16 mars 1989 (OPOCE, Luxembourg, 1990) ; le rapport « Aux frontières de la vie », remis en 1991 au Premier ministre par Noëlle LENOIR (Doc. Fr p. 199).

⁸² POISSON-DROCOURT (E), *Recueil Dalloz* 2004, Jurisp. p. 1998.

⁸³ CORNU (G), *Vocabulaire juridique ; Droit civil*, PUF, 2002.

⁸⁴ Pour M. A. SERIAUX, il s'agit même de la consécration, certes tardive et localisée, du principe de l'indisponibilité de l'état, *J.C.P.* 1990.II.21526, préc.

⁸⁵ HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil, la famille*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., n° 517.

⁸⁶ PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 4^{ème} éd. par RIPERT et BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1948, n° 459.

détaché car, surtout en matière de filiation, il fait référence à des rapports institués par le droit et non pas à des rapports négociés⁸⁷.

Sur ce point, l'Assemblée plénière avait suivi la première chambre civile de la Cour de cassation selon laquelle la maternité de substitution contrevient au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elle a « *pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus à la future mère* »⁸⁸. Il est question ici de la cause du contrat, c'est-à-dire du mobile déterminant des parties. Dans la mesure où le but recherché par les parties est de disposer de l'état de l'enfant (et de celui de la mère de substitution), on peut penser que le contrat ayant une cause illicite est nul.

Pour certains auteurs, la maternité de substitution est « choquante » du point de vue de l'éthique car elle repose sur un contrat qui implique renonciation anticipée de la femme concernée en sa qualité de mère. L'état des personnes ne peut être modifié que dans la limite de la règle légale comme en matière d'adoption ou de don d'ovocyte. Il y a dissociation de la maternité en conséquence de laquelle l'état civil ne correspond plus à la filiation réelle de l'enfant, tout au moins pour sa part biologique. Mais, ce sont des exceptions admises par la loi. L'adoption, il est vrai, permet à des personnes qui ne sont pas les véritables parents de l'enfant de devenir légalement « père » et « mère ». L'acquisition de cet état ne se fait pas en vertu d'un simple accord privé, mais par l'autorité de justice. La cause du changement d'état civil de l'enfant ne se trouve pas dans la volonté des parents mais dans l'autorité du juge, qui est celui qui crée le nouveau lien de filiation. L'adoption n'est pas un contrat mais une institution⁸⁹.

A la différence de ces exceptions, la maternité de substitution, l'abandon et l'adoption ne sont que la phase licite d'un processus illicite en raison du don de gestation qui les a précédés.

Le contrat de gestation pour autrui est donc nul en raison des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. De cette interdiction découlent des sanctions qui, toutefois, s'avèrent inefficaces.

2 – L'inefficacité de l'effet dissuasif des sanctions

En vertu des articles 6, 1128, 311-9 et 16-7 du Code civil, les juridictions en concluent que tout manquement au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes constitue un détournement de l'institution de l'adoption (a). La

⁸⁷ EDELMAN (B.) et LABRUSSE-RIOU (C.), obs. sous Paris, 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991.II.21653, n°18.

⁸⁸ Civ. 1^{ère} 13 déc. 1989, préc.

⁸⁹ CORNU (G.), *Droit civil, La famille*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1993, n°274.

réprobation de la maternité pour autrui peut être atteinte par une autre voie : il existe aussi des sanctions pénales (b).

a) L'injustice de la sanction civile

Le dernier obstacle à la maternité pour autrui signalé par la Cour de cassation et la doctrine est le « détournement de l'institution » de l'adoption, ce qui entraîne son refus par les tribunaux.

Que signifie le « détournement de l'institution » ? La doctrine s'est efforcée de préciser qu'elle a un sens propre⁹⁰, bien qu'elle soit proche d'autres figures. Le détournement se distingue de la fraude en ce qu'il ne suppose pas l'emploi de procédés contraires au droit ; en l'espèce, les conditions de l'adoption sont réunies et apparemment satisfaites. Ce procédé se distingue également de la simulation, car derrière l'acte constitutif du détournement on ne trouve pas un acte occulte qui en contredirait les termes. Il se distingue également de l'abus car finalement personne n'est véritablement victime. Le détournement a donc une nature propre. C'est l'utilisation d'une fiction légale en dehors du cadre dans lequel elle était prévue⁹¹. Nous pouvons parler d'une « adoption pervertie », voire d'une « adoption à tout faire »⁹². Cette figure n'est pas entièrement nouvelle. La jurisprudence a déjà eu à faire à ce phénomène en droit de la famille relativement aux mariages « blancs »⁹³ ou aux adoptions visant des objets étrangers à l'institution⁹⁴. D. FENOUILLET s'interroge d'ailleurs sur l'existence d'une théorie générale du détournement d'institution familiale⁹⁵. Pour les maternités de substitution, la sanction du détournement est la nullité. Cela est justifié pour M. ANDORNO⁹⁶ car, dans ce cas, il s'agit de sanctionner la convention illicite elle-même qui a précédé la manœuvre et que celle-ci vise à valider.

La Cour de cassation a estimé qu'il y avait dans l'affaire des maternités pour autrui un détournement de l'institution de l'adoption car l'adoption, telle qu'elle a été conçue par la loi,

⁹⁰ BOULANGER (F.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *J.C.P.* 1993, I, 3665.

⁹¹ HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme » in *Mélanges Terré*, 1999, p. 443.

⁹² HAUSER (J.), « L'adoption à tout faire », *D.* 1987 Chr. 205.

⁹³ Paris, 20 sept. 1986, *D.* 1987, 124, note MAYER (D.).

⁹⁴ Par exemple, soustraire l'enfant à la famille du parent pré-décédé (Cass. Civ. 1^{ère}, 2^{ème} arrêt, 7 mars 1989, *D.* 1989, 477, note HAUSER (J.)).

⁹⁵ FENOUILLET (D.), « Le détournement d'institution familiale » in *Mélanges Philippe Malaurie*, éd ; Defrénois, 2005, p. 237. En conclusion, elle estime que « le droit n'est pas qu'un jeu et que les institutions, notamment familiales, échappent, dans leur destination, à la libre volonté des sujets ».

⁹⁶ ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., 1996, n°497.

visé à donner une famille à un enfant qui en est dépourvu, soit légalement (aucune parenté n'est établie), soit moralement (ses parents se désintéressent de lui). Dans les deux cas, l'objectif primordial de la loi est d'aider l'enfant en détresse et ensuite seulement de combler le désir d'enfant du couple. Elle estime que le but de l'adoption est faussé, car, dans la maternité pour autrui l'enfant est conçu pour être abandonné par sa mère et ensuite être adopté par le couple commanditaire. L'institution de l'adoption est ainsi utilisée comme un instrument pour déguiser a posteriori l'accord préalable entre la mère porteuse et le couple⁹⁷. Pour M.HAUSER, la condamnation du procédé était une nécessité, malgré les avis divergents, si l'on voulait continuer à endiguer à peu près le déferlement des adoptions instrumentalisées⁹⁸.

Mme GOBERT critique l'argument du détournement de l'adoption tel qu'il est exprimé par la Cour de cassation. Elle souligne que l'objet de l'adoption est plus large que celui de secourir les enfants abandonnés, du moment que la loi permet aux parents de consentir valablement à l'adoption de leur enfant (art. 347, al. 1, C. civ.). Dans le montage de la maternité de substitution, « le consentement à adoption est normalement donné par le père »⁹⁹. Il est vrai que si l'on isole l'adoption de la convention, le seul consentement du père, dont le sperme a été utilisé pour l'insémination, suffit aux fins d'adoption par son épouse et respecte la loi. Si la mère a accouché « sous X », son consentement ne sera pas nécessaire car du point de vue juridique, elle ne jouit pas de « l'état de mère » de l'enfant. De plus, la loi cherche à favoriser l'adoption de l'enfant du conjoint, afin de mieux l'intégrer dans le foyer. Dans ces cas, elle dispense de l'obligation de remettre l'enfant âgé de moins de deux ans à l'aide sociale à l'enfance (art. 348-1 C. civ.). M.ANDORNO en conclut que dans les deux cas des « mères de substitution », ce n'est pas la procédure légale relative à l'adoption qui n'est pas respectée, mais l'esprit de cette institution, d'où le « détournement de l'institution » et non la fraude.

Les procédures d'adoption plénière fournissent aux tribunaux de grande instance des occasions de jurisprudence hostile en matière civile lorsque l'enquête révèle, grâce à une indiscretion familiale, l'intervention d'une mère gestationnelle. En matière gracieuse, selon l'article 26 du nouveau code de procédure civile, le tribunal peut en effet fonder sa décision, en l'espèce le refus de prononcer l'adoption plénière, sur tous faits relatifs au cas, même non

⁹⁷ M.ATIAS soutient que les dispositions légales impératives fixant les conditions de l'adoption sont transgressées ATIAS (CH.), « Le contrat de substitution de mère », *préc.*, D. 1986, Chr. p. 67.

⁹⁸ « La seule considération du résultat ne suffit en général pas à exclure la légitimité du procédé ; c'est en replaçant l'utilisation dans l'ensemble du système juridique considéré que la condamnation se trouve justifiée au nom de sa cohérence générale ». HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », *préc.*

⁹⁹ GOBERT(M), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », p. 522, n° 34, *préc.*

allégués par la demanderesse. A plus forte raison le tribunal prend-il en compte, en matière contentieuse, la réclamation faite par un tiers opposant.

Une question de droit posée à la Cour de cassation a été de savoir s'il est permis au juge, saisi d'une requête à fin d'adoption de l'enfant du conjoint, de vérifier le caractère complaisant ou véridique de la reconnaissance paternelle¹⁰⁰.

Quelque soit le type d'adoption, le juge a pour mission, au terme de l'article 353 du Code civil, de contrôler à la fois la légalité et l'opportunité de celle-ci. En vertu de ces articles, la Cour de cassation en a déduit que le juge peut procéder, même d'office, à toutes les investigations utiles, y compris un examen comparé des sangs. Il convient néanmoins de souligner que la recherche de compatibilité sanguine n'exclut nullement le risque de mère porteuse lorsque l'auteur de la reconnaissance est effectivement le géniteur¹⁰¹. L'efficacité du procédé apparaît donc limitée aux seuls véritables trafics d'enfants non rattachés au couple adoptant. Quoi qu'il en soit, la position de la Cour de cassation ne s'écarte en rien de celle du législateur. En effet, après avoir entériné la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la prohibition de la maternité de substitution (article 16-7 du Code civil), le législateur a introduit à l'article 339 alinéa 2 du Code civil¹⁰² la possibilité pour le ministère public d'agir en contestation de reconnaissance lorsque celle-ci a été souscrite en fraude des règles régissant l'adoption. Cet arrêt rappelle également que l'adoption n'est pas qu'une affaire privée ; elle demeure avant tout une institution. Un conseil pour les couples qui ont recours à ce type de convention, et demande l'adoption par la suite, est de refuser l'expertise sanguine.

Mais, cette décision est lourde de conséquence pour l'enfant, car, si le ministère public agit en contestation de reconnaissance paternelle, l'enfant sera dépourvu de toute filiation et vie familiale normale et sera « replacé » dans le long et pénible circuit de l'adoption.

Enfin, l'indivisibilité entre la convention et l'adoption de l'enfant dont il est issu serait évidente¹⁰³, l'illicéité de l'une suffit à entraîner l'illicéité de l'autre. La cause de l'une est la cause de l'autre, et, la cause étant contraire à l'ordre public en vertu de l'article 1133 du Code civil, l'illicéité de la convention doit être prise en considération. S'agissant d'une opération globale, le juge pourrait sanctionner directement sur le plan de la légalité. Donc le dernier motif invitant à condamner la pratique est que l'adoption est la fin d'un processus d'ensemble

¹⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ. 16 fév. 1999, *D.* 2000, Somm. p. 170, note VASSEUR-LAMBRY (F.).

¹⁰¹ V. VASSAUX (J.), Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption, *Rev. Jur. Personne et famille*, sept. 1999, n°6, p. 20.

¹⁰² Loi 96-604 du 5 juillet 1996, *D.* 1996, Lég. p. 329.

¹⁰³ En ce sens, *D.* 1991, jurisp. p. 380, note LARRIBAU –TERNEYRE (V.).

dont il est artificiel de l'isoler. Elle n'est que la partie, l'ultime partie d'un tout¹⁰⁴. Le contrat étant nul, admettre l'adoption serait donner indirectement force de loi à cette convention.

Mais ce raisonnement conduit à ne voir l'enfant que comme objet de cette convention, ce que l'on reproche précisément aux parents. Certes, le montage juridique constitue un détournement de l'institution de l'adoption, mais uniquement du point de vue des parents ; ce n'est pas un détournement de l'institution du point de vue de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁵.

Il en résulte que toute cette jurisprudence présente un point faible. Selon l'article 353 du Code civil, le juge saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière vérifie si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Or en l'occurrence le prétendu droit de l'enfant ne coïncide pas avec son intérêt. Imaginons la situation d'un enfant conçu en éprouvette, avant son transfert dans l'utérus de la mère porteuse, au moyen d'un ovule de la femme stérile par inaptitude à la gestation et d'un spermatozoïde de son mari. Le refus par le tribunal de prononcer l'adoption plénière prive cet enfant d'un avantage concret et primordial : son admission au statut d'enfant légitime de ses vrais parents génétiques. Simple enfant naturel ou adultérin de son père, il demeurera sans lien de filiation maternelle. Un tel problème mérite que les juridictions portent un nouveau regard au moins sur lui. En effet, le refus de l'adoption ne profite à personne¹⁰⁶. Enfin nous pensons que la dissuasion résultant de la jurisprudence est trop aléatoire pour s'avérer efficace. Est-ce la même remarque pour les sanctions pénales ?

b) L'inexistence des sanctions pénales

En droit français, seuls les intermédiaires sont punis pénalement, contrairement aux mères porteuses et leurs clients. Toutefois, les risques de poursuites pénales sont faibles.

La « punissabilité » des intermédiaires et ses limites :

En premier lieu, le Code pénal réprime les délits de provocation d'entremise. L'article 227-12 du Code pénal, avec deux alinéas nouveaux issus de la loi du 29 juillet 1994, puni de la même façon que l'entremise en matière d'adoption, « *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 leur remettre* », les faits commis à titre habituel ou dans un but lucratif entraînant le doublément des peines. Les peines sont d'un moins six mois d'emprisonnement et peuvent

¹⁰⁴ Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, préc

¹⁰⁵ D., 1992, Somm. p. 59, note DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.).

¹⁰⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.civ*, (2) avr-juin 1995 p. 250 et spéc. 269

aller jusqu'à 15000 euros d'amende. S'ajoutent à ces peines principales les peines complémentaires habituelles. Il convient de souligner que ce nouvel alinéa trouve ses origines dans l'article 353-1 de l'ancien Code pénal qui réprimait le délit de provocation à l'abandon ainsi que d'entremise à l'adoption. Il vise à assurer de façon plus spécifique que ne le faisait l'article initial du nouveau code le respect de l'interdiction de maternité pour autrui, expressément énoncé à l'article 16-7 du Code civil. Quant aux personnes morales, elles encourent, en vertu des articles 121-2, 131-9, et 227-14 du même code, une amende et des peines complémentaires. Mais la dissolution et le placement sous surveillance judiciaire sont exclus pour les hôpitaux, personne morale de droit public.

En second, lieu sont punis les délits d'assistance médicale illicite. Selon le article 511-24 du Code pénal, *le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L 2141-2 du Code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.* Selon l'article L 2141-2 dudit Code, *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.*

En l'espèce, il en résulte que le père génétique de l'enfant et la mère porteuse ne constituent pas un couple de gens mariés ou de concubins. Aucun des deux en outre, notamment la mère porteuse choisie en raison de sa fécondité, ne souffre d'une infertilité pathologique ou ne porte une maladie d'une particulière gravité transmissible à l'enfant. Le médecin qui constate ces faits doit donc refuser son office¹⁰⁷.

Est puni également le délit d'utilisation illicite du sperme. Selon le Code de la santé publique, toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et tout mélange de sperme sont interdits. Le Code pénal réaffirme cette interdiction : *le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons est puni de deux ans d'emprisonnement et de 3000 euros d'amende.*

Or il apparaît à l'évidence que l'insémination artificielle de la mère porteuse, lorsque les contractants choisissent cette méthode simple, implique l'usage du sperme frais provenant

¹⁰⁷ Mais il n'est pas rare en pratique que les médecins français confrontés à ce type de situation envoient leurs patients à des confrères étrangers.

d'un don émanant de l'homme qui forme le couple avec son épouse stérile. Là encore le médecin devrait refuser son concours.

Ces dispositions ne valent évidemment que sur le territoire national français (article 113-2 du Code pénal). S'ils sont commis à l'étranger, les faits ne seront punissables que s'il y a une condition de réciprocité c'est-à-dire si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis (article 113-6 alinéa 2 du Code pénal). A ce titre, une ordonnance de non lieu du tribunal de grande instance de Créteil en date du 30 septembre 2004¹⁰⁸ a confirmé que : « *les faits visés à l'encontre des deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours à une mère pour autrui avec don d'ovocytes, prohibé en France mais autorisé aux Etats-Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national* ».

L'impunité des mères porteuses et leurs clients :

La loi du 29 juillet 1994 a sciemment refusé d'incriminer la convention de mère porteuse. Le législateur a estimé que ce comportement, peu recommandable, n'appelait pas une réponse pénale. Le refus des pénalités fut fondé sur l'état de détresse des couples et des mères de substitution¹⁰⁹.

Les dispositions répressives de l'article 227-12 du Code pénal ne permettent pas la condamnation pénale des mères porteuses et des membres du couple commanditaire en tant qu'auteurs principaux d'un délit consistant dans la conclusion de leur contrat, car l'article en question n'institue pas un tel délit. La question est alors de savoir si les membres du couple commanditaire peuvent être poursuivis pour provocation à l'abandon d'enfant, selon l'article 227-12 ?

Nous pourrions soutenir qu'ils provoquent par un don ou une promesse de don ladite mère porteuse à abandonner son enfant à naître. Nous n'avons cependant trouvé mention d'aucune jurisprudence en ce sens postérieurement à l'entrée en vigueur en 1994. En revanche, en vertu des articles 121-6 et 121-7 du Code pénal, ils pourraient être poursuivis, comme complice¹¹⁰ de l'entremise en tant que clients des entremetteurs. Bien évidemment, en l'absence d'entremetteur, le couple n'encourt aucune poursuite.

¹⁰⁸ D. 2005, n°7, p. 476.

¹⁰⁹ Rapport AN n° 2871, t. 1, p. 140.

¹¹⁰ La complicité consiste en effet non seulement à faciliter sciemment par aide ou assistance la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit, mais aussi à provoquer l'infraction par don, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir pour la commettre.

Toutefois, l'article 227-13 du Code pénal précise que « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines* ». Ces dispositions peuvent concerner les couples hétérosexuels, quand l'épouse se déclare mère de l'enfant, en lieu et place de la femme qui a porté l'enfant. La valeur protégée par cet article est la faculté pour l'enfant d'établir sa filiation à partir des indications portées sur son acte de naissance.

Quant à la mère porteuse, dans l'hypothèse où elle demande lors de son accouchement le secret de son admission et de son identité, elle n'abandonne pas, en droit strict, son enfant puisqu'à aucun moment elle ne sera légalement sa mère.

L'abandon d'enfant constitue d'ailleurs une démarche parfaitement licite et réglementée par la loi, mais ouverte aux seuls parents attestés par l'état civil. En vertu des articles 61 et 62 du Code de la famille et de l'aide sociale, 348-3 et 350 du Code civil, 1158 à 1163 du Nouveau code de procédure civile, il suffit à la personne investie des droits parentaux de confier l'enfant à un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance (A.S.E.) ou même à un particulier, puis de s'en désintéresser manifestement pendant une année, n'entretenant avec lui aucune relation nécessaire au maintien des liens affectifs. Le tribunal de grande instance peut dès lors déclarer l'enfant abandonné à la requête de tout intéressé.

Une autre formule, plus élaborée, consiste pour la mère à remettre l'enfant expressément au service de l'A.S.E. en vue de admission comme pupille de l'Etat, à faire mentionner sur le procès verbal de remise de son consentement à l'adoption et à s'abstenir de rétracter ce consentement dans les trois mois par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Enfin il convient de préciser qu'il y a une différence entre l'abandon et le délaissement. Ne demeurent pénalement punissables que les délaissements, abus cruels de l'abandon. Les articles 227-1, 227-2 et 227-29 du Code pénal punissent le délaissement d'un enfant âgé de moins de quinze ans de peines criminelles en cas de mort, de mutilation ou d'infirmité permanente consécutive à ce délaissement et de peines correctionnelles si cet acte n'a pas occasionné la mort, la mutilation ou l'infirmité permanente, sauf exonération de culpabilité lorsque les circonstances du délaissement permettait d'assurer la santé et la sécurité de l'enfant délaissé. Bénéficierait à l'évidence de l'exonération de culpabilité, en raison de son soucis initial de trouver un couple d'accueil, puis de la licéité de son accouchement clandestin, la mère porteuse poursuivie pour délaissement non aggravé.

L'appréciation des risques de poursuites pénales :

La conclusion du contrat de gestation pour autrui, qui nécessite une entremise tierce et l'intervention d'un praticien qualifié violant sciemment la loi ou induit en erreur, impliquent donc la commission de plusieurs infractions pénales.

Cependant, il est douteux que ces infractions parviennent à la connaissance des procureurs de la République et donnent lieu à poursuites devant les tribunaux correctionnels. La première raison est qu'il s'agit souvent d'infraction sans victime. La seconde raison tient au secret professionnel obligeant médecins et assistantes sociales, sauf exceptions. En vertu des articles 226-13 et 226-25 du Code pénal, les peines sont de un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende n cas de révélation du secret. Autant dire que nul médecin ne s'avisera de dénoncer, s'il en acquiert connaissance, un délit en rapport avec le « louage d'utérus ».

Mais ce qui est interdit en France ne l'est pas à l'étranger.

B – La faveur du droit étranger à l'égard de la convention de gestation pour autrui

Malgré des tendances contradictoires (1), certains Etats autorisent cette pratique à des conditions strictes (2).

1 – Des tendances contradictoires

Face au progrès médical et notamment s'agissant de la gestation pour autrui, tous les pays n'ont pas réagi de la même façon (voir annexe 1). Certaines législations, en raison des obstacles sont restées silencieuses, laissant à la pratique et à la déontologie le soin d'encadrer la procréation médicalement assistée. D'autres ont fait le choix du libéralisme. D'autres ont une attitude prudente, voire de défiance.

a) Les pays interdisant

Dans les pays européens, nombreux sont ceux qui ont choisi la prohibition¹¹¹. L'Allemagne interdit la maternité de substitution sous ses deux formes, dans la loi de 1989 sur l'entremise en matière d'adoption et l'interdiction d'entremise en matière de mère de substitution et, dans

¹¹¹ Pour un exposé détaillé de la situation des Etats membres de la Commission internationale de l'état civil, voir GRANET (F.), « *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CICE* », site Internet <http://www.ciec1.org>

la loi du 13 décembre 1990 qui sanctionne pénalement le transfert d'ovules provenant d'une femme à une autre femme. L'Espagne prohibe également de manière absolue la maternité de substitution par la loi n° 35/1988 du 22 novembre 1988 relative aux techniques de procréation assistée. En Autriche, la loi sur la médecine de la reproduction, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992, interdit le don d'ovules et a fortiori la gestation pour le compte d'autrui. La Constitution fédérale suisse contient un nouvel article 24 introduit par le référendum populaire le 17 mai 1992, où, parmi différents principes qui visent à protéger la famille, on peut lire que « le don d'embryon et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits ». L'Italie a adopté la loi n°40 du 19 février 2004 qui figurera parmi les moins permissives et qui interdit les dons d'ovules et de spermatozoïdes, le recours à une mère porteuse et la congélation d'embryon. Aux Pays-Bas, l'article 151 b et c du Code pénal réprime les conventions de maternité de substitution à titre onéreux, et, au civil la convention sera jugée contraire à l'ordre public. Le Québec, qui respecte la liberté individuelle et le principe de l'intérêt de l'enfant, connaît la même réticence que la France devant la maternité de substitution, mais le législateur québécois semble faire de la filiation de l'enfant l'instrument de l'égalité des adultes¹¹².

b) Les pays autorisant ou sans législation

A l'opposé, le Royaume-Uni et les Etats-Unis témoignent d'une grande tolérance vis à vis de la maternité de substitution, mais ils se soucient de la personne ; ils respectent la liberté individuelle, donc la liberté de contracter, tout en étant sans doute plus pragmatique, et pour l'Angleterre du moins, en fixant des limites¹¹³. Quant à l'Etat d'Israël, il a adopté une position originale en prohibant la maternité de substitution, mais en autorisant la gestation pour autrui, toutefois assorti de limites¹¹⁴. La Grèce a légitimé la gestation pour autrui en 2002.

Puis certains Etats n'ont pas pris de législation spécifique sur les maternités de substitution, ce qui rend possible ce type de pratique. Ainsi, c'est le cas de la Belgique et du Luxembourg. En Hongrie, les dispositions qui avaient été votées en la matière ont été supprimées par une loi nouvelle avant même d'être entrée en vigueur, à cause des difficultés qu'elle aurait pu provoquer en droit de la filiation ; mais sont prévues des sanctions pénales à l'encontre des conventions de maternité de substitution (comme aux Pays-Bas). En Turquie, le nouveau Code civil du 22 novembre 2001 ne traite pas de la question.

¹¹² LAVALLÉE (C.), *Adoption et maternité de substitution*, colloque Montréal 1997, *Journ. du droit des jeunes*, 1998, n°179, p. 30.

¹¹³ FLAUSS-DIEM (J.), « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.* 1996, p. 856.

¹¹⁴ MAIMON (N.), « Législation en matière médicale: la prise de décision », *Gaz ; Pal.*, 1998 (1^{er} semestre), p. 531 et suiv.

2 – La légalisation de la pratique de la gestation pour autrui

Les pays autorisant la gestation pour autrui explicitement sont le Royaume-Uni (a), les Etats-Unis (b) et la Grèce (d). En Belgique, l'absence de réglementation a pour conséquence de l'autoriser implicitement (c).

a) La pratique de la gestation pour autrui au Royaume-Uni

L'affaire Baby Cotton a défrayé la presse de l'époque¹¹⁵. Une femme, avec l'accord de son mari, avait accepté de servir de mère porteuse à un couple d'américains. A sa naissance, le 4 janvier 1984, le bébé a été placé à l'aide sociale quelques jours avant que le juge ne vienne donner l'autorisation au couple qui l'avait commandé de l'emmener aux Etats-Unis. Kim Cotton a ensuite porté pour son amie, Lynda Maine et son mari, des jumeaux qui sont nés en juillet 1991.

En effet, les mères porteuse du second type existent ouvertement en Angleterre : Bourn Hall, la clinique où P. STREPTOE et E. EDWARDS ont réalisé la première fécondation in vitro dans le monde, accueille, mais en vérifiant qu'il s'agit d'un acte de générosité, les couples qui viennent avec la femme qui accepte de porter l'enfant pour eux. Kim Cotton a fondé une association, C.O.T.S¹¹⁶, qui met en contact des couples demandeurs et des femmes volontaires pour porter l'enfant. Le montant de la cotisation est assez élevé, mais les grossesses de substitution ne sont pas rémunérées, et l'association évite ainsi l'illégalité.

La législation anglaise sur les mères de substitution est passée d'une grande sévérité à une tolérance moins grande. Tout d'abord, en 1984, le rapport de la commission d'enquête présidée par Madame Mary WARNOCK¹¹⁷ préconisait que tous les accords en vue d'une grossesse de substitution soient considérés comme illégaux. La loi du 16 juillet 1985 (*Surogacy Arrangement Act*) interdit sous peine de sanctions pénales l'intervention d'agences commerciales de publicité pour promouvoir de telles agences.

Mais la loi du 1^{er} novembre 1990 (*Human Fertilization and Embryologie Act*) autorise les maternités de substitution à des conditions strictes¹¹⁸. Seules les cliniques accréditées peuvent

¹¹⁵ Cotton K. et Winn D. *Baby Cotton, For love and money*, 1985.

¹¹⁶ L'autre association la plus connue est la "Surrogacy UK".

¹¹⁷ Report of the Committee of inquiry into human fertilisation and embryologie, traduit et publié, *Doc. fr* 1985.

¹¹⁸ GRANET (F.), D. 2002, Jurisp. p. 2902, également « *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CICE* », préc, p. 7.

proposer les traitements médicaux nécessaires. Les dossiers présentés par le couple et la mère gestationnelle sont soumis à un comité d'éthique indépendant qui statue au cas par cas. Il s'assure que les deux parties sont aptes psychologiquement et médicalement à poursuivre le processus, qu'elles ont reçu toutes informations nécessaires à l'obtention d'un consentement éclairé. Dans ce cas, la clinique est autorisée à procéder au traitement médical. A la naissance, l'enfant est enregistré comme né de la mère porteuse. Elle doit alors déposer avec le père intentionnel une demande « *Parental Responsibility Agreement* » qui permet au père d'être reconnu comme le père légal. Après un délai de six semaines, les parents intentionnels déposent une demande de « *Parental Order* » (décision parentale) permettant à la mère intentionnelle de devenir la mère légale de l'enfant, ce qui annule les droits parentaux de la gestatrice. C'est l'Autorité pour l'embryologie qui délivre cet acte. La maternité de substitution est très pratiquée à l'heure actuelle : plus de 300 enfants par an, selon la presse. Plusieurs fois mères porteuses (huit fois pour l'une d'entre elles), elles disent le faire sur le fondement de relations familiales ou amicales¹¹⁹.

Cependant, ce modèle est critiqué car il ne permet pas de contrôler préalablement les accords d'insémination artificielle en vue d'une gestation pour autrui, qui ne nécessite pas d'intervention médicale. En ce sens, il est peu protecteur dans la mesure où la gestatrice peut choisir de garder l'enfant, ou à l'inverse, les parents peuvent choisir de ne pas l'accueillir. L'intérêt des différents protagonistes n'est donc pas forcément garanti¹²⁰.

b) La pratique de la gestation pour autrui aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la maternité de substitution est connue depuis les années 1970, et a très rapidement été organisée. Le premier centre à avoir organisé ce phénomène est le Surrogate Parenting Associates, mis en place par le docteur Richard LEVIN, à Louisville (Kentucky)¹²¹. C'est d'ailleurs en ce lieu que l'enfant qui fit l'objet de l'adoption refusée par le tribunal de Paris, puis accordée par la Cour d'appel de Paris le 15 juin 1990¹²² fut conçu et porté par une mère de substitution américaine. Les cinquante Etats n'ont pas tous la même attitude¹²³. L'Arkansas et le Nevada admettent les contrats de maternité de substitution. Dans l'Etat de New York et du Kentucky, il ne faut pas que la future mère adoptive apparaisse dans

¹¹⁹ Dictionnaire permanent de bioéthique « *Maternité de substitution* », n° 28 et 29.

¹²⁰ « La gestation pour autrui. Aspects éthiques, juridiques et médicaux. Etat des lieux en 2006 ».V. site Internet : www.maia-asso.org

¹²¹ Les plus connus sont également l'Infertility Cente à New-York et le centre de Beverly Hill, en Californie.

¹²² CA Paris, 15 juin 1990, n° RG 89/18375.

¹²³ MARTA FIELD, *Surrogate Motherhood, The legal and human issues*, Harvard University Press 1990 2^{ème} éd.

l'opération, car les lois sur la vente d'enfant sont susceptibles de s'appliquer. L'Indiana, le Missouri, et le New Jersey considèrent le paiement de la mère porteuse comme une vente illégale d'enfant. En Louisiane et en Floride, la gestation pour autrui est déclarée contraire à la loi, mais en Floride, le projet d'adoption est permis.

Aujourd'hui, il existe 70 agences¹²⁴ qui exercent, dans les Etats où la pratique est autorisée, le recrutement de mères porteuses « idéales »¹²⁵. Elles servent d'intermédiaires entre les couples stériles et les mères porteuses et assurent le suivi médical de la grossesse. Tout est clair : le contrat, l'existence de l'agence, mais il n'existe aucun contrôle d'aucune sorte sur ce type d'activités. C'est un juge qui officialise que les parents adoptifs sont les parents qui doivent figurer dans l'acte de naissance. L'hôpital est obligé de suivre la décision.

Par ailleurs, les maternités de substitution du second type, « gestational surrogacy », se développent. La première implantation de l'embryon d'un couple dans l'utérus d'une femme semble avoir eu lieu à la clinique Mount Sinai de Cleveland en 1985. Selon Helen Gavaghan¹²⁶, qui a recueilli les propos du directeur du Center for Surrogate Parenting de Beverly Hills, depuis le début des années 1980, 6000 naissances d'enfants de mères porteuses ont eu lieu aux Etats-Unis, en comptant les contrats passés hors des cliniques spécialisées. Actuellement, il y a environ une cinquantaine de cliniques spécialisées et environ une centaine de contrats par an. Le montant du prix versé par les couples demandeurs est d'environ 27500 euros si la mère porteuse est inséminée artificiellement (qui recevra 11000 euros), 32000 euros si elle fournit seulement la gestation (qui recevra 9200 euros). Le reste des sommes est destiné aux frais de dossiers, d'examens psychologiques, d'établissements des contrats, de la procédure d'adoption, et de l'assurance-décès de la mère porteuse.

La question de savoir si la mère porteuse peut garder l'enfant a opposé les auteurs américains. Pour certains auteurs¹²⁷, c'est la mère porteuse qui est la mère légale, parce qu'elle a conservé la maîtrise de la gestation, la décision de mener ou non la grossesse à son terme et qu'elle a

¹²⁴ Dossier de l'Institut Européen de bioéthique, site Internet <http://www.ieb-eib.org/>

¹²⁵ En effet, rappelons nous de la terrible et célèbre affaire BabyM. En 1986, aux Etats-Unis, Mme Witthead donne naissance à un bébé conçu par insémination artificielle. Voulant reprendre l'enfant quelques jours après la naissance, la justice est saisie. Le premier jugement confie la garde au couple Stern et autorise Mme Stern à l'adopter. En appel, le juge refuse l'adoption mais laisse l'enfant au couple et accorde un droit de visite à Mme Witthead. Ce fut une longue bataille judiciaire qui alimenta la polémique autour de la gestation pour autrui. Mais, aujourd'hui ; le risque de conflit de maternité est de l'ordre de 2%.

¹²⁶ Journ. intern. méd. 23 février 1994, n°305, Washington.

¹²⁷ MILLER HEALY (N.), Beyond Surrogacy :Gestational Parenting Agreements under Clifornia Law, U.C.L.A. Women's Law Journal, 1991, p. 89 et s.

assumé les risques de la grossesse, elle mérite d'être protégée. Pour d'autres¹²⁸, les plus nombreux, les droits parentaux doivent revenir aux géniteurs. L'importance des liens génétiques, des ressemblances entre les traits des parents et ceux de l'enfant, la prise en considération de la volonté initiale de tous les participants vont dans le sens de la validité de l'arrangement consenti. La mère porteuse, lorsqu'elle s'engage valablement n'a pas à être spécialement « protégée ». Au nom de l'égalité des sexes, on lui permet de passer des contrats autrement dangereux, et l'on doit au nom de ladite égalité, respecter sa liberté de contracter.

c) La gestation pour autrui en discussion en Belgique

C'est l'histoire récente de la petite Donna¹²⁹ qui a suscité commentaires et réflexions en Belgique. Elle fut vendue par sa mère « porteuse » à un couple néerlandais, alors qu'un engagement avait été conclu avec un couple limbourgeois pour la somme de 10000 euros, en ayant tenté auparavant de monnayer le bébé auprès d'un couple d'homosexuels. Cette affaire bien au-delà du fait divers sordide a mis en évidence la nécessité de légiférer en la matière (heureusement ce phénomène est rare en pratique).

Dans ce pays, aucune disposition législative n'interdit expressément le recours à la gestation pour autrui. Il n'y a donc pas de protection juridique¹³⁰. Mais selon une nette majorité de la doctrine¹³¹, un tel contrat serait contraire aux articles 6 et 1128 du Code civil. L'illicéité des contrats de mère porteuse pourrait reposer sur plusieurs considérations : le défaut de consentement éclairé de la gestatrice et la contrariété au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En conséquence le contrat serait entaché d'une cause de nullité absolue et corrélativement, il ne pourrait pas donner lieu à exécution forcée, ni pour ce qui tient au paiement de la rémunération promise à la mère porteuse. La mère porteuse serait la mère légale et le contrat n'a aucune valeur juridique.

Les décisions rendues à propos de la gestation pour autrui, peu nombreuses, sont partagées entre préserver l'intérêt de l'enfant et veiller au respect des articles 6 et 1128 du Code civil. Ainsi la Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 16 janvier 1989 a jugé qu'au travers des règles existantes, le législateur n'entendait pas permettre la commande d'un enfant de mère porteuse. En revanche, deux autres décisions sont favorables à l'adoption d'un enfant conçu avec les

¹²⁸ ANDERSEN (K.), *La grossesse de substitution et la question du lien de filiation aux Etats-Unis*, mémoire de DEA de droit de la famille, 1993.

¹²⁹ En marche Le journal de la mutualité chrétienne, http://www.enmarche.be/A_suivre/2005/Meres_porteuses.htm

¹³⁰ Propos de Nathalie Massager.

¹³¹ Note de synthèse, GRANET (F.), p. 9, *préc.*

gamètes des parents adoptifs. L'un en date du 4 octobre 2000, émane du Tribunal de première instance de Turnhout, qui juge que si la mère porteuse ne perçoit aucun gain, la convention n'est pas contraire à l'ordre public et que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant conçu par FIV avec les gamètes des deux adoptants, parents « socio-génétiques », seuls la gestation et l'accouchement ayant été assumés par une tierce personne proche d'eux¹³². L'autre est un jugement du tribunal de la jeunesse de Bruxelles, du 4 juin 1996, qui a aussi homologué l'adoption plénière par des époux de l'enfant conçu avec leur propre gamètes mais porté par la sœur de l'épouse, tel étant l'intérêt de l'enfant¹³³.

En raison des problèmes que peut poser la gestation pour autrui (à titre d'exemple l'affaire de Donna), une Déclaration gouvernementale de juillet 2003 annonçait qu'une proposition de loi serait déposée au Sénat prônant l'interdiction du recours aux mères porteuses, avec cependant des exceptions strictes instaurant une « solidarité balisée » entre des femmes stériles animées par un désir d'enfant et des femmes qui acceptent ce désir, l'enfant porté dans un autre utérus n'étant pas moins leur véritable enfant génétique puisqu'il est conçu à partir de leurs propres gamètes. C'est le sens de la proposition de loi déposée au Sénat par Christiane DEFRAIGNE¹³⁴ le 12 décembre 2003.

Le Comité consultatif de Bioéthique de Belgique, dans un avis rendu en 2004¹³⁵, prône une régulation de la maternité pour autrui. Il propose l'établissement d'un règlement cadre pour la pré-adoption dans laquelle la future mère porteuse se déclare prête à prendre en charge la grossesse au profit des parents demandeurs. Enfin, si le Comité se déclare opposé à la commercialisation du phénomène, il estime qu'on peut accepter une indemnité de compensation de la mère porteuse.

Cependant, pour sa part, le sénateur Clotilde NYSSSENS vient de proposer une proposition de loi interdisant de manière inconditionnelle le recours aux mères porteuses, ainsi qu'aux mères de substitution, pour trois raisons : l'enfant et le corps de la femme étant hors commerce, ils ne peuvent faire l'objet d'un contrat, puis la grossesse est essentiellement relationnelle et pendant celle-ci un lien fondamental se construit entre la mère, l'enfant et son entourage ; enfin la maternité se construit au fil de la grossesse et les conditions du contrat prévues initialement peuvent ne plus correspondre à la volonté des parties au moment de la naissance. Cette proposition s'appuie largement sur l'expérience clinique du professeur Luc ROGIERS,

¹³² Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 oct. 2001, *R.W.* 2001, n°6 du 6 oct. 2001.

¹³³ Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.* 1996, p. 1182 et *Revue du Droit de la santé* 1997, p. 124.

¹³⁴ Site Internet du Sénat de Belgique : <http://www.senate.be>

¹³⁵ Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, Les conventions de mère porteuse, 23 mai 2005, site Internet <http://www.ieb-eib.org/>

pédopsychiatre et professeur d'éthique médicale clinique à l'UCL qui insiste sur « la valeur relationnelle de la grossesse »¹³⁶.

d) La nouvelle autorisation de la gestation pour autrui en Grèce

En Grèce¹³⁷, un jugement avait prononcé l'adoption par des époux d'un enfant conçu par FIV avec les gamètes du couple, la gestation et l'accouchement étant assumé par une mère porteuse (TGI de Héradlion 176/1999). Désormais la loi de 2002 permet la maternité de substitution après autorisation judiciaire et à condition qu'un contrat soit passé entre la mère porteuse et la femme placée dans l'impossibilité d'assumer elle-même la gestation d'un enfant conçu avec les gamètes du couple ; l'enfant est remis à celle-ci à la naissance et elle est légalement désignée comme la mère dans l'acte de naissance sans avoir à l'adopter.

La loi grecque est la première en Europe à dissocier ainsi conception et gestation, à admettre dès l'origine pour mère légale une femme qui est la génitrice et non la gestatrice et à écarter dans cette situation le principe *Mater semper certa est*.

La position de la France à l'égard des conventions de gestation pour autrui est donc en marge par rapport à la position adoptée par des pays proches tel que la Belgique, le Royaume-Uni mais également les Etats-Unis¹³⁸ ou la Grèce. Nous ne pouvons contester les intentions louables qui ont présidé à cette position : prévenir l'instrumentalisation des corps des femmes à des fins lucratives et ne pas cautionner un glissement du désir d'enfant au droit à l'enfant à tout prix. Seulement voilà, cette position très tranchée n'est pas sans effet pervers. En voulant éviter les dérives, on a paradoxalement encouragé le mercantilisme à l'étranger et repoussé des couples dans une clandestinité propices aux dérapages. Nous avons également instauré une sélection entre les plus fortunés, qui ont les moyens de se rendre à l'étranger, et les autres.

¹³⁶ Site Internet: www.senate.be/www/

¹³⁷ GRANET (F.), « *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CICE* », préc.

¹³⁸ En raison de la complexité de la question, l'harmonisation internationale sera probablement lente et laborieuse. Dans un rapport de 1988, le comité ad hoc d'experts sur les progrès de la science biomédicale (C.A.H.B.I.), mis en place par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1985, a admis la maternité de substitution à titre d'exception, à condition que la mère de substitution n'en retire aucun avantage et qu'elle puisse choisir de garder l'enfant à la naissance. Malheureusement, le texte issu de ce rapport fut rejeté par le Comité des ministres. Le Parlement européen, à travers une résolution adoptée en 1989, a rejeté la maternité de substitution. Sur l'état du droit international, voir LEMOULAND (J.-J.), « Le tourisme procréatif », *LPA*, 2002, n°62, p. 24 et suiv.

II – La contrariété des systèmes juridiques favorisant la fraude

La gestation pour autrui étant interdite en France, mais autorisée dans certains Etats étrangers, les couples, désireux d'enfant, contournent la loi (A) ; ce qui permet de s'interroger sur la justification du maintien de cette interdiction (B).

A – Les contournements avérés de la loi

Les couples et la mère porteuse trichent en France pour pouvoir bénéficier d'une assistance médicale à la procréation (1). Une fois l'enfant né, ils recourent à des subterfuges afin d'établir la filiation maternelle (2). Mais certains couples n'hésitent pas à se rendre à l'étranger où la pratique est autorisée : c'est le phénomène du « tourisme procréatif » (3). Enfin, certaines hypothèses démontrent que la gestation pour autrui est « autorisée » implicitement à l'égard des couples homosexuels (4).

1 – Les tricheries accessibles aux mères gestationnelles et à leurs clients en France

Le couple et la mère gestationnelle peuvent tromper le médecin (a), mais le couple peut également se marier afin de contourner l'interdiction (b).

a) À l'égard du médecin

Il s'agit de la tromperie relative au prétendu concubinage¹³⁹ de la mère porteuse et de l'homme fournisseur de sperme. Cette tromperie doit tendre à persuader le médecin opérateur de ce que la mère et l'homme fournisseur de sperme, qui ne sont ni mariés ni pacsés, constituent un couple de concubins menant une vie commune depuis au moins deux ans. Il pourront y parvenir par le moyen d'un certificat inexact de concubinage obtenu dans une mairie très facilement (car il n'y a aucun contrôle) sur la foi de témoins menteurs. L'employé municipal échappera aux reproches de faux puisqu'il atteste non mensongèrement mais imprudemment.

¹³⁹ « La vraie querelle des mères porteuses » site Internet <http://perso.wanadoo.fr/max-christian.ducomte/mere/mptitre3.htm>

Le risque pèse seulement sur les bénéficiaires du certificat, auteurs principaux, et sur les témoins, complice par aide ou assistance consciente¹⁴⁰.

La seconde tromperie est relative à la prétendue stérilité de la mère porteuse¹⁴¹. Elle tend à persuader le médecin gynécologue opérateur de ce que l'état de santé de l'un des deux membres du prétendu couple justifie l'assistance médicale à la procréation. Or il faut éliminer d'emblée comme insusceptible de tromper un médecin normalement diligent la simulation d'une anomalie génétique comportant un risque de transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité ou encore celle d'une infertilité masculine objectivable par examens cliniques ou biologiques. Demeure donc seule possible la tricherie par laquelle la mère porteuse conduira insidieusement le médecin vers le constat d'une stérilité dite idiopathique. Ce sont les infécondités sans cause établie. Il suffit à la femme de s'affirmer stérile, puis d'utiliser pendant la période des examens, si elle mène par ailleurs une activité sexuelle, des procédés anticonceptionnels indécélables, le condom par exemple.

b) L'inégalité entre un couple marié et un couple concubin

Par ailleurs, dans la pratique, une inégalité est à dénoncer. Citons l'exemple de l'arrêt de la cour d'appel de Rennes en date du 4 juillet 2002¹⁴². Un couple conclut une convention licite en Californie avec une femme qui accepte de porter les embryons de ces derniers, la concubine ne pouvant assumer la grossesse. A la naissance, elle est reconnue comme la mère légale dans cet Etat. Puis le couple demande une transcription des actes de naissances en France. Mais la cour accueille l'action en contestation de reconnaissance du procureur de la République qui la considère comme une fraude à la loi qui interdit l'adoption conjointe des concubins.

La solution pour le couple serait qu'il contracte mariage puisqu'il n'existe aucun empêchement légal en ce qui les concerne ; cela permettrait à l'épouse d'adopter les enfants de son conjoint. Elle serait mère génitrice et mère adoptive, d'où le paradoxe. Nous pouvons envisager qu'elle fasse également une demande de légitimation, qui sera automatique au jour du mariage, la règle d'or étant la discrétion.

¹⁴⁰ En vertu des articles 441-6, 441-7 et 441-10 du Code pénal, ils encourent un emprisonnement de deux ans et une amende de 30000 euros pour obtention indue par un moyen frauduleux, auprès d'une administration publique, d'un document destiné à constater une qualité, soit un emprisonnement d'un an et une amende de 15000 euros pour usage, par présentation au médecin opérateur, d'une attestation ou d'un certificat inexact et connu comme tel. Mais le risque de sanction demeure faible.

¹⁴¹ « La vraie querelle des mères porteuses », *préc.*

¹⁴² V. Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, Comm. 2902, note GRANET (F.).

Autrement dit, un couple marié à qui l'on refuse d'établir la filiation maternelle de l'épouse à l'égard de l'enfant n'aurait aucun recours contre cette décision. Mais, à l'inverse, il suffit à un couple de concubin, dans la même situation, de se marier pour ensuite pouvoir établir la filiation maternelle. Il y a donc une inégalité entre les couples qui n'est pas justifiée.

2 – Les subterfuges pour établir la filiation maternelle

L'établissement de la filiation paternelle ne suscite pas de difficulté particulière. Le père est celui qui a fourni le sperme (paternité biologique), la filiation paternelle est fondée sur la reconnaissance de ce dernier, et s'il s'agit du mari ou du concubin de la femme stérile, elle sera inattaquable. Le recours à une convention de gestation pour autrui ne peut permettre à quiconque de contester sa paternité.

Mais, en raison de l'illégalité de la convention en France, il est nécessaire de trouver des stratégies pour établir la filiation maternelle à l'égard de la femme commanditaire¹⁴³. Trois subterfuges ont été répertoriés : la simulation d'enfant (a), l'accouchement dans l'anonymat et l'adoption par le conjoint stérile (b) et enfin le consentement de la mère gestationnelle à l'adoption de l'enfant qu'elle a mis au monde (c).

a) La simulation d'enfant

Le premier est de faire accoucher la mère « porteuse » sous le nom de la femme qui désire être la mère de l'enfant : c'est une supposition d'enfant (appelée aujourd'hui simulation) et un faux en écritures publiques, infractions punies par le Code pénal. Ce procédé a été utilisé dans les cas de « fausse mère porteuse » c'est-à-dire lorsque la femme donne l'enfant qu'elle ne voulait pas assumer ou lorsque l'enfant a été enlevé à sa mère biologique, par force ou mensonge.

A titre d'exemple, nous pouvons citer le cas d'un couple de concubins, condamnés par la Cour d'appel de Paris, le 19 mars 1999, qui les a reconnus coupables du délit de simulation et de dissimulation d'état civil d'un enfant. Ils étaient allés chercher le bébé au Brésil et avaient réussi, avec la complicité de deux médecins, à le faire déclarer comme né de la femme et de son mari dont elle était séparée de fait. Le 12 janvier 2000, leur pourvoi a été rejeté¹⁴⁴.

¹⁴³ Dictionnaire permanent de bioéthique, n° 47 à 51, p. 1280 ; « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation », *J.C.P.* 1991, I, 3505, note RUBELLIN-DEVICHI.

¹⁴⁴ Cass. Crim., 12 janvier 2000, n° 99-82.905, n°379 ; également T. corr. Nanterre, 7 février 1999.

b) L'accouchement de la mère gestationnelle dans l'anonymat et l'adoption par le conjoint stérile

Le second procédé est de faire en sorte que la mère gestationnelle accouche dans l'anonymat, que le père reconnaisse l'enfant et que son épouse demande ensuite l'adoption. Ce procédé a été utilisé efficacement jusqu'à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 31 mai 1991. Depuis la loi du 8 janvier 1993, l'accouchement dit « sous X » qui permet à la femme qui accouche de ne pas révéler son identité, est entré dans le Code civil à l'article 341-1. A la différence de la remise à l'aide sociale à l'enfance (ASE) avec demande de secret (CASF, art. 61 et 62), l'accouchement sous X n'empêche nullement le père de reconnaître son enfant : la loi permet seulement à l'aide sociale de lui faire payer les frais d'accouchement. Le procédé pour établir un lien de filiation de l'enfant à l'égard de la femme commanditaire est donc l'adoption de l'enfant par le conjoint stérile, que les tribunaux accueillent généralement avec bienveillance.

Mais le 31 mai 1991, la Cour de cassation semblait vouloir mettre fin à l'utilisation de cette stratégie. Cependant, au nom de l'intérêt de l'enfant d'avoir une mère adoptive (puisque la mère « porteuse » n'en voulait pas), certains tribunaux ont résisté à la position prise par l'Assemblée plénière en prononçant l'adoption de l'enfant¹⁴⁵.

c) Le consentement de la mère gestationnelle à l'adoption de l'enfant qu'elle a mis au monde

Depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1991, le troisième procédé utilisé pour rattacher l'enfant né d'une mère « porteuse » à la femme qui le souhaite, a été de le laisser reconnaître par sa mère biologique, qui consent directement ensuite à l'adoption au profit de l'épouse, l'obligation de remettre l'enfant de moins de deux ans à l'ASE ne s'appliquant pas dans ce cas (C. civ. art. 348-5).

C'est ainsi qu'il a été procédé dans l'affaire jugée par le tribunal d'Aix-en-Provence le 5 décembre 1984¹⁴⁶ alors que la mère porteuse était la sœur de la femme stérile ; et qu'il aurait dû être procédé dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Poitiers le 22 janvier 1992¹⁴⁷ : l'ex-

¹⁴⁵ CA Pau, 19 février 1991, n° 685/91 : *D.* 1991, p. 380, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 1992, Somm. p. 59, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ

¹⁴⁶ TGI d'Aix-en-Provence, 5 décembre 1984 : *J.C.P.* 1986, II, n°20561 note BOULANGER ; *R.T.D. civ.* 1986, p. 578, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.), *D.* 1987, Chr. p. 189.

¹⁴⁷ CA Poitiers, 22 janv. 1992, n° 73

mari refusant son consentement, la cour de Poitiers a prononcé l'adoption simple et non plénière pour protéger l'enfant des erreurs des adultes.

Toutefois, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 23 avril 2003¹⁴⁸ a refusé que la mère « porteuse » se voit retirer l'autorité parentale, qui le cas échéant, aurait permis à l'épouse du conjoint d'adopter les enfants.

En l'espèce, un couple français recourt à une mère gestationnelle en Angleterre qui accepte de porter les enfants de ces derniers après une fécondation in vitro. Après la naissance, les enfants sont remis au couple et la mère porteuse ne s'est plus manifestée. Au bout de trois ans, le père saisit le tribunal de grande instance d'une demande de retrait de l'autorité parentale de la mère porteuse, cette dernière étant d'accord avec cette mesure. Le tribunal et la cour d'appel rejettent cette demande car les conditions du retrait (article 378-1 du Code civil) ne sont pas réunies, à savoir la défaillance maternelle et l'existence du danger. Le défaut de soins et de direction est caractérisé, en revanche, il n'est pas démontré que ce défaut d'intérêt ait manifestement mis les enfants en danger. La cour de cassation rejette le pourvoi. Le fondement réside dans le fait que le retrait de l'autorité parentale ne constitue pas une sanction des parents, mais une mesure de protection de l'enfant, c'est pourquoi le danger doit être caractérisé.

Mais les époux disposent d'autres possibilités. Le père pourrait saisir le juge aux affaires familiales (JAF), sur le fondement de l'article 372-2-1 du Code civil, aux termes duquel, « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* ». Cette solution éloigne juridiquement la mère porteuse, mais n'accorde rien à la mère génétique.

La mère gestationnelle pourrait également, avec l'accord du père, saisir le JAF aux fins de déléguer, volontairement, son autorité parentale à la mère génétique, en vertu de l'article 377 du Code civil ; l'article 377-1 du Code civil permettrait aux époux d'obtenir un exercice partagé de l'autorité parentale. Mais là encore, on risque de leur opposer un refus en invoquant le détournement de l'institution¹⁴⁹.

En outre, toutes ces mesures sont toujours provisoires et rien ne dit que la situation de fait actuelle va perdurer. En cas de séparation des époux, par exemple, la mère génétique ne disposera guère que de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil pour voir fixer par le JAF les modalités de ses relations avec les jumeaux, mais peut-on vraiment la considérer comme un tiers¹⁵⁰ ?

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, *J.C.P. G.* 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.).

¹⁴⁹ MASSIP (J.), note ss Cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003: *LPA* 29 oct. 2003, p. 10.

Il en résulte que les solutions juridiques ne servent guère l'intérêt de l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui. Par conséquent, les avocats encouragent à la discrétion pour éviter toute opposition.

3 – L'expansion du tourisme procréatif

Si le phénomène du tourisme procréatif tend à se développer (a), ses effets en France sont limités par l'opposition de l'ordre public par le parquet (b).

a) Le phénomène du tourisme procréatif

Une difficulté supplémentaire pour sanctionner la maternité de substitution tient à ce qu'on appelle le tourisme procréatif¹⁵¹. La première raison sont les progrès considérables qui ont pu être réalisés en matière d'assistance médicale à la procréation, tel la conservation ou le transfert des gamètes, qui ont ouvert de nouveaux horizons. Un autre élément d'explication de ce phénomène touristique peut être trouvé dans l'apparition d'Internet et de la mondialisation. « *Clinique californienne offre ventre de substitution* »¹⁵²... Les annonces de ce type rédigées en français sont multiples. Sur les forums de discussion, des couples en mal d'enfant échangent des informations sur les pays les plus ouverts en matière de procréation médicalement assistée¹⁵³.

Des couples vont chercher ailleurs ce que la loi française ne leur autorise pas. Chef du service de médecine de reproduction à l'hôpital Edouard Herriot, le professeur Bruno Salle confirme : « *Pour bénéficier d'une insémination artificielle avec donneur, des couples homosexuels féminins vont en Belgique. Il y a aussi le problème de ces femmes qui n'ont pas d'utérus, atteintes d'une malformation congénitale ou pour lesquelles la grossesse est dangereuse. Elles sont de plus en plus nombreuses à se rendre au Canada, aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne pour avoir recours à une mère porteuse* ». En effet, ceux que la nature a dotés d'ovules et de spermatozoïdes sans que la grossesse ne puisse être réalisée ont du mal à renoncer à un lien biologique avec leur bébé¹⁵⁴.

¹⁵⁰ GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) et MURAT (P.), « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. Fam.* 2003, Chr. 1.

¹⁵¹ LEMOULAND (J.-J.), « Le tourisme procréatif », *L.P.A.* 2001, n° 62, p. 24.

¹⁵² Voir l'enquête « mère hors la loi », site Internet : <http://www.lyoncapitale.fr/actu>

¹⁵³ A titre d'exemple, V. « un bébé à tout prix- le site des couples infertiles » : site internet: www.un-bebe-a-tout-prix.net

¹⁵⁴ Voir les nombreux témoignages sur le site de l'association MAIA : <http://www.maia-asso.org/distilbene.html>

Selon l'association Maia, qui milite pour la gestation pour autrui, entre trois et quatre cent couples français s'adresseraient chaque année à des mères gestationnelles. Ils sont généralement envoyés par les praticiens français, mais le sujet reste évidemment tabou.

Cependant, les tribunaux français refusent de régulariser l'état civil des enfants nés d'une maternité ou de gestation pour autrui. La disparité des règles nationales crée donc une véritable insécurité pour ces enfants, dont le nombre est pourtant en constante augmentation.

b) La limite : l'opposition de l'ordre public par le Parquet de Nantes

Des arrêts récents rendus par la cour d'appel de Rennes¹⁵⁵ ou d'Aix-en-Provence¹⁵⁶ illustrent ce danger. Dans l'affaire portée devant la cour d'appel de Rennes, que nous avons abordée rapidement précédemment, un couple, dont la femme ne peut assurer la gestation en raison d'une malformation congénitale, se rend en Californie où il conclut une convention portant sur la gestation d'un embryon issu de leurs propres gamètes. Des jumelles naissent de cette convention. Le droit californien fait abstraction du défaut d'accouchement. La concubine est inscrite comme mère dans les registres de naissance de Californie. Quelques semaines plus tard, elle et son compagnon reconnaissent les enfants en France. Après avoir été averti de la situation par le consulat général de France à San Francisco, le parquet de Nantes¹⁵⁷, en vertu des articles 339 alinéa 2 du Code civil et 423 du Nouveau code de procédure civile, conteste la reconnaissance des deux enfants par la concubine, la considérant comme une fraude à la loi qui interdit l'adoption ; il dénonce une violation de l'article 16-7 du Code civil attentatoire à l'ordre public ; enfin, en raison du caractère frauduleux du processus, il conteste la transcription dans les registres français des actes de naissance dressés à l'étranger.

Les concubins ripostent en arguant de la conformité de la reconnaissance à la réalité génétique et qu'elle ne contient aucun élément intrasèque de nature à la rendre invraisemblable. Elle est donc à l'abri de l'article 339. De plus, il n'y a pas de fraude à l'adoption puisqu'il n'y a pas eu d'adoption. Le dernier argument est l'intérêt des enfants élevés au foyer et le respect de leur vie privée et familiale.

¹⁵⁵ V. Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, Comm. 2902, note GRANET (F.) ; *Dr. Fam.* 2002, Comm. 142, note MURAT ; *J.C.P.G.* 2003, I, 101, obs. (P.) RUBBELIN-DEVICHI (J.).

¹⁵⁶ Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *Juris-data*, n° 2002-190443.

¹⁵⁷ En concertation le cas échéant avec le procureur de la République de Nantes, le Service central de l'état civil, à Nantes, est chargé de traiter les demandes, faites par des Français, de transcription dans les registres en France d'actes de l'état civil régulièrement dressés à l'étranger.

Mais le tribunal de grande instance fait droit à la demande du procureur de la République. Le 4 juillet 2002, la cour d'appel de Rennes confirme cette décision sur le fondement de l'article 423 du Nouveau code de procédure civile, cependant elle écarte, comme les premiers juges, l'argument de l'in vraisemblance des reconnaissances tirés des actes eux-mêmes. Puis, la cour relève que « la loi française ne donne pas une définition de la mère », cette notion est inscrite dans les mentalités depuis des siècles par l'adage *Mater semper certa est*. C'est l'accouchement qui détermine la mère et non la seule réalité génétique.

Malheureusement, en raison de cette solution, les deux enfants ont six ans et vivent auprès de leur père naturel et de sa compagne dont la maternité ne peut légalement être établie.

Il en résulte que c'est l'ordre public invoqué par le procureur de la République qui limite les effets du tourisme procréatif. En effet, en droit français, il y a deux acceptations de l'ordre public.

Tout d'abord, en droit interne, l'ordre public joue son plein effet. Cela signifie que le contrat de gestation pour autrui, conclu en France, étant nul, il ne pourra produire aucun effet.

La seconde acception de l'ordre public fait intervenir les règles de droit international privé. C'est le cas où un élément d'extranéité survient. Appliqué à notre espèce, l'élément d'extranéité est la conclusion de la convention à l'étranger de manière licite. Qu'en est il alors des effets en France ? Les seules limites apportées à l'application de la loi étrangère sont liées à la notion d'ordre public. Or cette notion, dans le cadre des conflits de loi, n'est pas définie clairement, d'autant moins que depuis l'arrêt « Rivière » (Civ. 1^{ère} 17 avril 1953), il existe une notion d'ordre public atténué. Ainsi, pour reprendre la formule d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1980 : « *La réaction à l'encontre de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'il s'agit de mettre obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en droit international privé français...* ». L'ordre public atténué signifie que quand bien même certaines dispositions de la loi étrangère seraient incompatibles avec l'ordre public français, telles la polygamie ou la répudiation¹⁵⁸, elles peuvent produire certains effets « autorisés ».

Mais, en l'espèce, il y a eu fraude. Le contrat a été conclu à l'étranger pour éviter l'application de la loi française qui rend nul le contrat. Les trois conditions n'étant pas réunies, l'ordre public intervient et les tribunaux refusent tout effet de la convention en France.

¹⁵⁸ Voir l'article « GISTI- Etrangère et femme : une double discrimination », site Internet : www.gisti.org/doc/plein-droit

Depuis une quinzaine d'années¹⁵⁹, certains poussent à l'élaboration d'une loi européenne voire mondiale sur l'assistance médicale à la procréation, afin de faire face au défi du « tourisme procréatif » des patients et du « tourisme scientifique » des chercheurs. Les normes européennes font en effet défaut en matière de procréation artificielle. S'il existe toutefois un risque d'alignement sur la législation des pays les plus laxistes (Grande-Bretagne, Belgique, Espagne), il existe aussi un danger à trop attendre, car avec le temps, les divergences de position entre les pays européens risquent de se creuser. Il y a donc urgence à unifier les pratiques, au moins au sein de l'Union européenne.

4 – « L'autorisation implicite » de la gestation pour autrui à l'égard des homosexuels

La gestation pour autrui est interdite en France, cependant certains cas assimilables se sont présentés (a) ; mais le débat sur l'homosexualité et l'enfant fausse le débat sur la gestation pour autrui (b).

a) Les différentes hypothèses

Le premier cas est lorsqu'un homme engagé dans une relation homosexuelle a un enfant avec une femme qui ne reconnaît pas celui-ci à la naissance, l'enfant est donc élevé par son père biologique et le compagnon de celui-ci.

La seconde hypothèse est lorsque deux membres de deux couples homosexuels (un couple masculin et un couple féminin) ont un bébé reconnu par son père et sa mère et élevé par eux dans deux relations distinctes.

Dans les deux hypothèses, les protagonistes ont recours à une convention de gestation pour autrui. Mais l'originalité de la situation réside dans le fait que cette convention ne sera pas nulle car l'établissement de la filiation maternelle ou le problème de substitution de mère n'a pas lieu d'être, les parties ne seront pas sanctionnées contrairement aux couples hétérosexuels. C'est pourquoi nous pouvons parler d'autorisation « implicite » de gestation pour autrui à l'égard des homosexuels. En revanche le compagnon du père ne pourrait pas non plus adopter l'enfant, à l'instar de la mère intentionnelle dans un couple hétérosexuel.

A l'étranger, la maternité de substitution pour les couples homosexuels se pratique essentiellement aux Etats-Unis dans les Etats qui l'autorisent, mais également en Russie.

¹⁵⁹ Acte du colloque *Vive la loi, Loi, science et environnement*, propos de M. J. TESTARD, site Internet http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive-la_loi17.html

b) Un débat « faussé »

Victime de son passé, la gestation pour autrui, est également défavorisée par son insertion hypothétique dans l'avenir. A l'heure où le Parlement se prépare à examiner un projet de loi relatif au mariage entre personnes de même sexe, on évoque souvent la gestation pour autrui dans le débat de la parenté homosexuelle, cette technique étant présentée comme un moyen pour les couples homosexuels d'avoir des enfants. Or le fait de se référer à une forme hypothétique de la gestation pour autrui revient à occulter la place qui devrait lui revenir aujourd'hui dans les thérapies de l'infertilité féminines.

Il convient de constater que l'interdiction de la gestation pour autrui ne semble pas dissuader les couples français souffrant d'infertilité de recourir à cette pratique ; c'est pourquoi nous pouvons nous demander si, douze ans après, cette prohibition est toujours justifiée.

B – Le maintien d'une interdiction injustifiée ?

« On cesse d'interdire une pratique non pas lorsqu'elle se développe, mais lorsqu'on ne sait plus pourquoi elle est interdite. Si l'interdiction est justifiée, il faut la maintenir »¹⁶⁰. Mais, pour diverses raisons, l'interdiction de la gestation pour autrui paraît aujourd'hui injustifiée. Tout d'abord, l'interdiction de la gestation pour autrui semble être une anomalie dans le droit de la procréation médicalement assistée (1) ; puis, ses fondements s'avèrent d'une extrême faiblesse (2). La prohibition a pour conséquence de laisser les intéressés dans une zone de non droit (3), alors que son autorisation permettrait de respecter l'intérêt de toutes les parties en cause (4).

1 – Une anomalie dans le droit de la procréation médicalement assistée

L'interdiction de la maternité pour autrui apparaît aujourd'hui comme une anomalie à l'intérieur du domaine juridique de la procréation médicalement assistée¹⁶¹. La loi du 29 juillet 1994¹⁶², qui reconnaît la légalité de l'assistance médicale à la procréation (AMP) et en établit

¹⁶⁰ Propos de Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ lors de son audition devant le Président M. BLOCHE pour la mission d'information sur la famille (procès verbal du 5 octobre 2005).

¹⁶¹ Depadt-Sebag (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in Revue générale de droit médical, n°12, p. 135, 2004.

¹⁶² Loi n° 94-654 du 29 juillet réation et au diagnostic prénatal

le régime, admet le recours au don de gamètes¹⁶³ c'est-à-dire qu'elle autorise la procréation artificielle réalisée à l'aide d'un don de spermatozoïdes ou d'ovules. Cependant, l'article L.2141-3 du Code de la santé publique limite le don de gamètes à un seul type, masculin ou féminin. En vertu de ce texte, le double don est interdit¹⁶⁴.

L'interdiction de la gestation pour autrui résulte de la superposition des articles 16-7 du Code civil et L. 1244-1 du Code de la santé publique autorisant le don de gamètes.

Dans la maternité de substitution, une femme accepte d'être inséminée avec le sperme de l'époux du couple demandeur. La phase d'insémination passe par un don d'ovocyte, admis par l'article L. 1244-1 du Code de la santé publique et couramment pratiqué. Ce n'est que la deuxième phase, c'est-à-dire la gestation pour autrui, qui est en fait prohibée par l'article 16-7 du Code civil. L'article 16-7 du Code civil est donc confus en ce qu'il distingue procréation et gestation.

Dans une première analyse, la procréation ne vise que la phase de conception, mais alors le texte est en contradiction avec l'article 1244 qui autorise explicitement l'intervention d'un tiers dans la phase de conception, donc la « conception pour autrui ».

Dans une seconde analyse, la procréation s'entend comme le processus qui va de la conception à la naissance.

Mais la conception pour autrui étant admise, ce n'est que la phase de gestation qui est en réalité interdite. Le texte apparaît alors entaché d'illogisme, voire de redondance. La procréation pour autrui est admise dans sa phase de conception, mais la gestation pour autrui est interdite¹⁶⁵.

2 – La faiblesse des fondements actuels

Une autre raison de réexaminer la question réside dans la teneur des motifs adoptés par la Cour de cassation en 1991, qui servent de fondements aux décisions judiciaires. Ces motifs, liés à l'illicéité de l'objet des conventions, à l'indisponibilité du corps humain, ainsi qu'à l'indisponibilité de l'état des personnes, s'avèrent d'une extrême faiblesse¹⁶⁶.

¹⁶³ Art. L. 2141-6, L. 1244-1 du Code de la 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation santé publique.

¹⁶⁴ Une exception à ce principe est prévue à l'article L. 2141-4 du Code de la santé publique lorsque des embryons excédentaires sont issus d'une FIV. En ce cas, le couple ayant procédé à la fécondation pourra consentir à ce que les embryons surnuméraires soient accueillis par un autre couple.

¹⁶⁵ D. 2005, n° 7, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.).

¹⁶⁶ DEPADT-SEBAG (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in *Revue générale de droit médical*, préc.

Le principe de l'indisponibilité du corps humain ne peut être soutenu au regard de l'admission des multiples conventions qui portent sur le corps humain. La loi encadre les nombreux actes qu'une personne est en droit de consentir directement sur son corps, gratuitement, pour des raisons thérapeutiques : collecte du lait¹⁶⁷, don du sang¹⁶⁸, don de gamètes féminins ou masculins¹⁶⁹, don d'organe entre personnes vivantes¹⁷⁰, recherches biomédicales auxquelles se prêtent certaines personnes¹⁷¹.

Les auteurs qui ont approfondi cette question ont démontré le caractère fictif d'un tel principe au sujet duquel Mme GOBERT écrit : « *C'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est épanoui, comme celui de la liberté de la volonté, le principe de l'indisponibilité du corps, aussi faux que le précédent* »¹⁷². Les exemples sont multiples pour montrer que le corps n'est pas resté en dehors du commerce juridique, il y est même impliqué de plus en plus. L'affirmation que le corps humain est hors du commerce juridique serait essentiellement doctrinale.

Par ailleurs, la terminologie employée par le législateur de 1994 est éloquente. C'est certainement parce que le principe d'indisponibilité du corps humain s'est avéré irréaliste, vidé de sa substance par le nombre et l'importance de ses exceptions, que le législateur lui a préféré celui de non-patrimonialité, qui figure aujourd'hui aux articles 16-1, 16-5 et 16-6 du Code civil¹⁷³. Il est donc possible de disposer de son corps à titre de dons, dans les limites de la loi.

Puis, si on prend en compte le recours à l'article 1128 et au principe d'indisponibilité, en faisant abstraction des critiques qui viennent d'être exposées, il faudrait admettre que l'interdiction qui en résulte doit être étendue à l'ensemble des techniques de procréations hétérologues qui supposent la mise à disposition des fonctions reproductrices d'un tiers au profit d'un couple infécond. Le principe d'indisponibilité du corps humain, sur lequel les juges fondent leur décision de 1991, a perdu toute valeur depuis que la loi de 1994 reconnaît licite le don de gamètes.

Enfin, à l'argument de la réification de la mère gestationnelle, nous pourrions objecter que, dans les pays où cette pratique est autorisée, la majorité des mères porteuses sont altruistes et

¹⁶⁷ Art. L. 2323-1 du Code de la santé publique.

¹⁶⁸ Art. L. 1221-1 à L. 1224-4 du Code de la santé publique.

¹⁶⁹ Art. L. 1244-1 à L. 1244-9 du Code de la santé publique.

¹⁷⁰ Art. L. 1231-1 à L. 1231-5 du Code de la santé publique.

¹⁷¹ Art. L. 1121-1 à L. 1132-5 du Code de la santé publique.

¹⁷² GOBERT(M), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *R. T. D. Civ.*1992, p. 489 et spéc. p. 513.

¹⁷³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

que toutes les parties participent à la grossesse et à l'accouchement. Le couple commanditaire ne voit généralement pas la mère porteuse comme une chose, mais plutôt comme un « miracle », une personne si généreuse qui leur permettra d'être parent, d'autant plus si elle porte l'enfant issu de leurs gamètes.

Pareillement, à l'argument de l'exploitation de la mère gestationnelle, nous pourrions objecter que ce risque est minime en raison des contrôles effectués par des agences et l'intervention d'une autorité judiciaire. De plus, il ne ressort pas des témoignages que la conviction première est la rémunération, mais plutôt une idée de solidarité.

Au risque du conflit de maternité, positif ou négatif, nous pouvons envisager que si la pratique était autorisée, le contrat étant la base de l'engagement, la mère porteuse devrait remettre l'enfant et le couple commanditaire ne pourrait pas refuser l'enfant. En effet, le risque de conflit est minime. A titre d'exemple, il est de l'ordre de 4% aux Etats-Unis et de 2% au Royaume-Uni¹⁷⁴.

Quant au principe de l'indisponibilité appliqué à l'état des personnes, il protège pour sa part la filiation en empêchant qu'elle soit laissée à la disposition des intéressés. Cependant, comme nous l'avons vu dans l'introduction, le droit de la filiation tend progressivement à perdre son caractère d'ordre public. De plus, ce principe connaît actuellement certaines exceptions et ne figure dans aucun texte. Tout d'abord, nous y trouvons le régime de l'accouchement sous x, qui permet à la femme qui accouche de ne pas reconnaître l'enfant qu'une autre adoptera. D'ailleurs l'adage *Mater semper certa est* est aujourd'hui désuet. De même, l'adoption atteste de la possibilité de déroger au principe par la mise en place de systèmes parallèles destinés à régir des situations reconnues comme socialement souhaitables. Le don d'ovocyte également entraîne une dissociation de la maternité en conséquence de laquelle l'état civil de l'enfant ne correspondra plus à sa filiation réelle. Ce principe n'est pas un obstacle insurmontable à l'admission de la gestation pour autrui¹⁷⁵. Il suffirait pour le dépasser que, à l'instar de ce qui a été réalisé relativement à l'adoption, la loi érige cette pratique au rang d'exception.

Il serait également possible que la jurisprudence prenne les devants comme en matière de transsexualisme. Après avoir jugé le contraire¹⁷⁶, elle a décidé que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à la rectification du sexe sur l'acte de naissance d'une personne présentant le syndrome du transsexualisme¹⁷⁷. Il reste le nom, que l'on a longtemps dit indisponible, comme l'état dont il fait partie. Mais sur ce point, la loi du 3

¹⁷⁴ Voir « La gestation pour autrui, aspects éthiques, juridiques et médicaux, état des lieux en 2006 » ; site Internet : www.maia-asso.org

¹⁷⁵ HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil, La famille* 2^{ème} éd., L.G.D.J., n°517

¹⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, 1^{ère} esp., D. 1976, Jur. p. 397, note LINDON.

janvier 1972 et 11 juillet 1975 ont permis des arrangements à son propos, renforcé par la loi du 4 mars 2002. Bien que la cour se réfère au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, il semble que ce principe est loin d'être absolu. On peut même dire qu'il n'existe pas, mais qu'il est opportun de ne pas disposer de l'état d'une personne¹⁷⁸.

Comme nous le voyons, les exceptions légales ont toutes un fondement tel que l'intérêt thérapeutique pour le don d'organe. Concernant la gestation pour autrui, la question ne peut être posée en terme de vie ou de mort du bénéficiaire, mais de désir et de souffrance morale des couples demandeurs. Le professeur FRYDMAN parle de « médecine du désir ¹⁷⁹ ». Ainsi, pour la gestation pour autrui, le fondement pourrait être « le droit à l'enfant » mais uniquement pour des femmes qui ont des ovules mais qui ne peuvent pas assumer la grossesse.

3 – L'insécurité juridique actuelle : une zone de non droit

Les maternités de substitution qui ont toujours existé continueront d'être ; simplement la pratique sera rejetée dans une zone de non droit. Nous regrettons que les femmes qui décident de se porter candidates à la maternité de substitution ne puissent le faire sous la protection du droit national. Cette carence génère des effets comparables à ceux que produisait la pratique illégale des avortements, avant que la loi de 1975 ne légalise l'interruption volontaire de grossesse : l'insécurité, notamment médicale et juridique, dans laquelle sont accomplies ces techniques, ainsi qu'une sélection des couples bénéficiaires fondée sur leur moyen financier¹⁸⁰. Nous pourrions imaginer un système avec des contrôles permanents, à savoir des examens psychologiques et médicaux des parties, l'intervention d'avocats pour rédiger les contrats, le

¹⁷⁷ Les conditions posées sont que, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, cette personne ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe auquel correspond son comportement social, Cass. Ass. Plén. 11déc. 1992, Bull. ass. Plén. n°13 ; D. 1993, I.R. p. 1 ; RTD civ. 1993, p. 97, obs. Hauser (J.). La cour a statué ainsi car la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France au motif que la solution adoptée par la première chambre civile conduirait à la violation du droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; CEDH, 25 mars 1992, D. 1993, Jur. p. 101, note Marguénaud (J.-P) ; JCP 1992, II, note Garé.

¹⁷⁸ POISSON-DROCOURT (E.), *D.* 2004 Jurisp. p. 1998.

¹⁷⁹ FRYDMAN (R.), FLIS-TRÈVES (M.), KOEPEL (B.), *Les procréations médicalement assistées : vingt ans après*, éd. O. Jacob, 1998, p. 113.

¹⁸⁰ DEPADT-SEBAG (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in *Revue générale de droit médical*, préc.

tout sous l'autorité d'un juge. La clandestinité, qui n'offre aucune garantie contre le risque de dérive commerciale, justifie probablement l'intervention législative.

4 – L'intérêt des personnes en cause

L'admission de la gestation pour autrui ne peut être souhaitable que dans le respect de l'intérêt et des droits de chacun.

Le couple peut être en mesure soit de fournir la totalité, soit la moitié du patrimoine génétique de l'enfant. Leur situation ne commande pas d'examen particulier car les actes médicaux auxquels ils devront se soumettre ne diffèrent pas d'une insémination artificielle ou d'une FIV. Toutefois, la gestation pour autrui permet de pallier certaines formes de stérilité féminine en raison d'une absence d'utérus ou déformation chez les filles Distilbène¹⁸¹, de conséquences de cancer ou résultant d'une hystérectomie, des fausses couches répétées, une contre indication médicale à la grossesse ou de nombreux échecs de FIV. Dans ce cas, on implante les gamètes des parents génétiques dans le ventre de la mère porteuse.

Pour Geneviève DELAISI DE PERSEVAL¹⁸², son interdiction est illogique et injuste¹⁸³, alors que la loi française prend en compte la souffrance que procure l'absence d'ovocyte. Celle qui reçoit dans son cabinet de nombreux patients nés sous IAD (insémination avec tiers donneur) a estimé que « *le don de gamètes pèse plus lourd d'un point de vue psy que le fait d'avoir été porté par une autre femme* ». Dans les pays où la pratique est autorisée, aucun élément ne laisse penser que la gestation pour autrui pour convenance personnelle soit une réalité.

Par ailleurs, un autre argument favorable à cette pratique est la certitude apaisante pour le couple stérile de ce que l'enfant porté en utérus tiers n'en sera pas moins leur véritable enfant génétique puisque conçu à partir de leurs propres gamètes.

Concernant l'enfant, dans la mesure où, à l'instar des techniques actuellement permises, la gestation pour autrui a pour objectif le développement de l'embryon jusqu'au stade du fœtus, puis d'enfant à naître, il semble qu'elle ne pose pas davantage de questions morales que l'ensemble des techniques permises, avec les procréations hétérologues. L'enfant né grâce à un don de gestation connaîtra une histoire prénatale marquée par l'intervention d'une mère utérine, qui ne sera pas la mère génétique ni sociale, tandis que les enfants conçus grâce à un don d'ovocyte connaissent une histoire prénatale marquée par l'intervention d'une mère

¹⁸¹ Du nom de ce médicament pris en France par 160000 femmes enceintes entre 1950 et 1977. Le risque de malformations génitales et de cancers augmente chez les enfants dont les mères ont été traitées au Distilbène.

¹⁸² La « gestation pour autrui » en quête de légitimation, site Internet : <http://www.liberation.fr>

¹⁸³ De nombreux témoignages sur le site de l'association Maia montre cette injustice et la nécessité de recourir à la gestation pour autrui à l'étranger.

génétique qui n'est pas la mère utérine et sociale. Ici, la maternité se trouve dissociée entre la mère biologique et la mère utérine et sociale alors que dans le don de gestation, elle est partagée entre la mère utérine et la mère biologique et sociale. Contrairement au don d'ovocyte ou de sperme, le don de gestation permet une concordance entre l'identité légale et l'identité génétique de l'enfant, ce qui évite les souffrances et les difficultés techniques liées au « secret des origines »¹⁸⁴.

D'ailleurs, le Professeur FRYDMAN (gynécologue-obstétricien des hôpitaux de Paris) propose d'envisager à titre expérimental le don dirigé (dons de gamètes entre personnes connues) dans le cadre de la procréation médicalement assistée et de faire un constat à l'issue de quelques années¹⁸⁵. En comparaison avec la gestation pour autrui, il semble réellement que les conséquences psychologiques seront moins lourdes pour un enfant qui connaîtra ses origines personnelles et la manière dont il a été conçu et porté, plutôt qu'un enfant qui a été porté par sa propre mère mais qui ignorera toute sa vie son origine biologique paternelle.

L'enfant procréé, recherché avec acharnement par le couple demandeur, a plus de chance d'être un enfant heureux que beaucoup d'autres conçus à l'intérieur du couple et qui doivent parfois grandir dans un milieu familial peu favorable¹⁸⁶. D'ailleurs de nombreux arrêts ont été favorables à l'adoption dans l'intérêt de l'enfant.

Enfin, au nom des arguments favorables à cette pratique, relativement à la mère utérine, il y a l'idée de solidarité entre les femmes stériles animées par un désir d'enfant et les femmes qui acceptent d'accéder à ce désir. Si le principe d'indisponibilité du corps humain n'est plus raisonnablement soutenu aujourd'hui, des opposants à la gestation pour autrui invoqueront l'insurmontable principe du respect du corps humain. Or si le respect du corps humain passe par la non-patrimonialisation, il n'implique pas le refus du don, preuve en est la reconnaissance du don d'organes et de produits du corps humain. C'est pourquoi la terminologie don de gestation ou gestation pour autrui est préférable au prêt ou à la location d'utérus, car elle ne comporte aucune connotation matérielle et sous-entend la générosité, le sentiment d'altruisme qui motive ce geste lorsqu'il est fait à titre gratuit¹⁸⁷.

¹⁸⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Le secret des origines », Colloque international, décembre 1998, *Secret et justice*, Publication de l'espace juridique, Lille, 1998, p. 185 et suiv.

¹⁸⁵ FRYDMAN (R.), *Dieu, la médecine et l'embryon*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 209.

¹⁸⁶ Cf. par exemple, RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Congélation d'embryons, fécondation in vitro, maternité de substitution. Point de vue d'un juriste », *Génétique, Procréation et Droit*, Paris, Actes sud, Hubert Nyssen éditeur, p. 315 et note 31 : « Ce n'est vraiment pas l'intérêt de l'enfant qui conduirait à proscrire le recours à des mères de substitution (...). Le risque d'être maltraité ou abandonné existe certainement beaucoup moins pour ces enfants ardemment désirés que pour ce qui naissent sans avoir été voulus ».

A ce titre, l'anthropologue Helena RAGONE, internationalement connue pour ses travaux sur la question, cite les propos d'une « surrogate » âgée de 30 ans, mariée, deux enfants : « *Ce bébé n'est en aucun cas le mien. Je lui ai fourni l'environnement nécessaire pour qu'il puisse naître et qu'il soit rendu à son papa et à sa maman. C'est une forme facile de baby sitting*¹⁸⁸ ». Déjà, dès le milieu des années 1980, une partie de la doctrine a exprimé son sentiment de sympathie envers la gestation pour autrui. M. SERIAUX écrivait en 1990 : « *Il est permis d'estimer cette pratique parfaitement légitime ; elle est même louable*¹⁸⁹ ».

De plus, il faut dénoncer une incohérence. Cette femme empêchée par la loi de donner, avant sa grossesse, à un couple agréé par elle l'enfant qu'elle portera, moyennant équitable récompense, possède par contre le droit discrétionnaire de l'abandonner, une fois né, au hasard des établissements ou du service de l'ASE, ou pis encore de recourir à une interruption volontaire de grossesse pendant les douze premières semaines¹⁹⁰.

Enfin, la situation psychologique de la femme n'apparaît pas comme un risque dès lors que son consentement a été donné librement et de manière éclairée. En effet, l'attachement intra-utérin de la mère et l'enfant n'est pas lié à la biologie. Une femme enceinte s'attache psychologiquement à son enfant car elle se projette avec lui dans le futur, par exemple, elle lui choisit un prénom, elle imagine son visage... Il s'agit de l'attachement prénatal. Mais, dans la gestation pour autrui, il n'y a pas d'attachement au fœtus car la mère gestationnelle ne se projette avec lui puisqu'elle sait que ce n'est pas son enfant. A l'inverse, la mère intentionnelle vit une « grossesse psychique » et l'attachement se fait ici¹⁹¹. Il en va peut être de manière un peu plus complexe du risque physique, non négligeable, qu'entraîne une grossesse et un accouchement. Mais la prise de risque ne relève t'elle pas au demeurant de la volonté de chacun ?

Il résulte de cette première partie que le droit français a tout organisé pour dissuader la pratique de la gestation pour autrui.

Les juges prononcent la nullité du contrat sur le fondement des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, qui sont aujourd'hui critiquables. Mais, le refus de l'adoption ne dissuade pas les couples d'y recourir et les sanctions pénales s'avèrent

¹⁸⁷ DEPADT-SEBAG (V.) et DELAISI DE PERSEVAL (G), « La gestation pour autrui peut elle devenir une indication d'assistance médicale à la procréation » in *Les cahiers du CCNE pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 461, préc., janv-mars 2006, p 49.

¹⁸⁸ RAGONE (H.), *Surrogate Motherhood : Conception in the heart*, Oxford, West view Press, 1994.

¹⁸⁹ SERIAUX (A.), *J.C.P.*1990.II.21526.

¹⁹⁰ V. « La querelle des mères porteuses », site Internet : www.perso.wanadoo.fr/max-christian.ducomte/mere/

¹⁹¹ Il y a peu de travaux sur ce sujet, toutefois Mme Laure CAMBORIEUX, Présidente de l'association Maia et étudiante en psychologie, est actuellement en train de rédiger un rapport.

inefficaces. Le couple intentionnel parvient à ses fins par tout moyen, notamment en se déplaçant dans les pays où cette pratique est autorisée. Aujourd'hui, rares sont les commentateurs qui approuvent le maintien de la solution actuelle, tel l'arrêt récent du 9 décembre 2003¹⁹². On souligne plutôt que les conditions de l'adoption sont parfaitement respectées alors même que la maternité de substitution est illicite.

Cette prohibition injustifiée a pour conséquence d'ignorer l'enfant issu de cette pratique qui se retrouve dans l'état de victime puisqu'il est dans l'impossibilité d'établir sa filiation maternelle. Or, comment un contrat nul peut-il nuire à un tiers ? N'y a-t-il pas une incohérence ?

¹⁹² MASSIP (J.), POISSON-DROCOURT (E.), *J.C.P.* 2004, n° 28, p.1999.

SECTION II – UNE CONVENTION DONT L'ILLÉGALITÉ NUIT AU TIERS : L'ENFANT

Le droit français ignore l'enfant issu des conventions de gestation pour autrui (I), ce qui amène nécessairement à réfléchir sur l'élaboration d'un statut pour cet enfant (II).

I – L'indifférence du droit français à l'égard de l'enfant issu des conventions de gestation pour autrui

Le droit français ignore l'enfant issu des conventions de gestation pour autrui (A), ce qui semble contraire aux conventions internationales (B).

A – La volonté affichée du droit d'ignorer l'enfant

En effet, la politique législative du XX^{ème} siècle est fondée sur l'occultation de la vérité (1), ce qui a pour conséquence de sacrifier l'enfant au nom de l'intérêt général (2). Certains juges ont tenté de faire primer l'intérêt de l'enfant avant toute autre considération, mais ces arrêts furent cassés par la Cour de cassation (3). Il en résulte que la situation actuelle de l'enfant issu des conventions de gestation pour autrui est comparable à celle de l'enfant adultérin avant 1972 (4).

1 – La politique législative du XX^{ème} siècle

Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ s'interroge sur une législation largement fondée sur l'occultation de la vérité. Elle remarque que le législateur du XX^{ème} siècle organise sciemment des filiations mensongères et érige en délit passible d'emprisonnement et d'amende la

recherche de la vérité¹⁹³. Ainsi, est puni par le Code de procédure pénale la recherche de l'identification génétique d'une personne sans autorisation judiciaire (art. 226-28) ou le fait de divulguer une information permettant d'identifier l'identité d'un donneur de gamètes ou du couple receveur (art. 511-10). Mais ses sanctions sont cohérentes avec le renforcement de l'anonymat dans les filiations : anonymat de l'accouchement sous X, anonymat des procréations assistées hétérologues. Avec les lois du 29 juillet 1994, le consentement du donneur et des receveurs suffit à créer un état factice pour l'enfant. Cette constatation met à mal le principe de l'indisponibilité des personnes sur lequel s'était fondée la Cour de cassation pour interdire les conventions de mère porteuse. Notons que paradoxalement, le renforcement de l'accouchement sous X favorise la fraude et la persistance des pratiques de mères porteuses.

Mais, ce bouclage des filiations factices dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation est en totale incohérence avec notre droit de la filiation fondée sur la vérité biologique¹⁹⁴. Or, pourquoi le législateur a-t-il adopté une telle attitude ? La réponse est le retour en force de la filiation sociale par rapport à la filiation biologique. Les auteurs de la loi du 3 janvier 1972 ont cru que l'essentiel était la vérité biologique. Toutefois, dans certains cas, la stabilité de l'enfant, l'honneur des parents et la tranquillité publique sont intéressés à ce que certaines vérités ne soient pas dites. Les pédopsychiatres ont toutefois attiré l'attention sur les dangers potentiels, pour le psychisme de l'enfant, des non-dits, secrets et autres « cadavres » dans le placard¹⁹⁵. C'est ainsi que nous pouvons parler de déni des droits de l'enfant : les droits de l'enfant ne sont reconnus que dans la mesure où ils coïncident avec ceux des parents et des adultes en général.

Dans la pratique des conventions de maternité pour autrui c'est pis, car l'enfant est sacrifié au nom de l'intérêt général, alors même que le problème de l'anonymat ne se pose généralement pas car la mère porteuse entretient des relations avec le couple commanditaire. Le refus explicite des magistrats, et implicite du législateur, d'établir la filiation maternelle à l'égard de l'enfant, caractérise également une occultation de la vérité « biologique et sociale ».

¹⁹³ DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 2 juin 1995, p. 249 et spéc. p. 261.

¹⁹⁴ NEIRINCK *in* « Le droit de la filiation et les procréations médicalement assistées », *LPA*, 14 déc. 1994, p. 54.

¹⁹⁵ V. les chapitres 4, 5, 6 et 15 du livre collectif *Enfance menacée*, éd. Inserm, 1992, sous la direction de RAIMBAULT (G.) et MANCIAUX M.).

2 – Le sacrifice de l'enfant au nom de l'intérêt général

En premier lieu, nous pouvons citer la loi de 1994 qui crée une « surfiliation » dans les procréations hétérologues. Les motifs tiennent à un jugement de valeur sur la conduite des adultes et non l'intérêt de l'enfant. Les raisons sont exposées dans les travaux parlementaires : il est apparu inadmissible que l'homme revienne sur son consentement ou que la femme arrache l'enfant à celui qui avait consenti à sa procréation¹⁹⁶. La véritable raison est le secret de la filiation, la stérilité du couple et préserver la fiction législative : lorsqu'une loi organise un mensonge, son dévoilement serait une grave atteinte à l'autorité de la loi. L'anonymat protège donc le père mais pas l'intérêt de l'enfant.

Mais ce qui nous intéresse particulièrement est le sort de l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui. En effet, le refus de l'adoption est totalement injuste¹⁹⁷.

Citons une lamentable affaire du 29 juin 1994¹⁹⁸ qui montre les résultats concrets de la position de principe de la Cour de cassation de 1991. Un enfant est né d'une mère de substitution et avait été remis à l'épouse de son père. Le couple ayant divorcé entre temps, le père refuse de consentir à l'adoption demandée par son ex-épouse, qui avait cependant conservé l'enfant avec elle. La cour d'appel¹⁹⁹ est passée outre ce refus en l'estimant constitutif d'un abus de droit. L'interdiction d'adoption posée par la Cour de cassation privilégie le père, qui n'est pas le moins fautif dans cette affaire, et prive définitivement l'enfant de toute perspective d'avoir un jour une filiation maternelle puisque sa mère biologique l'a abandonné et que sa mère nourricière ne peut l'adopter.

Or, le priver de sa filiation maternelle est le priver de tous les droits qui sont rattachées à celle-ci. Ainsi, la loi le prive de la protection que confère l'autorité parentale (art. 371-1 C. civ.), du devoir d'entretien et d'éducation, des grands-parents, des droits successoraux. De plus, c'est laisser le sort de l'enfant à la discrétion du père.

L'établissement d'une filiation maternelle est donc aléatoire alors qu'elle va dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Les dernières solutions jurisprudentielles sont la cruelle illustration de ce que l'intérêt de l'enfant n'existe que s'il corrobore l'harmonie sociale. C'est le cas des arrêts de la première chambre civil du 23 avril 2003²⁰⁰ et du 9 décembre 2003²⁰¹ ainsi que l'arrêt de

¹⁹⁶ *Rapport AN*, n°2871, t. 1, p. 140.

¹⁹⁷ *Droits de l'enfant*, *D.* 1992, *Somm.* p. 59, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.).

¹⁹⁸ *Civ. 1^{ère}*, 29 juin 1994, *D.* 1994. *Jurisp.* 581, note CHARTIER.

¹⁹⁹ Poitiers, 22 janv. 1992, *D.* ; 1993, *Somm.* p. 119, obs. VASSAUX-VANOVERSCHELDE.

²⁰⁰ *Cass. Civ. 1^{ère}*, 23 avril 2003, n° 02-05. 033.

la cour d'appel de Rennes du 4 juillet 2002²⁰². A la mort du père, l'enfant sera orphelin. Ces arrêts violent donc directement l'intérêt des enfants.

Madame RUBELLIN-DEVICHI a critiqué la position de la jurisprudence française dans l'arrêt de la cour d'appel de Rennes²⁰³. Si le principe est que la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie, il n'y a pas de véritable définition de la mère en droit français. Cet adage, atténué par la possibilité d'accoucher dans l'anonymat, est inexact et dépassé. De plus, les procédés scientifiques, qui sont de droit, donnent une certitude de la filiation (arrêt Civ. 1^{re} 28 mars 2000). Dans l'affaire qui nous concerne, les juges ont porté directement atteinte à l'intérêt des enfants en les privant de leur filiation maternelle génétique sans bénéfice pour personne, en obligeant les parties à trouver une stratégie pour établir le lien de filiation maternelle, peut être dans un détournement des règles de l'adoption.

On disait que le droit de la famille qui ressort de l'étude des lois récentes devait être pédocentrique. Or, il fait passer la paix des familles, l'ordre social et la stabilité des structures familiales avant les droits et l'intérêt de l'enfant²⁰⁴.

3 – Les solutions jurisprudentielles avortées : la méprise de l'intérêt de l'enfant

Comme nous l'avons vu précédemment, mais que nous allons préciser, certains arrêts des juges du fond ont résisté à la position de l'Assemblée plénière de 1991 en montrant comment un éclairage différent porté sur l'adoption d'un enfant né d'une mère « porteuse » aboutit à une solution radicalement inverse (Pau 19 février 1991). Tous les arrêts partent d'un raisonnement identique à savoir la nullité de la convention. Fallait-il pour autant tiré de l'illicéité de la convention l'impossibilité pour l'épouse du père d'adopter ?

L'indivisibilité entre l'adoption et la convention semble évidente²⁰⁵, mais ce raisonnement conduit à voir l'enfant comme un objet et non un sujet. Or, le fait d'être adopté pour l'enfant par l'épouse du père est conforme aux finalités de l'adoption et ne constitue pas un détournement de l'institution de l'adoption au profit de l'enfant²⁰⁶. Traiter l'enfant comme une

²⁰¹ Cass. Civ. 1^{ère} 9 déc. 2003, n°01-01.927, n° 1644 F – P : *J.C.P.* 2004, I, n° 109, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.); *Dr. famille* 2004, Comm. n°17, obs. MURAT (P.); *Defrenois* 2004, p. 592, note MASSIP (J.); *Revue Lamy* mai 2004, art. GAUMONT-PRAT (H.); *D.* 2004, p. 1998, note POISSON-DROCOURT (E.).

²⁰² CA Rennes, Chambre du conseil, 4juill. 2002, n°01/02471, D. et a. c/ Ministère public.

²⁰³ *J.C.P.* 2003, I, p. 101, note RUBELLIN-DEVICHI.

²⁰⁴ DEKEUWER-DEFOSSÉZ (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *préc.* p. 269.

²⁰⁵ *D.* 1991, jurisp. p. 380, note LARRIBAU –TERNEYRE (V.)

²⁰⁶ *Droits de l'enfant*, *D.* 1992, Somm. p. 59, préc.

véritable personne implique de dissocier la convention où il n'intervient pas et l'adoption dont il est partie prenante, et même partie principale. Il faut s'interroger sur son intérêt propre, quitte à le confronter ensuite à ceux auxquels il s'oppose. Pour l'enfant l'abandon de sa mère est un fait dont il souffre. Son intérêt n'est certainement pas d'attendre une improbable et tardive revendication. Elevé au foyer par l'épouse, l'enfant a un intérêt à être adopté par cette dernière. La véritable question est donc de savoir si l'intérêt de l'enfant d'être adopté est plus ou moins important que l'intérêt qui s'attache à la sanction de la maternité de substitution ? L'indivisibilité de l'adoption et de la convention est une réponse implicite et évite de mettre en lumière les véritables enjeux du débat.

Dans les années 1980, les magistrats se montraient assez tolérants et admettaient l'adoption d'enfants nés de « mère porteuse »²⁰⁷. Puis saisi à cinq reprises, le tribunal de grande instance de Paris rejeta les demandes d'adoption (le 28 juin 1989, le 12 juillet 1989, le 18 octobre 1989 et par deux fois le 6 décembre 1989), mais tous ces arrêts furent infirmés par la Cour d'appel de Paris²⁰⁸. La cour d'appel estime que « *la promesse de la mère substituée et la situation résultant de sa réalisation doivent être déclarées licites au regard tant des principes généraux que des règles légales applicables* ». Elle se fonde sur plusieurs arguments en faveur de la maternité de substitution :

- L'exercice des droits naturels de chacun n'a de borne que celles qui assurent aux autres membre de la société la jouissance de ces mêmes droits.
- Le droit de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui.
- La maternité substituée met en œuvre une technique connue, fondée sur le libre consentement des intéressés.
- L'abandon à la naissance, suivi de l'adoption, et la reconnaissance purement formelle mais non contestée se font suivant les règles fixées par le législateur.
- La mère a librement renoncé à reconnaître son enfant, ce qui permet au père d'exercer légitimement l'autorité parentale.
- Le caractère volontaire de l'organisation des liens de famille ne porte pas atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes.

²⁰⁷ TGI d'Aix-en-Provence, 5déc. 1984 : *J.C.P.* 1986, II, n°20561, note BOULANGER : *R.T.D. civ.* 1986, p. 578, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.).- TGI Versailles, 9 juillet 1986 : *RTD civ.* 1990, p. 255, obs. RUBELLIN-DEVICHI.- CA Pau 19 fév. 1991 : *D.* 1991, p. 380, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.) : *D.* 1992, Somm. p. 59, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.).

²⁰⁸ CA Paris, 15 juin 1990, n°89-18925 : *J.C.P.* 1991, II, n°21653, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; CA Paris, 15 juin 1990, n°89-18375 : *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER, *Clunet* 1990, p. 985, note GAUDEMET-TALLON (H.) ; CA Paris, 30 nov. 1990, n°89-23.04 ; CA Paris, 9 nov. 1990, n°90-3146.

- La maternité pour autrui devrait être admise au nom des exceptions de l'article 1128 du Code civil, parce qu'elle ne concerne pas une chose (l'enfant), qui n'est pas dans le commerce.
- La maternité de substitution, libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle, de ceux qui y souscrivent est licite et conforme à l'ordre public.
- Le montage juridique est conforme aux textes internationaux.

Mais ces décisions ont été qualifiées de provocatrices²⁰⁹ en particulier parce que « la Cour prend l'exact contre-pied non seulement d'un arrêt récent de la Cour suprême mais encore d'une jurisprudence de sa propre juridiction ». Elle se fonde sur une forme nouvelle de droit naturel, déduite d'une interprétation de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, «...considérant qu'au nombre de ces droits fondamentaux figure celui de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui ». La cour d'appel invente un nouveau droit de l'homme, qui n'est ni évoqué dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni dans la Convention européenne des droits de l'homme, ni même dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Ce droit naturel moderne supposerait que les individus définissent eux-mêmes au titre de leur seule volonté leur propre ordre public c'est-à-dire les limites qu'ils entendent donner à leur liberté donc la mise à disposition de l'état des personnes. Les hommes sont maîtres de leur corps et donc de leurs facultés reproductrices.

Selon la cour, il n'y a pas d'atteinte à l'indisponibilité du corps humain car elle est librement consentie et assumée, la maternité de substitution doit être mise sur un même plan que le don d'organes, d'autant qu'elle n'est pas définitive. L'argumentation essentielle est le rôle licite de la volonté individuelle et de la liberté de la mère naturelle de ne pas établir sa filiation maternelle, ce qui laisse ouverte la possibilité de substituer une autre mère par la voie normale de l'adoption. La renonciation de la mère s'induisait de son abstention délibérée, admise par la loi, de reconnaître son enfant, abstention qui ne réalise nullement une cession illicite des droits de l'autorité parentale au père biologique, puisque celui-ci les ayant fait consacrer par une reconnaissance de l'enfant, les possède déjà. Il est exact qu'il n'y a pas de cession illicite des droits. Mais certains auteurs estiment que cette interprétation formaliste détourne l'esprit et le but des lois permettant l'abandon volontaire, en y voyant l'exercice d'un droit et en omettant de considérer que la mère s'est engagée par contrat à cet abandon.

²⁰⁹ Note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU, préc.

Dans le même sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers²¹⁰ précité, qui fut cassé par la Cour de cassation le 29 juin 1994, condamne la maternité de substitution mais paradoxalement admet son efficacité dans l'intérêt de l'enfant. Elle énonce les deux principes de 1991, mais les écarte au nom du devoir de la société de protéger l'enfant contre les erreurs des adultes et au nom de l'égalité entre l'homme et la femme. Or, il est peu astucieux de spéculer sur les obligations de la société et d'arguer une règle qui n'est finalement pas respectée. La motivation est maladroite mais a le mérite de passer outre le refus du père et protéger l'enfant. Il s'agit d'une solution équitable.

Mais, toutes ces jurisprudences, quelques soient les critiques, ont eu le mérite d'ériger l'intérêt de l'enfant comme ligne directrice de leur réflexion, alors que le mouvement général est d'en faire une « boîte à tout faire ». Tout le poids de la difficile progression de l'intérêt de l'enfant pèse sur les épaules du juge, il s'agit d'une tâche obscure mais fondamentale puisqu'elle pose les fondations de notre droit de demain²¹¹.

4 – L'analogie avec l'enfant adultérin

La situation des enfants nés de mère porteuse doit être rapprochée de celles des enfants adultérins, dont ils sont d'ailleurs une variété. La loi a renoncé à poursuivre les comportements illicites des adultes en décriminalisant l'adultère, et en refusant sciemment d'incriminer la convention de gestation pour autrui dans les lois de 1994 (pourtant les autres interdictions posées par ces lois sont sanctionnées pénalement). Dans les deux cas, le législateur a estimé que ces comportements peu recommandables n'appelaient pas une réponse pénale. Dans le cas de l'enfant adultérin, on peut faire valoir le souci de protéger la famille légitime. Mais dans le cas de l'enfant issu des conventions de mère porteuse, le refus de l'adoption ne profite à personne. Le propos demande un minimum de justice et de cohérence. Si un comportement est considéré comme moralement et socialement nuisible, ceux sont qui l'adoptent qui doivent être sanctionnés et non pas leurs enfants innocents²¹².

Avant 1972, l'enfant adultérin ne pouvait pas établir sa filiation. La filiation adultérine ou incestueuse était mal acceptée, elle était même inférieure par rapport à la filiation naturelle simple, du fait qu'elle résultait d'un adultère ou d'un inceste, profondément contraires aux bonnes mœurs. Lors des travaux parlementaires précédents la loi de 1972, M. JOZEAU-MARIGNE, ancien sénateur, critique le système qui « *fait payer à des enfants qui ne sont pas responsables du comportement plus ou moins condamnable de leurs parents, le prix de ces*

²¹⁰ Poitiers, 22janv. 1992, VASSAUX-VANOVERSCHELDE, préc.

²¹¹ DONNIER (M.), « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, Chr. p. 27.

²¹² DEKEUWER-DEFOSSÉZ (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *préc.* p. 269.

agissements, en les privant de tous moyens de subsistance et de leurs droits les plus élémentaires : droit à la filiation, à l'entretien et à l'éducation ». Il rappelle que notre droit a été condamné par les instances de l'Organisation des Nations Unies, comme constituant une discrimination à l'égard d'une certaine catégorie de population, au même titre que les législations basées sur une discrimination raciale²¹³. Le projet de loi cherche à établir une égalité de principe entre toutes les catégories d'enfants.

Depuis la loi n°72-3 du 3 janvier 1972, le fait que le père ou la mère soit mariée par ailleurs n'empêche pas d'établir sa filiation. La loi de 1972 représente une révolution : à l'ancienne hiérarchie des filiations, elle substitue l'égalité aux fictions ; à l'hypocrisie du droit antérieur, elle préfère la vérité²¹⁴. Cette loi a réécrit, au Code civil, le titre de la filiation. Pour la première fois, en effet, le principe était posé de l'égalité des droits entre les enfants, quelle que fut la qualité de leur filiation. M. Maurice BRIAND²¹⁵, député, énonce que *« la loi de 1972 a constitué un incontestable progrès dans le droit de la famille et de la filiation en s'engageant dans la voie d'une plus grande égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels et en supprimant l'infâmante catégorie des enfants adultérins. Elle tendait ainsi à unifier les droits des enfants, quelles que soient les conditions dans lesquelles leur conception était intervenue et quelle que soit, par ailleurs, la situation de leurs parents »*. Ainsi expurgé de conceptions moralisatrices, le droit civil de la filiation y gagnait en justice et en équité en prenant davantage en compte l'intérêt des enfants²¹⁶. Pourquoi l'enfant doit-il être puni de l'inconséquence de ceux qui l'ont appelé à la vie ? Pour M. FOYER, ancien ministre, c'est une loi de justice et de vérité, une loi d'égalité des enfants, en leur assurant l'établissement d'une filiation exacte, et de responsabilité de leurs auteurs. Il affirme que *« l'Assemblée*

²¹³ Sénat, n° 16, 1971-1972, p. 7 M. Léon JOZEAU-MARIGNE

²¹⁴ HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de famille*, 2^e éd., Paris, 1993, p. 215.

²¹⁵ JO débats parlementaires AN 2^o séance du 14 déc. 1981.

²¹⁶ Au statut d'égalité entre les enfants, la loi du 3 janvier 1972 avait accolé une importante restriction : cet enfant « adultérin », qui a accédé à la vie juridique en 1972, est encore frappé d'une *capitis demi-nutio*, devenue injustifiable, au plan successoral en présence du conjoint bafoué ou des demi-frères et sœurs conçus au cours du mariage auquel il a été porté atteinte. Parce que la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, à la suite du recours formé après l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 juin 1996, dans l'arrêt rendu le 1^{er} février 2000, la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins est venue supprimer toute discrimination relative à la condition juridique des enfants adultérins. Il n'y a donc plus de « filiation adultérine », Rubellin-Devichi (J.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, 2001, n°1198.

montrera qu'elle a la résolution de rendre le Droit et la Société non seulement plus généreux mais tout simplement juste »²¹⁷.

Mais, aujourd'hui, cette égalité entre tous les enfants n'est plus parfaite. L'égalité des filiations n'est pas réelle²¹⁸ depuis que la science est capable de distinguer la conception et la gestation. Si tous les enfants peuvent établir leur filiation, un enfant a été oublié par le législateur : l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui. Il ne peut établir, en l'état actuel du droit, que sa filiation paternelle. Or, les raisons de fond pour interdire l'établissement du double lien de filiation sont différentes pour l'enfant incestueux et l'enfant issu des conventions de mère porteuse. L'enfant incestueux ne peut établir sa filiation à l'égard des deux parents car le législateur a voulu éviter que ses origines ne figurent, contre son intérêt, dans son acte d'état civil, l'inceste étant totalement contraire aux bonnes mœurs. Mais, concernant l'enfant issu d'une convention de mère porteuse, l'illégalité commise par les parents n'est pas comparable à l'inceste. L'interdiction d'établir la filiation maternelle, dans ce cas, est injuste et désormais injustifiée (notamment avec le développement de la procréation médicalement assistée).

L'enfant est donc victime de l'illégalité commise par ses géniteurs. Ainsi l'argument de discrimination invoqué en faveur de l'établissement la filiation adultérine avant 1972 est transposable à l'enfant issu de la gestation pour autrui. A défaut, le père pourra toujours simuler une liaison adultère (pour permettre l'adoption de l'enfant par son conjoint) afin d'esquiver la prohibition d'adoption posée par la Cour de cassation à l'égard de l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui.

Il en résulte que la politique législative et jurisprudentielle excluant l'enfant issu de convention de gestation pour autrui semble en totale contradiction avec le droit des conventions internationales.

B – Une jurisprudence vraisemblablement contraire aux conventions internationales

La jurisprudence actuelle semble contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant, puisque désormais, elle est d'application directe (1). Une solution pour sortir de cette situation inextricable résiderait également dans le recours à la Convention européenne des

²¹⁷ Rapport de M. FOYER, au nom de la commission des lois (n°1926) 1970-1971 p. 32

²¹⁸ Contrairement à ce que certains auteurs prétendent, V. RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Droit de la famille*, préc.

droits de l'homme (2). Enfin, nous pouvons souligner que les magistrats internes ont quelques difficultés pour trancher les litiges en raison de l'incohérence du droit (3).

1 – La violation caractérisée de la Convention internationale des droits de l'enfant

La théorie de l'applicabilité directe aide à déterminer si un particulier peut se prévaloir ou non des stipulations d'une convention internationale en vigueur (autrement dit une convention ratifiée, publiée et d'application réciproque selon l'article 55 de la Constitution). Pour qu'un justiciable puisse revendiquer le bénéfice d'une disposition d'un traité, encore faut-il que la norme soit reconnue d'applicabilité directe. En cas contraire, elle est réputée d'application indirecte et ne s'adresse qu'aux Etats signataires.

La Convention internationale des droits de l'enfant²¹⁹ (C.I.D.E.) s'applique à tous les enfants quelle que soit leur nationalité. Or, la solution adoptée par la Cour de cassation (et implicitement par le législateur en 1994) à l'égard de l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui est contraire à nombre de principes posés par des conventions internationales. Ainsi viole-t-elle la Convention des droits de l'enfant, selon laquelle l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale en matière d'adoption (art. 21). On peut aussi y voir une atteinte au principe selon lequel l'enfant privé de son milieu familial a droit à une famille de remplacement (art. 20). De même, il y a une violation du principe selon lequel **l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent** (art. 3§1).

A l'époque des arrêts rendus, les auteurs n'entraient pas dans le débat relatif à la compatibilité entre les normes nationales et la Convention l'estimant stérile. La raison invoquée est que le Conseil constitutionnel n'appréciait pas la validité des lois au regard des traités internationaux, et que la Cour de cassation refusait l'application directe de cette Convention par les tribunaux judiciaires en droit interne²²⁰. Quoiqu'il en soit, il était manifeste que le législateur français méconnaissait cette convention en matière de filiation.

Mais douze ans après, la jurisprudence a évolué et les données du problème sont différentes. Les magistrats de la première chambre civile ont opéré un revirement de jurisprudence. Au postulat de refus de l'arrêt *Lejeune* répond désormais la position d'ouverture de l'arrêt

²¹⁹ Site Internet : <http://www.justice.gouv.fr/textfond/enfant.htm#haut>

²²⁰ Arrêt « Lejeune », Cass. Civ. 1^{ère} 10 mars 1993 : *D.* 1993, jurispr. p. 361, note MASSIP (J.) ; *R.T.D. civ.* note LAGARDE (P.) *Rev. dr. soc.* 1993, p. 533, note MONÉGER (F.) ; *RGDI pub.* 1993, p. 1051, note ALLAND (D.) ; *RTD civ.* 1993, p. 341, n°25, p.572, n°22, obs. HAUSER (J.) ; *J.C.P. G* 1993, I, 3688, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) ; *D.* 1994, Somm. p. 34, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.).

Washington. Aujourd'hui, « l'article 3§1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (...) est d'application directe devant les juridictions françaises » (Cass. Civ. 1^{ère} 18 mai 2005²²¹ et Cass. Civ. 1^{ère} 14 juin 2005²²²). Mais cette acceptation judiciaire ne fut pas une marche facile. Dans ses grandes lignes, le mouvement général a débuté par une applicabilité directe de principe, pour passer à une inapplicabilité indirecte de rigueur, avant de revenir à une applicabilité directe pragmatique, longtemps implicite²²³. La solution de ces arrêts rendus à propos du lieu de résidence d'un enfant entre des parents américains et français ne sont-ils pas transposables aux enfants issus des conventions de gestation pour autrui ? En effet, à titre d'exemple, citons l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 1^{er} février 2001 (cassé par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 décembre 2003²²⁴), les époux avaient fait référence dans leur argumentation à l'article 3§1 de la CIDE. Cette disposition fut écartée car elle n'était pas d'application immédiate par les tribunaux. Mais aujourd'hui, la solution serait sensiblement différente.

De même, l'article 2 de cette convention dispose que les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées « pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toute forme de discrimination ou de sanction motivée par la situation juridique... de ses parents ». N'y a-t-il pas la solution pour une nouvelle interprétation jurisprudentielle²²⁵ ? A savoir dissocier la convention de gestation pour autrui, nul d'ordre public, et l'intérêt de l'enfant en permettant l'adoption par la femme stérile dès lors que la mère porteuse n'a revendiqué aucune filiation maternelle. L'intérêt de l'enfant serait sauvegardé dans les deux hypothèses et la cohérence juridique assurée. Dissocier les deux notions éviterait la conséquence du détournement de l'institution de l'adoption. En effet, les conditions de fond de l'adoption plénière (C. civ., 353) ne visent que l'intérêt de l'enfant, celui-ci étant évidemment d'établir sa filiation maternelle.

Mais cette approche utilisée par nombreux juges du fond a toujours été rejetée par la Cour de cassation. Ne doit elle pas modifier désormais sa position ?

²²¹ Cass. Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02-20.613 : Juris-Data n° 2005-028424 ; *J.C.P.G.* 2005, II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS et STRICKLER (Y.), *Dr. famille* 2005, Comm. 156.

²²² Cass. Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, n° 04-16.942 : Juris-Data n° 2005-028932, *J.C.P.G.* 2005, II, 10115, note CHABERT (C.).

²²³ CHABERT (C.), « Pour un réexamen de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant » : *J.C.P. G* 2003, I, 129, n°47.

²²⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 9 déc. 2003, *D.* 2004, n°28, p. 1999, note POISSON-DROCOURT (E.).

²²⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 23 avr. 2003, *J.C.P.G.*, 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN.

2 – Une solution tirée de la Convention européenne des droits de l’homme

L’article 8§1 de la Convention européenne des droits de l’homme (CEDH) prévoit que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...* ». A titre d’exemple, dans l’arrêt du 9 décembre 2003 précité, l’épouse (Madame D.) arguait de cet argument en rappelant que l’enfant était élevé au foyer depuis douze ans. La Cour de cassation a érudé ce moyen. Il semblerait pertinent que cette question soit portée devant la Cour européenne des droits de l’homme²²⁶.

En effet, à de nombreuses reprises, elle a condamné la France pour violation de l’article 8 de la CEDH car les textes nationaux relatifs au mode d’établissement de la filiation maternelle apparaissent souvent incompatibles avec l’interprétation de la CEDH issue de la jurisprudence de la Cour EDH. Dans l’arrêt *Marckx*, le droit belge de 1973 prévoyait qu’une mère célibataire ne pouvait établir sa filiation avec l’enfant que par une reconnaissance volontaire ou une déclaration judiciaire de maternité. Mais, étant enfant naturel, sa capacité de recevoir à titre gratuit était inférieure par rapport aux enfants légitimes. La seule solution pour Madame Marckx était d’adopter sa propre fille pour améliorer sa condition successorale. Se fondant sur l’article 8 de la CEDH, la Cour a indiqué que le respect de la vie familiale nécessitait « *l’existence en droit national d’une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l’intégration d’un enfant dans sa famille* ». En analogie avec notre affaire, nous pouvons considérer que cette nécessité n’a pas été respectée dans le cas d’espèce car l’intégration de l’enfant de Madame D n’a pas été réalisée au sein de sa famille maternelle. Par ailleurs, dans un domaine voisin, la Cour EDH a admis l’applicabilité de l’article 8 en se fondant sur les apparences de vie de famille, entre un transsexuel, sa concubine et l’enfant né de procréation médicalement assistée.

Puis, le refus de prononcer l’adoption de l’enfant issu d’une convention de mère porteuse paraît constituer une discrimination fondée sur la naissance au sens de l’article 14 de la CEDH. Ne pouvant établir sa filiation par adoption, l’enfant de Madame D ne peut recevoir les biens par sa mère qui l’élève, ni ceux des grands-parents maternels. Ces mesures lésant la famille naturelle sont discriminatoires. En revanche, l’adoption n’est pas un droit garanti par la CEDH²²⁷. Une large marge d’appréciation a été reconnue aux Etats parties à la Convention

²²⁶ GAUMONT-PRAT (H.), « Pas d’adoption pour les enfants issus de conventions de mère porteuse », *Revue Lamy droit civil*, mai 2004, p.31.

²²⁷ Ex. req. n°6482-74, X...c/ Belgique, 10 juillet 1975, DR 7, p. 75 ; req. n°7229-75, X...c/ Royaume-Uni, 15 déc. 1977, DR 12, p. 32.

européenne : seules les autorités nationales sont compétentes pour consacrer ces liens familiaux qui sont par définition artificiels et électifs²²⁸

Ces décisions sont transposables à l'enfant issu de convention de gestation pour autrui. Ce qui est essentiel dans l'arrêt *Marckx* est le droit fondamental de l'enfant d'avoir une «vie familiale normale» et par suite l'obligation pour les Etats qui ont ratifié la Convention de prévoir l'établissement des liens de parenté légaux de tout enfant à l'égard de sa mère et de son père, et de leur parenté respective, sauf motif objectif et raisonnable. Or, refuser d'établir la filiation d'un enfant à l'égard de ses parents génétiques n'est pas raisonnable. Nous attendons alors impatiemment la condamnation de la France pour rétablir la justice à l'égard de cet enfant.

Par ailleurs, en étudiant les arrêts récents, nous pouvons remarquer que les juges sont face à une difficulté, en raison de l'évolution des données du problème et de l'incohérence et de l'injustice de notre droit. Ils ont du mal à répondre aussi catégoriquement qu'avant.

3 – L'émergence d'une nouvelle attitude des juges

Ainsi par une ordonnance du 30 septembre 2004, le tribunal de grande instance de Créteil a affirmé « les faits visés à l'encontre de deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours à une mère porteuse avec don d'ovocytes, prohibé en France mais autorisé aux Etats-Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national ». Il s'agit donc d'un non lieu. Un auteur, en commentant ce jugement²²⁹, a fait remarquer que les sanctions pénales actuelles sont inapplicables, et que le principe d'interdiction est discutable en considération des raisons justifiant la remise en cause de la gestation pour autrui (section 1, II, B) au travers des questions d'ordre éthique que pose cette technique à savoir l'intérêt de chaque personne en cause.

A l'occasion d'une autre affaire en cours²³⁰ portant sur une mère porteuse et une demande de transcription d'un état civil américain sur les registres français, le juge a rendu un jugement avant dire droit, ce qui montre la difficulté à répondre à la demande. Mais, le juge est tenu de juger sous peine de commettre un déni de justice même si la situation qu'on lui soumet semble nouvelle ou inhabituelle et ne paraît pas comporter de solution acquise : article 4 du Code civil²³¹. Il est évident que les choses doivent bouger. Sur conseil de l'avocat, le couple a

²²⁸ Req. n°8896-80, X...c/ Pays-Bas, 10 mars 1981, DR 24, p. 176.

²²⁹ DEPADT-SEBAG (V.), *D.* 2005, n°7, p. 476.

²³⁰ Nous ne pouvons citer le nom des parties car cette affaire n'est pas définitivement jugée.

²³¹ Voir de façon générale FAVOREU, *Etudes JWaline D.* 2002 « déni de justice et droit au juge ».

demandé l'obtention d'un certificat de notoriété devant le juge. Le juge des tutelles, en connaissant l'existence de la convention, l'a délivré sans aucune contestation.

Comment refuser d'établir la filiation maternelle à l'égard d'un enfant qui détient un acte de notoriété justifiant la possession d'état à l'égard de cette femme qui s'occupe de lui depuis la naissance ? Le droit civil sanctionne la convention par une nullité, mais contradictoirement l'enfant à la possession d'état qui devrait justifier l'établissement de sa filiation maternelle.

Enfin, lors d'un témoignage²³², une femme a affirmé que le procureur de la République du tribunal compétent avait volontairement ignoré la convention de gestation pour autrui préalable pour établir la filiation maternelle de l'enfant dont il est issu. En effet, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites (article 40 du Code procédure pénale), informé de la commission d'une infraction, le procureur de la République peut décider librement d'exercer ou non les poursuites. Ce magistrat est totalement indépendant des juges et des parties.

Toutes ces affirmations montrent la difficulté à laquelle les juges sont aujourd'hui confrontés. Les solutions précédentes et la loi de 1994 ne sont plus justifiées et sont totalement incohérentes et injustes à l'égard de l'enfant, ce qui fera sûrement l'objet d'une sanction par rapport aux principes établis par la Convention européenne des droits de l'homme. L'élaboration d'un statut pour l'enfant, indépendamment de l'illégalité commise par les parents, devient nécessaire.

II – L'élaboration nécessaire d'un statut pour l'enfant

En attendant une modification de la législation ou de la jurisprudence (B), une solution pourrait-elle trouver son fondement dans les moyens juridiques actuels (A) ?

A – La recherche d'un statut *de lege lata*

En vertu du droit actuel, la solution pourrait résider dans le concept de la possession d'état (1) ou dans l'adoption simple (2). Mais, à défaut de solution pour établir la filiation maternelle, il existe des substituts permettant de rapprocher la mère intentionnelle de son enfant (3).

²³² Site Internet : www.mai-asso.org

1 – La redécouverte de la possession d'état

Le refus d'établir la filiation maternelle de l'enfant marque une profonde indifférence aux droits de l'enfant. Cette solution est incohérente avec le reste du droit de la filiation qui réserve une part importante à la volonté individuelle dans l'établissement des liens de filiation. Les éléments fondamentaux de la filiation sont l'élément biologique, l'élément volontaire et l'élément socio-affectif constitué par la possession d'état.

En effet, la filiation charnelle, par le sang, était la seule connue et imaginable par les rédacteurs du Code civil : « *il n'y a que l'imagination avec laquelle on ne puisse pas faire d'enfant* » prétendait Bonaparte. Ce qui est vrai en 1804 l'est encore aujourd'hui : le lien juridique de filiation consacré par le Code civil est fondé exclusivement sur les liens du sang²³³, sauf filiation adoptive ou issu de procréation médicalement assistée qui interdit la recherche du lien de filiation (art. 311-19, 311-20 C. civ.).

Mais, la possession d'état est l'autre vérité : affective, sociologique²³⁴. Elle côtoie la vérité biologique, depuis la loi du 3 janvier 1972 surtout. Tantôt elles se recouvrent, tantôt elles entrent en conflit. C'est l'apparence de filiation qui commande les règles, et non la réalité. Posséder un état, c'est le vivre, en avoir l'appartenance et être considéré en général comme le titulaire de cet état ; c'est passer pour être issu de tels parents²³⁵. La possession d'état constitue une présomption simple de filiation, légitime ou naturelle.

Les articles 311-1 à 311-3 du Code civil sont communs à la filiation légitime et à la filiation naturelle, mais ils doivent être adaptés à chacune. L'article 311-1 alinéa 1 du Code civil définit la possession d'état comme « *une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir* ». L'article 311-2 du Code civil énonce les principaux de ces faits : le *nomen* (le nom : il faut que l'enfant ait toujours porté le nom de ceux dont il est issu), le *tractatus* (le traitement : il faut que ceux dont on le prétend issu l'aient traité comme leur enfant (éducation, entretien) et que lui-même les ait traités comme ses père et mère) et la *fama* (la réputation : il faut que l'enfant soit reconnu comme étant celui de ses père et mère par la société et la famille et par l'autorité publique). Elle doit être continue (sans durée précisée, habituel) et exempte de

²³³ GEBLER (M.-J.), *Le droit français de la filiation et la vérité*, thèse, Nancy, LGDJ, 1970.

²³⁴ CIRCULAIRE 17 JUILLET 1972, (JO 1972. P. 7646). RENÉ PLEVEN, MINISTRE DE LA JUSTICE, ÉNONCE QU'EN 1972, LE LÉGISLATEUR A ÉTÉ MU, AU-DELÀ DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE LES ENFANTS, PAR LE SOUCIS DE LA VÉRITÉ, PAR LE DÉSIR DE RATTACHER L'ENFANT _ CAR TEL EST EN DÉFINITIVE SON VÉRITABLE INTÉRÊT_ À SA FAMILLE RÉELLE, C'EST-À-DIRE EN FAIT, LE PLUS SOUVENT, À CELLE QUI L'ÉLÈVE EFFECTIVEMENT.

²³⁵ CORNU (G.), *Doit civil, La famille*, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 205.

vices. L'absence de vice signifie que la possession d'état doit être paisible (c'est-à-dire sans violence) et non équivoque (c'est-à-dire aucun doute sur l'apparence)²³⁶.

Remarquons qu'un enfant issu d'une convention de gestation pour autrui remplira généralement tous ces critères. Le risque serait que l'on oppose l'argument selon lequel la possession d'état serait viciée. Mais cet argument n'est pas valable s'il n'existe pas de possession d'état antérieure envers une autre famille. La possession d'état serait donc peut être un remède à leur situation injuste²³⁷ car, quelques années après, ne faut-il pas tenir compte de cette situation de fait ?

Pour la filiation légitime, parce qu'elle est indivisible, la possession d'état d'enfant légitime l'est pareillement. Reflet de la filiation, la possession d'état doit rattacher l'enfant aux deux époux qui sont ses parents (article 321 du Code civil) : la règle est classique²³⁸. La possession d'état suppléait, elle supplée entièrement le titre. Tel est le sens de l'article 320, qui n'a pas été modifié en 1972.

Le doyen CARBONNIER a analysé cet article du Code civil²³⁹.

- « *A défaut de titre* » : cela signifie, non seulement dans l'hypothèse de l'article 46 quand les registres n'ont pas été tenus ou détruits, mais toutes les fois que, pour une raison quelconque, l'enfant est dans l'impossibilité de représenter un acte de naissance faisant preuve de sa filiation légitime (soit que la naissance n'ait pas été déclarée, soit qu'elle ait été déclarée sans qu'il sache où, soit qu'elle ait été déclarée sans indication de la mère). Dans tous les cas, la possession d'état est admise à faire preuve. Cette argumentation est applicable à l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui car il est dans l'impossibilité de représenter un acte de naissance faisant preuve de sa filiation légitime c'est-à-dire qu'il soit l'enfant du couple marié.
- « *La possession d'état suffit* » : elle prouve toute la filiation, comme le titre. La possession d'état est la preuve par excellence de l'identité, puisque, tissu d'habitudes constitué jour après jour, elle relie l'individu à son passé, à son enfance, à son berceau; à la fois la filiation paternelle et la filiation maternelle.

²³⁶ LE BUT EST D'EMPÊCHER LES FRAUDES, NOTAMMENT D'EMPÊCHER UNE MÈRE ET SON NOUVEAU PARTENAIRE DE DOTER L'ENFANT D'UNE NOUVELLE POSSESSION D'ÉTAT, LAQUELLE PARALYSERAIT UNE POSSESSION D'ÉTAT ANTÉRIEURE ENVERS SON VÉRITABLE PÈRE NATUREL OU LÉGITIME (CASS. 1^{RE} CIV, 17 JUIN 1997, DEFRÉNOIS 1998, ART. 36815, P. 716, OBS. MASSIP (J.)).

²³⁷ Egaleme nt, CHARTIER, Cass. Civ. 1^{ère} 29 juin 1994, D. 1994, Jurisp. 581.

²³⁸ BIGOT (J.), « Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972 », R.T.D. civ. 1977, p. 243.

²³⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil II, La famille, les incapacités*, PUF, 1977, p. 348 à 350.

Appliquée à notre affaire de mère « porteuse », un enfant, dont les parents sont mariés pourrait se prévaloir de la possession d'état. En l'espèce, l'enfant détient un titre de filiation paternelle, sans que sa filiation maternelle soit établie. Or, vivant avec le couple depuis la naissance, la possession d'état existe. Le lien de filiation étant indivisible, il est incohérent que seule la filiation paternelle soit établie.

Dans la filiation naturelle, c'est la loi du 25 juin 1982 qui, complétant l'article 334-8, a fait de la possession d'état un mode d'établissement autonome de la filiation naturelle, maternelle comme paternelle (C. civ., art. 334-8, mod. L.n°82-536, 25 juin 1982). Au cours des travaux préparatoires²⁴⁰, M. Robert BADINTER, garde des sceaux, ministre de la justice, remarque que la possession d'état est un élément de preuve. La filiation naturelle est établie par une déclaration faite à un officier d'état civil. La possession d'état est infiniment plus exigeante. Elle implique que le père ou la mère prétendue traite l'enfant comme le sien, au vu et au su de tous, quotidiennement, souvent pendant des années. C'est pourquoi, avec les juristes du Code civil et notamment Portalis, on peut dire que la possession d'état est « le plus puissant de tous les titres » et « la plus complète de toutes les preuves ». Tel est d'ailleurs le point de vue de la plupart des auteurs contemporains, tels les éminents doyens M. SAVATIER et M. CARBONNIER.

Etat de fait la possession fait présumer le lien de droit. La preuve de la possession d'état se fait par tous moyens car les éléments constitutifs sont des faits juridiques : témoignages de la famille, attestations administratives (instituteur, organismes sociaux...), testament ou assurance vie²⁴¹. La Cour de cassation contrôle la notion et les conditions de son efficacité. Il existe deux moyens permettant d'établir la possession d'état.

Parce que la *fama* est un élément important, l'acte de notoriété a vocation à établir l'existence de la possession d'état. L'article 311-3 du Code civil énonce qu'à la demande des parents ou de l'enfant, le juge des tutelles pourra délivrer cet acte faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve du contraire en fournissant trois témoignages²⁴². Il y aura une mention en marge de l'acte de naissance (C.civ., art. 331-3, al.3, L. n° 93-22, 8 janvier 1993). Le juge tire de l'article 1157 du Nouveau Code de procédure civile un pouvoir d'investigation : il peut demander aux requérants toute preuve complémentaire et procéder à des mesures d'enquête. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation.

²⁴⁰ JO débats parlementaires AN 2^{ème} séance du 14 déc. 1981.

²⁴¹ Civ. 1^{ère}, 20déc. 1993, *D.* 1994. 398, note MASSIP.

²⁴² Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Bull. civ. I*, n° 277 ; Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004, n° 00-11453, inédit [en ligne : www.legifrance.gouv.fr]

A titre d'exemple, nous pouvons rappeler l'affaire en cours, où un juge des tutelles a délivré un acte de notoriété à l'égard de l'enfant en connaissant l'existence préalable de la convention de gestation pour autrui. Comment alors refuser d'établir sa filiation maternelle ?

L'autre moyen est l'action en constatation de possession d'état portée devant le juge aux affaires familiales. Elle est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime²⁴³. Cette action est soumise à la prescription de trente ans instaurée par l'article 311-7 du Code civil. Au bout de 30 ans, la possession d'état est une présomption irréfragable (Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2000) à condition d'être continue et exempte de vices²⁴⁴.

Il n'y a aucun intérêt pour les enfants issus d'une convention de mère porteuse puisque le but est d'établir leur filiation maternelle durant la minorité.

Mais, ce ne sont que des présomptions simples. Toute personne qui a intérêt pourra contester en apportant la preuve contraire. C'est le point faible de ce moyen juridique permettant d'établir la filiation maternelle.

Maurice BRIAND affirmait que « *concernant la possession d'état, il est vrai que les liens que tisse la vie quotidienne, la prise en charge matérielle et morale d'un enfant, la reconnaissance de la famille et de la société sont certainement aussi puissant, parfois plus, que le seul lien du sang. Dans la plupart des cas, ces liens que traduit la possession d'état, sont d'ailleurs la suite et l'expression même du lien du sang. Par conséquent, ils représentent un moyen privilégié d'établir la vérité biologique* ». C'est le cas des enfants nés de véritables mères « porteuses » (c'est-à-dire lorsque la femme porte un enfant issu génétiquement du couple). L'expertise biologique ne serait pas de droit dans cette situation puisque l'objet de la preuve porte non pas sur la vérité biologique, mais sur la réalité sociologique, mais c'est un droit pour ceux qui veulent apporter la preuve contraire²⁴⁵. Ainsi, un enfant représenté par ses parents pourrait recourir à l'expertise biologique. Comment refuser l'établissement de la filiation si la possession d'état est conforme au lien biologique. C'est un élément de preuve apprécié souverainement par le juge.

Les procédés scientifiques actuels donnent une certitude quasi absolue dans tous les cas où la preuve contentieuse de la filiation doit être administrée (Cass. 1^{re} .civ. 28 mars 2000). Prétendre que la conception génétique n'est que pour la paternité, et non pour la maternité,

²⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1998 ; *Bull. civ.*, n°99.

²⁴⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983, *D.* 1984. 191 (2^o esp.), note HUET-WEILLER.

²⁴⁵ Etudes de Mmes A. PASCAL et M. TRAPERO, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004*, site Internet : www.courdecassation.fr

serait une discrimination injustifiée. Il ne paraît guère admissible de cantonner la fonction de la mère à celle de gestatrice²⁴⁶.

Enfin, les effets de la possession d'état sont nombreux²⁴⁷.

Ainsi, l'action en recherche de maternité naturelle (article 341 C. civ.) est toujours admise sans conditions particulières de délai ; la preuve de la maternité peut être faite par la possession d'état ou même par témoins s'il existe des présomptions, des indices ou un commencement de preuves par écrit. Nous pouvons nous demander si dans les cas de convention de gestation pour autrui, le père ne pourrait-il pas tenter cette action au nom des enfants ? Le problème est que l'enfant doit prouver qu'il est bien le bébé dont la femme défenderesse a accouché. Or, en l'espèce toute la complexité résulte du fait que la mère prétendue n'a pas accouché. Mais, depuis la loi du 8 janvier 1993, la preuve peut être rapportée par des analyses biologiques, uniquement si elles sont autorisées par le juge « en présence de présomptions ou indices graves ».

Imaginons le cas d'un enfant génétiquement issu du couple qui demande le droit à cette expertise.

De même, pourquoi ne pas tenter une action en revendication d'état ? Les parents veulent se faire rattacher l'enfant, ils bénéficient d'une prescription de 30 ans et peuvent rapporter la preuve par tous moyens et adminicules (art 328 C. civ.).

Ou, pourquoi le père n'exerce t'il pas une action en réclamation du lien maternel de filiation au nom des enfants (art. 323 C. civ.) ? L'enfant qui ne possède aucun état ou qui en possède un, mais non corroboré par un titre conforme, peut agir en justice pour faire déclarer la filiation légitime qu'il prétend être la sienne. Tel est l'objet de l'action en réclamation d'état²⁴⁸ (C. civ. Art. 322, 325, 326) : l'enfant réclame, revendique en quelque sorte un état de la jouissance duquel il est privé. On parle aussi de recherche de la maternité légitime (en raison du jeu de la présomption de paternité à l'égard de la femme mariée). C'est donc bien l'état dans son ensemble qui est réclamé. A l'inverse, les tiers bénéficient de l'action en contestation d'état pour faire juger que la possession d'état ne répond pas à la réalité.

Ces actions ont en commun que c'est toujours la vérité de la filiation qui fait la matière du procès. S'agissant d'un fait matériel, la preuve peut se faire par témoins (C.civ., 323 al. 1). On remarque qu'il envisage une preuve globale de la filiation, sans distinguer identité et accouchement. Mais cet article n'admet la preuve par témoins qu'autant que la réclamation a

²⁴⁶ J.C.P. 2003. I. 101, obs. Rubellin-Devichi à propos de l'arrêt CA Rennes, 4 juillet 2002.

²⁴⁷ Rapport de Mme Geneviève Le Bellegou-Beguïn, (Sénat), n° 271, loi du 25 juin 1982.

²⁴⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil II, La famille, les incapacités*, préc, p. 353 à 357.

déjà été rendue vraisemblable par d'autres preuves objectives et non influençables. Ce sont des adminicules : soit un commencement de preuve, soit des présomptions ou indices.

Certains auteurs²⁴⁹ se sont demandés si une telle possession d'état ne serait pas considérée comme viciée ? L'acte de notoriété ne serait-il pas un crime de supposition d'enfant ? Sera-t-elle contestable 40 ou 50 ans après ? Autant de questions qui montrent que cette position s'insère mal dans notre droit de la filiation en refusant de tenir compte des réalités affectives et des situations de fait au nom du respect des principes juridiques. D'autant que l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, fait prévaloir la vérité sociologique sur la vérité biologique²⁵⁰.

Mais il semble que l'établissement de la filiation maternelle par la possession d'état soit l'une des rares solutions actuellement avec la possibilité de l'adoption simple.

2 – L'adoption simple, un bon compromis

L'adoption simple serait un bon compromis car il n'y a pas de rupture avec la famille d'origine. L'adopté a donc deux familles : la famille adoptive (la mère commanditaire en l'occurrence) et la famille par le sang (le père qui a donné ses gamètes et, soit la mère commanditaire qui a donné ses ovules, soit la mère de substitution) ; d'où l'incohérence car la famille adoptive pourrait être la famille par le sang. L'article 361 du Code civil dispose qu'il n'y pas de placement en vue de l'adoption ; que l'adoption est permise quelque soit l'âge de l'adopté ; s'il a plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption. *L'intérêt de l'adopté* est toujours pris en compte par le juge. Le but de l'adoption est de créer un lien filial, elle ne doit pas être détournée de son esprit.

Les tribunaux ont été amené à se prononcer par exemple sur la situation d'une sœur aînée qui a été autorisée à adopter son jeune frère (arrêt du 10 février 1998), le tribunal de grande instance de Paris dans un arrêt du 27 juin 2001 a autorisé l'adoption simple, par une femme partenaire d'un pacs, des enfants naturels de sa compagne, nés par insémination artificielle et dépourvus de filiation paternelle. Au vu de ces situations, pourquoi ne pas autoriser l'adoption simple de l'enfant issu d'une convention de mère porteuse, cette dernière donnant son consentement à l'adoption ?

La jurisprudence risque d'opposer le détournement de l'institution de l'adoption. A cela, nous pouvons objecter deux moyens.

²⁴⁹ HUET-WEILLER, TGI de Paris, 20 déc. 1988, D. 1989, Somm. p. 368.

²⁵⁰ MILLET (F.), « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *J.C.P.G.* 2006, I, 112.

La première objection est que le sens premier de l'adoption est de donner des parents à un enfant qui en est dépourvu. Or, dans l'adoption simple, l'enfant garde des liens avec sa famille d'origine. Donc, l'argument ne tient pas.

Ensuite, les juges du fond n'ont-ils pas admis récemment l'adoption simple d'un enfant par le frère de sa mère, père biologique incestueux de l'enfant²⁵¹ ? Or, cet établissement de la filiation de l'enfant incestueux à l'égard de ces deux parents n'est-il pas un détournement de la règle de l'article 334-10 du Code civil qui prohibe l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents incestueux ou un détournement de l'institution de l'adoption qui n'a pas pour finalité de rattacher l'enfant à son père biologique ?

Il nous semble²⁵² que l'intérêt de l'enfant devrait primer en autorisant son adoption par la mère génétique ou commanditaire, quitte à poursuivre pénalement le couple sur le fondement de l'article 227-12 alinéa 1 du Code pénal sur la provocation d'abandon, sachant que l'abandon peut se caractériser par la remise directe de l'enfant à un couple. On protège de ce fait l'enfant par le biais des règles de droit civil tout en sanctionnant les géniteurs par l'application des règles de droit pénal.

De plus, ce moyen juridique de l'adoption simple pourrait peut-être désormais être admis puisque la Convention internationale des droits de l'enfant est d'application directe devant les tribunaux internes²⁵³.

3 – Les substituts à défaut de solution

Les avantages de l'établissement d'une filiation est d'être reconnu comme appartenant à un famille, mais que signifie la famille actuellement avec le développement des familles recomposées, des familles monoparentales, de l'homoparentalité...

Si les tribunaux refusent l'adoption, il existe des remèdes. Ainsi, concernant le nom de famille, le père étant reconnu comme le père légal, l'enfant portera son nom. Concernant la succession, il y a la possibilité de tutelle testamentaire.

Par ailleurs, la loi du 4 mars 2002, dans l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil, précise que le juge aux affaires familiales peut fixer des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, si

²⁵¹ CA Rennes, 24 janvier 2000 : Juris-Data n°2000-110223 ; *J.C.P.G.* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002, Somm. p. 2020, obs. GRANET (F.), *R.T.D.civ.* 2000, p. 819, obs. HAUSER (J.) ; *Dr. fam.* 2003, Chr. 29, FENOUILLET (D.). Cela étant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, sans invoquer, certes, le détournement de l'institution de l'adoption, mais sur le fondement de l'article 334-10 du Code civil : Cass. Civ. 1^{ère} 6 janv. 2004 : *J.C.P.G.* 2004, I, 109, § 2, note RUBELLIN-DEVICHI (J.).

²⁵² Cass. Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, *J.C.P.G.* 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.).

²⁵³ Cass. Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n°02-20.613 : Juris-Data n°2005-028424 ; *J.C.P.G.* 2005, II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS et STRICKLER (Y.), *Dr. famille* 2005, Comm. 156.

tel est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit du droit aux relations personnelles de l'enfant avec un tiers. Mais le législateur a refusé de construire un statut du tiers. Le tiers peut obtenir ce droit d'une investiture judiciaire, dans l'intérêt de l'enfant, à la lumière des circonstances exceptionnelles.

Enfin, la mère gestationnelle (dans l'hypothèse où elle a reconnu l'enfant) pourrait, avec l'accord du père, saisir le juge aux affaires familiales aux fins de déléguer, volontairement, son autorité parentale à la mère commanditaire, en vertu de l'article 377 du Code civil ; l'article 377-1 dudit code permettrait aux époux d'obtenir un exercice partagé de l'autorité parentale. Mais là encore, le risque est d'opposer un détournement de l'institution. En outre, ces mesures sont provisoires et rien ne dit que la situation actuelle va perdurer.

La recherche d'un statut pour l'enfant étant difficile *de lege lata*, quelles pourraient être les solutions en vue d'une législation future, conciliatrice du droit de l'enfant et du droit « à l'enfant » ?

B – La recherche d'un statut *de lege ferenda*

Peut-on parler de droit DE l'enfant et de droit A l'enfant en matière de procréation assistée²⁵⁴ ? Il est regrettable que l'on puisse opposer les droits de ceux dont la procréation devrait faire les êtres les plus proches et les plus solidaires au monde : le père, la mère et l'enfant. Les droits fondamentaux de l'homme ne peuvent s'exercer au détriment les uns des autres. Une approche conciliatrice des droits et des intérêts de ceux qui sont directement intéressés dans l'œuvre procréatrice est donc nécessaire. C'est ainsi que nous verrons succinctement le droit de l'enfant (1) puis la teneur du droit à l'enfant (2) pour ensuite conclure sur une conception génétique de la maternité en faveur de la gestation pour autrui (3).

1 – Le droit de l'enfant, un droit récent

Au cours de l'histoire de l'humanité, on ne s'est pas interrogé sur les droits de l'enfant. Ne choisissant jamais de naître, procréé au hasard et reçu soit avec gratitude, soit avec résignation, l'enfant est apparu d'abord comme un objet de propriété, de puissance, de perpétuation d'un culte, de fierté, d'affection, de rejet ou d'exploitation. C'est la fierté du

²⁵⁴ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D.civ.* oct.-déc. 1988, p. 657.

XX^{ème} siècle d'en avoir fait un sujet de droit, et dans la tendance la plus récente, un sujet de droit égal, quelles que soit les circonstances de sa naissance²⁵⁵.

Ce principe de non discrimination, et en particulier le droit pour tout enfant d'avoir un père et une mère, a été proclamé dans l'article 1^{er} du Projet de principes généraux des Nations Unies concernant l'égalité des personnes nées hors mariage (1977).

Il a été inscrit dans la Convention européenne relative à la situation des enfants nés hors mariage, ouverte à la signature des Etats membres le 15 janvier 1975 et entrée en vigueur le 11 août 1978. Il a progressivement été mis en application dans tous les pays d'Europe.

Ce même droit découle, implicitement de l'arrêt *Marckx* rendu le 13 juin 1979 par la Cour EDH contre la Belgique, que nous avons vu précédemment. La Cour interprète l'article 8§1 comme impliquant le droit fondamental de tout enfant d'avoir « une vie familiale normale ». Ce droit a été ultérieurement réaffirmé dans l'arrêt *Jonhston* contre Irlande du 18 décembre 1986.

Il en résulte que, au nom du principe de non discrimination, l'enfant issu d'une gestation pour autrui, devrait avoir le droit d'établir sa filiation maternelle.

La clé de voûte de la protection juridique de l'enfant est représentée par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989²⁵⁶.

Instrument juridique quasi universel, puisque 186 pays l'ont ratifié, ce texte n'est pas né sans problèmes ni résistances. L'idée d'un tel texte n'est pas neuve puisqu'elle existait déjà avant la deuxième Guerre mondiale. Mais protéger l'enfant, spécifiquement, oblige chaque pays, chaque culture, à se penser à travers sa jeunesse.

C'est en 1959 que cette réflexion prend sa première forme avec la Déclaration des droits de l'enfant. C'est un texte fondateur mais non contraignant. Au fil des ans, la protection de l'enfant fait son chemin et l'année 1979 est déclarée année internationale de l'enfance. A cette occasion, le gouvernement polonais propose la transformation de la Déclaration en Convention. La différence est majeure : d'un texte non contraignant, on passerait à un texte susceptible d'être revendiqué devant un tribunal.

En dépit des multiples résistances qui s'annonçaient, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies accepta le défi. Néanmoins, de nombreux arguments étaient traditionnellement avancés contre un tel texte par certains Etats estimant que la Déclaration protégeait suffisamment l'enfant. Cet argumentaire largement fallacieux puisque l'enfant doit

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ « Enfants du monde Droits de l'homme et Droits de l'enfant », voir site Internet : http://www.emdh.org/emdh/html/droits_enfant/cide.html#application

disposer d'une protection efficace (ce que ne permet pas la Déclaration) et renforcée, en raison de sa plus grande vulnérabilité au regard de son âge (ce que ne permet pas la Déclaration universelle des Droits de l'Homme).

Le travail remarquable de nombreux pays et l'effort considérable des Organisations Non Gouvernementales ont permis d'aboutir à la Convention internationale des Droits de l'Enfant, adoptée par acclamation par l'Assemblée générale le 20 novembre 1989. Et dès le 3 août 1990, les 20 ratifications nécessaires pour l'entrée en application du texte étaient réunies²⁵⁷. L'entrée effective de la Convention date du 2 septembre 1990. Alors que l'Organisation des Nations Unies compte 195 Etats, 186 l'ont ratifié. Nous sommes certes face à un succès, mais nous savons que la réalité est bien différente²⁵⁸.

Concernant l'enfant issu d'une convention de gestation pour autrui, nous avons observé précédemment que la jurisprudence semble désormais contraire à cette convention, qui depuis le 18 mai 2005 est d'application directe et qui impose de prendre en considération l'intérêt de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent. Apparemment, les juges français ont omis de prendre en compte cet intérêt en ignorant cet enfant et en se cantonnant uniquement aux parties au contrat.

Mais qu'en est il du droit à l'enfant ?

2 – La teneur du « droit à l'enfant »

Le « droit à l'enfant », c'est-à-dire le droit d'avoir un enfant, quand on veut, comme on veut et dans n'importe quelle circonstance²⁵⁹ est un droit actuellement revendiqué comme un « droit fondamental », non seulement par certains mouvements féminins ou masculins, mais par certains médecins ou juristes. Le désir de procréer est aussi puissant que celui de ne pas procréer dans des circonstances analogues. Un auteur²⁶⁰ s'est interrogé sur le fait de savoir si ce droit inconditionnel fondé sur un désir existe-t-il vraiment ? Est-ce un droit liberté ou un droit créance ?

On entend par droit liberté un pouvoir d'autodétermination que l'homme peut exercer sur lui-même et qui implique de la part de l'Etat et des autres particuliers un devoir de non ingérence. A ce titre, le droit de procréer par des méthodes naturelles peut être considéré comme un droit liberté.

²⁵⁷ La France a ratifié la Convention le 2 juillet 1990.

²⁵⁸ Enfants-soldats, esclavage, prostitution, les maux sont encore trop nombreux. Les Etats-Unis n'ont pas ratifié la Convention et appliquent toujours la peine de mort aux mineurs. Le Combat est encore long...

²⁵⁹ Sur cette demande nouvelle, DELAISI DE PERSEVAL (G.), *L'enfant à tout prix*, Seuil, 1983.

²⁶⁰ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », préc.

Mais lorsqu'il s'agit de procréations assistées, ce droit liberté change d'aspect car il n'implique plus seulement l'exercice d'une liberté individuelle, dans la sphère intime de la vie privée, mais l'intervention active d'un ou plusieurs tiers liés par des règles professionnelles. Les conditions générales de licéité des actes médicaux impliquent la nécessité thérapeutique, préventive ou curative d'intervenir ; l'utilité et la proportionnalité des actes posés par rapport au but légitime poursuivi et le consentement libre et éclairé du patient. Dans la mesure où les nouvelles techniques de procréation constituent des actes médicaux, elles sont soumises à l'ensemble de ces principes.

Lorsque dans un couple marié, l'un ou l'autre ou les deux sont stériles, le recours à une technique de procréation assistée, éventuellement avec tiers, ne guérit pas l'affection mais permet de pallier aux effets malheureux d'une cause pathologique et d'apporter par là une réponse au problème médical. Il s'agirait alors d'un droit créance, dont une personne humaine -l'enfant- serait l'objet au profit d'une autre, ce qui serait contraire à la philosophie même des droits de l'homme.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, elle ne paraît pas davantage fournir un fondement plus solide à un éventuel droit à l'enfant. Aucun texte, tant en droit interne qu'en droit européen, ne proclame le droit de la femme d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant. La seule référence que l'on trouve a rapport avec la procréation : il s'agit de la liberté de procréer. Cette liberté peut être déduite de deux droits fondamentaux : le droit à la vie de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interprété comme le droit de donner la vie.

Dans la pratique, ce droit n'est pas acceptable. On ne peut considérer l'absence d'enfant dans un couple comme une maladie, qui aurait pour remède le don d'enfant. En comparaison avec l'adoption, une psychologue nous a fait remarquer que lors d'un entretien pour l'adoption, si le désir d'enfant est trop intense, l'agrément sera refusé à la femme car les conséquences seront trop lourdes pour l'enfant. L'argument thérapeutique en faveur de la gestation pour autrui n'est donc pas valable.

Mais, si le droit à l'enfant ne peut être revendiqué, en raison du risque de marchandisation de l'enfant, nombreux sont les personnes, juristes, médecins, associations, qui réclament la légalisation de la gestation pour autrui, mais uniquement dans des cas très précis, afin que cette pratique puisse respecter les principes fondamentaux.

3 – La faveur d’une conception génétique de la maternité

a) La désuétude de l’adage

En raison du développement de l’assistance médicale à la procréation et le recours à la gestation pour autrui, il paraît nécessaire de réfléchir sur des solutions en d’une législation future. Les juristes sont réticents car cela suscite de nouvelles interrogations sur la vie et la mort. Une question grave est la définition juridique de la maternité²⁶¹. La loi française ne donne pas de définition de la mère. La seule référence est l’adage « *Mater semper certa est* » qui reconnaît pour mère que la femme qui accouche. La question est pourtant très discutable.

L’argument tiré des articles 319 et 341 alinéa 2 du Code civil ne sont que des règles de preuve et non de fond. Si la preuve de l’accouchement est de nature à établir la maternité, il n’en résulte aucunement que ce fait soit l’essence même du lien, et on ne saurait soutenir que les rédacteurs du Code civil aient entendu trancher en réglant la preuve comme ils l’ont fait, un problème de fond dont ils n’ont pas la moindre idée. L’article 319²⁶² ne dit pas qu’elle est la femme qui doit être désignée dans l’acte comme étant la mère, d’autant que cette désignation est facultative. L’article 341 alinéa 2²⁶³ concerne l’enfant naturel. On ne saurait en déduire que la même preuve serait requise au cas où l’action s’exercerait à l’encontre d’une femme prétendue mère malgré qu’elle n’ait pas accouché. De plus, ce principe est atténué de par la possibilité d’accouchement anonyme et l’obligation qu’a parfois la mère de reconnaître l’enfant.

Ce raisonnement est inexact et dépassé car il fait abstraction des nouvelles données biotechnologiques qui ont permis de dissocier la création d’un embryon par fécondation in vitro et son transfert. Des auteurs se sont interrogés sur le schéma nouveau de la maternité qui aujourd’hui peut être divisé entre la génitrice et la gestatrice. Cette situation apparaît en cas de gestation pour autrui, mais également en cas de don d’ovocytes ou de greffes d’ovaires. Cela bouleverse l’image familière. Le Comité consultatif national d’éthique²⁶⁴ a sévèrement critiqué et condamné, à l’époque, la pratique de l’abandon d’enfant par la mère génétique.

²⁶¹ BANDRAC (M.), *Mélanges Raynaud, Dalloz, 1985*, p. 27 (Réflexions sur la maternité).

²⁶² L’article 319 du Code civil dispose « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres d’état civil ».

²⁶³ L’article 341 dudit code énonce que l’enfant qui exerce l’action en recherche de maternité naturelle sera tenu de prouver qu’il est celui dont la mère prétendue est accouchée.

²⁶⁴ Avis du 23 octobre 1984 sur les problèmes nés des techniques de reproduction artificielle.

Toutefois, il est à noter que cette condamnation est en contradiction avec la politique suivie par le législateur en matière d'adoption dans la loi du 11 juillet 1966 et dans celle du 22 décembre 1976. Si l'adoption reste encore une institution de sauvegarde de l'enfance, on ne saurait méconnaître la prise en compte, de plus en plus accentuée dans les réformes contemporaines, des intérêts des adoptants²⁶⁵. Une pareille orientation, qui détourne l'adoption de la finalité charitable qui lui était traditionnellement attribuée, entraîne logiquement à consacrer la possibilité pour une femme de concevoir un enfant en vue de le donner en adoption. Par ailleurs, si le don d'ovocytes est permis, comment interdire la greffe d'ovaires.

Certains auteurs ont proposé de s'en tenir désormais à une définition génétique de la maternité²⁶⁶. En effet, si on se tourne vers le fond du Code civil, c'est un argument en faveur d'une conception génétique de la maternité qui se dégage du droit actuel. S'impose alors la nécessité d'adopter à l'égard du père et de la mère une même conception dans l'élément biologique dont le rôle est aujourd'hui prépondérant dans les composants de la filiation charnelle. Concernant la filiation paternelle, cet élément biologique réside dans l'apport génétique. C'est l'hérédité qui indique le père. Dès lors, l'idée paraît s'imposer que c'est l'hérédité, c'est-à-dire la fourniture d'une cellule souche, qui fonde biologiquement et principalement la filiation maternelle. Est une erreur de poser le principe que la femme qui accouche est seule en droit de rester mère à l'abri de toute contestation. C'est une filiation fictive, ce qui va à l'encontre de toute évolution suivie par le droit de la famille ou de la filiation. Puis il y a un risque de conflits positifs mais également négatifs (couleur de peau ou infirmité). En cas de conflit positif, la situation est moins grave du point de vue de l'intérêt de l'enfant car il sera toujours bien accueilli. Mais en cas de conflit négatif, sur qui faire peser la responsabilité de l'abandon ? Le lien génétique apparaît comme le plus solide fondement qui puisse être donnée à la maternité comme à la paternité. Le seul inconvénient de faire éclater la vérité du sang maternel est de compromettre l'utilité des greffes d'ovaires ou dons d'ovocytes, mais dans ce cas la législation a déjà tranché pour l'anonymat.

Les opposants de cette conception font valoir en faveur d'une filiation maternelle fondée sur la grossesse et l'accouchement les rapports qui s'établissent entre la mère et l'enfant pendant la vie intra-utérine. Ces rapports sont mal connus mais doivent être pris en considération dans le débat²⁶⁷. Encore faut-il leur donner une qualification juridique exacte. Même s'ils affectent l'état somatique du fœtus ou son psychisme, ils ne sauraient être analysés au même titre que l'élément biologique. Ces rapports ne constituent rien d'autre qu'un tractatus.

²⁶⁵ RAYNAUD, « La réforme de l'adoption », *D.* 1967, Chr. 77

²⁶⁶ BANDRAC (M.), *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 27 (Réflexions sur la maternité).

²⁶⁷ DELAISI DE PERSEVAL (G.) et JANAUD (A.), *L'enfant à tout prix*, p. 123.

Le tractatus n'intéresse la filiation que s'il constitue la possession d'état. Un *simple tractatus prenatal* peut constituer une possession d'état au sens de 311-1 et 311-2 du Code civil. La jurisprudence a déjà tranché en ce sens²⁶⁸. Cependant, la gestation et la délivrance peuvent avoir été vécues en qualité de mère ou sans que la femme prétende à cette qualité (tel est l'*animus* de celle qui porte l'enfant pour autrui)²⁶⁹. Puis, la grossesse et l'accouchement n'indiquent de rapport de filiation qu'entre l'enfant et sa gestatrice. Il s'agit donc d'une possession d'état d'enfant naturel de celle-ci. Mais une possession d'état d'enfant légitime au cours de la grossesse n'est pas exclue. Pour cela le mari doit s'y trouver associé (C. civ. 321). Il doit adopter le comportement d'un futur père et doit être considéré comme tel par l'entourage. Mais la possession d'état d'enfant naturel n'est que précaire et reste exposée à une contestation fondée sur la vérité biologique (336, 337, 334-8 C. civ. peuvent être contestés par 339 C. civ.). Quant à la possession d'état d'enfant légitime, elle est incontestable en l'absence d'acte de naissance mais empêche une filiation naturelle concurrente. Mais si elle se joint à l'acte de naissance portant le nom de la gestatrice, il y aura une fin de non recevoir à toute action en contestation (C. civ. 322). Donc la maternité comme la paternité se trouve exposée au doute et à la contestation fondée sur la vérité biologique.

Madame BANDRAC propose une conception réaliste de la maternité qui renvoie à deux constructions symétriques des filiations paternelles et maternelles. Deux constructions fondées sur l'égalité de l'élément biologique, mais dans lesquels la possession d'état, jouant un rôle d'indice et de régulateur du contentieux, prend en compte, pour atténuer les conséquences brutales de la vérité biologique, les comportements des pères et mères, saisis dans leur singularité. La prise en compte du lien biologique éviterait des drames tel que l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes où les jumeaux génétiquement issus de la femme du couple n'ont pu être adoptés par cette dernière.

De ce fait, la gestation utérine ne serait plus qu'un élément susceptible de prouver la possession d'état. La donneuse d'ovule serait la mère légalement désignée, et la prêteuse perdrait cette qualité, sauf à prouver qu'une possession d'état rétablit à son égard la présomption de maternité. Il resterait alors à régler le conflit entre les deux femmes.

²⁶⁸ Paris, 5 février 1976, D. 1976.Jurisp. p. 573, note PAIRE; Douai, 12 janvier 1977, D. 1979. I.R. 242, obs. Huet-WEILLER.

²⁶⁹ La possession d'état se trouve-t-elle affectée en l'absence de *l'affectio ou intentio* maternelles ? La doctrine est partagée. Certains estiment que, comme pour les biens, la possession d'état ne comporte aucun animus (RTD civ. 1975, p. 459, note 44). Pour d'autre, la possession d'état ne va pas sans quelque chose d'affectif (CARBONNIER, *Droit civil*, 2, 12^{ème} éd. p. 424).

b) Vers la légalisation de la gestation pour autrui à titre exceptionnel

Le maintien d'une cohérence dans le domaine juridique des procréations médicalement assistées impose d'admettre la gestation pour autrui²⁷⁰. La souffrance des couples qui ne peuvent avoir d'enfant a été entendue par le législateur de 1994.

L'intérêt de la question de l'admission du recours aux mères gestationnelles n'est pas théorique. Si elle est efficacement encadrée par la loi, elle ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux de la mère gestationnelle et de l'enfant à venir. En comparant la procréation médicalement assistée avec donneur et la gestation pour autrui, rien ne justifie que de ces deux types de dissociation de maternité, l'un soit autorisé et l'autre non. La gestation pour autrui n'est pas contraire à l'esprit de la loi. Le recours à la solidarité est légitime. Puis, le risque d'instrumentalisation se pose en termes aussi compliqués à propos du champ de l'extension du diagnostic préimplantatoire et l'autorisation du « bébé médicament ».

Le fait que cette technique soit légalisée dans d'autres pays n'est pas une raison suffisante pour modifier la loi nationale, mais la loi internationale est une donnée importante du débat. Or la gestation pour autrui ne contredit aucune norme internationale, notamment la Convention d'Oviedo de 1997. On remarque d'ailleurs que la gestation pour autrui est une question d'actualité à l'échelle européenne puisque le 16 septembre 2005, le Conseil de l'Europe a examiné en commission un rapport du parlementaire Michael HANCOCK²⁷¹ qui préconisait une dépénalisation de la gestation pour autrui. Ce dernier souhaite qu'un débat s'engage sur « les mères pour autrui » dans tous les pays européens. Il estime que ces pratiques sont légitimes dès lors qu'elles respectent les intérêts du couple, de l'enfant à naître et de la mère de substitution. Pour lui, il ne peut s'agir que d'un dernier recours quand la procréation médicalement assistée et l'adoption ne sont pas envisageables.

Ce rapport préconise de mettre en place des mesures pour une protection et un suivi de la mère biologique, une adaptation des législations civiles et sociales et une réflexion sur le droit de l'enfant à connaître ses origines²⁷².

Quinze ans après l'affaire « Alma mater », il semble que soit venu le moment de se détacher de l'article 16-7 du Code civil et d'admettre la gestation pour autrui, d'autant que l'effet dissuasif escompté en 1991 et en 1994 n'a pas réduit le nombre de couples se tournant à

²⁷⁰ DEPADT-SEBAG (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in *Revue générale de droit médical*, n° 12, 2004, p. 135 et spéc. p. 136.

²⁷¹ En ligne sur internet.

²⁷² Le Quotidien du médecin, 14 septembre 2005.

l'étranger pour devenir parent. Concernant les dérives de la pratique de la gestation pour autrui, c'est à la loi qu'il revient d'intervenir afin d'éviter que le don d'utérus ne se transforme pas en exploitation du corps des femmes qui accepteront de porter l'enfant d'une autre.

Plusieurs auteurs ou associations ont formulé des propositions.

En premier lieu, nous citerons l'ancienne proposition de M. TERRE qui estime que les partisans de la gestation pour autrui ne sont pas désarmés et peuvent trouver dans le riche patrimoine juridique des modèles de référence. Ainsi, il précise qu'il y a des circonstances dans lesquelles la liberté de l'homme est si essentielle qu'elle ne peut se plier au régime des engagements contractuels. Il fait référence à la période de fiançailles²⁷³. L'absence de support contractuel renforce le droit inaliénable de dire non jusqu'à la dernière minute. Ce raisonnement appliqué à la gestation pour autrui permettrait à la mère gestationnelle, après la naissance, de conserver le pouvoir de choisir de garder l'enfant ou de le remettre à ceux à qui elle l'a promis. Il serait humain et raisonnable de lui laisser un délai. Il conviendrait que le couple commanditaire soit clairement informé de ce droit de repentir.

Si la mère porteuse décide de garder l'enfant et la rémunération qu'à tort les parents demandeurs lui avaient versée pour prix de ces services, quel sort convient t'il de réserver à l'enfant et à cet argent ? Selon cet auteur, la femme est en droit de garder son enfant puisqu'elle en a accouché. Concernant l'argent, le droit n'est pas démuné. Il existe une vieille maxime « *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* », qui signifie que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. On en déduit que lorsqu'une somme a été versée dans des conditions immorales, l'immoralité de cette remise empêche le droit et la justice de s'en mêler. L'application de cette règle dans le cas envisagé serait opportune. La gestation pour autrui n'est pas, en principe, immorale ; ce qui l'est, c'est le paiement de la femme trop intéressée. Dans ce cas, tant pis pour ceux qui ont versé la somme, ils ne sauraient en réclamer le remboursement.

Plus récemment, la gestation pour autrui a été à l'ordre du jour de la Mission d'Information Parlementaire sur la Famille du 9 novembre 2005. A ce sujet, l'Association des parents gays et lesbiens (APGL) a formulé les propositions suivantes²⁷⁴ : elle propose d'affirmer la nullité de la convention de gestation pour autrui si elle n'est pas autorisée par une autorité légale habilitée à le faire. Cette autorisation sera délivrée par l'autorité administrative (DDASS, ASE...), entérinée le cas échéant par un Comité de la Procréation Assistée, à créer comme c'est le cas au Canada. La personne candidate agira par simple volonté d'aider un couple à avoir un enfant, doit être déjà mère, doit avoir obtenu le consentement de son conjoint, doit

²⁷³ TERRE, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, p. 189.

²⁷⁴ « Repères juridiques sur la gestation pour autrui », site Internet : www.agpl.fr/documents/fiche_GPA

avoir passé les tests physiologiques et psychologiques permettant d'établir ses capacités de reproduction dans des conditions favorables et sans danger pour elle et l'enfant. La mère pour autrui ne doit recevoir aucune rétribution d'ordre commercial, mais uniquement une indemnité à titre de dédommagement. L'accès aux origines de l'enfant doit être garanti. Toutes les sanctions pénales doivent être supprimées.

Cette proposition a la faiblesse de confondre le débat sur la gestation pour autrui et le débat relatif à l'homoparentalité. C'est pourquoi nous ne la retiendrons pas. D'ailleurs, le rapport de la Mission Parlementaire²⁷⁵, rendu public le 26 janvier 2006, ne propose aucune évolution en la matière.

L'association Maia fut également auditionnée par la Mission Parlementaire. Elle dénonce la « stigmatisation » des couples qui ont recours à la gestation pour autrui et réclame sa légalisation pour des cas précis. En effet, les dangers de gestation pour autrui existent depuis qu'il est techniquement possible de dissocier les différentes phases de la maternité et de recourir au don de matériaux génétiques. Mais le recul pris depuis l'application des lois de 1994 prouve que la réglementation en vigueur s'avère efficace à empêcher les dérives possibles liées aux pratiques des dons d'éléments du corps humain ou des techniques d'assistance médicale à la procréation.

A cet effet, Madame DEPADT-SEBAG pense le régime envisageable de deux façons, soit sur le modèle du don de gamètes, soit sur le modèle du don d'organes entre personnes vivantes²⁷⁶.

Dans le premier cas, le don de gestation serait anonyme, à l'instar du don de gamètes, pour lequel les dangers de dérives sont prévenus par les deux règles de l'anonymat et de la gratuité²⁷⁷.

Dans le second cas, le régime du don pourrait être inspiré des conditions actuelles du don d'organe entre personnes vivantes, notamment en ce qui concernerait le statut des mères gestationnelles par rapport aux mères biologiques. La situation actuelle relative au don d'organe ou des produits du corps humain encourage à l'optimisme. La loi a écarté toute possibilité de relation contractuelle directe entre le donneur et le receveur ; elle a déterminé les cas d'ouverture de recours à de telles techniques, de même que les modalités juridiques de leur mise en œuvre, tant ce qui concerne l'information du donneur que de sa liberté de consentement. La réglementation paraît efficace dans son application, car la France ne connaît pas de pratiques d'ordre commercial comme il en existe aux Etats-Unis. Par ailleurs, les liens

²⁷⁵ Site Internet : <http://www.maire-info.com/article>.

²⁷⁶ DEPADT-SEBAG (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in *Revue générale de droit médical*, préc. p. 153.

²⁷⁷ CORNU (G.), *Droit civil*, préc. p. 196.

affectifs et sensoriels entre la mère et l'enfant pendant la grossesse ne doivent pas être oubliés. Les pédiatres et psychologues ont depuis longtemps affirmé le rôle joué par l'environnement in utero du fœtus²⁷⁸. Ainsi, si l'on admettait la gestation pour autrui, elle devrait l'être aux conditions les plus souhaitables au bon déroulement de la gestation. Pourquoi ne pas envisager la présence d'un psychologue pour la mère porteuse durant la gestation mais également postérieurement à la naissance, de même que pour l'enfant si besoin est ; car, des événements mieux compris seront plus acceptables et supportables. Il semble que la communication dans la pratique de la gestation pour autrui soit un des éléments essentiels.

Ainsi, la proposition est d'adjoindre à l'article 16-7 du Code civil l'alinéa suivant : « *Seul l'acte de gestation pour autrui est admis, à condition que l'enfant soit génétiquement rattaché à la femme qui sera reconnu comme la mère* »²⁷⁹. Une exception est également prévue aux articles 325 et 332, afin que l'enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui ne puisse effectuer une recherche de maternité ou une contestation de maternité en se fondant sur la preuve de l'accouchement ou de l'absence d'accouchement de la prétendue mère.

Nous pourrions envisager un système dans lequel, la vérité biologique, établie par test génétique, serait substituée à la preuve de l'accouchement. Il s'agirait d'une exception comparable à l'article 311-20, qui interdit toute action en contestation de filiation lorsque l'enfant est né d'une procréation médicalement assistée. En ces cas, la filiation maternelle légitime, nécessairement fautive d'un point de vue génétique, est définitivement établie.

Il revient au droit, non de dire l'éthique, mais d'édicter une réglementation qui respecte l'éthique. Or la gestation pour autrui n'apparaît en rien contradictoire avec le respect des règles fondamentales qui régissent l'encadrement biomédical. L'admission de la gestation pour autrui permettrait d'en définir les limites et apporterait une nouvelle légitimité à l'interdiction des pratiques de maternité de substitution qui ne respecteraient pas les limites et les conditions posées par la loi. Cette proposition a le mérite d'être réaliste et de concilier l'intérêt en cause de tous les intéressés : le couple, l'enfant et la mère gestationnelle.

²⁷⁸ RELIER (J.-P.), *L'aimer avant qu'il naisse*, éd. Robert Laffont, 1993, p. 39.

²⁷⁹ DELAISI DE PERSEVAL (G.) et DEPADT-SEBAG (V.), « La gestation pour autrui peut-elle devenir une indication d'assistance médicale à la procréation ? » *Les cahiers du CCNE*, n°46, 2006, p. 49.

CONCLUSION

De cette étude résulte un constat.

Une convention qui, malgré son illégalité, tend à se développer (300 à 400 enfants par an sont concernés). Une convention qui, malgré sa nullité, prive un tiers d'un droit essentiel à savoir l'établissement de sa filiation maternelle ; alors que les auteurs de l'illégalité sont impunis.

Mais, ne nous voilons pas la face : le désir d'enfant est redoutable et amène à transgresser la loi. Il est urgent de trouver des solutions dans le droit positif et de réfléchir en vue d'une législation future, sans porter de jugement de valeur.

L'enfant issu de convention de gestation pour autrui est victime d'une illégalité qui n'est plus justifiée à l'heure actuelle. Cette situation est contraire à tous nos principes régissant le droit de la famille et particulièrement le droit de la filiation. Cet enfant désiré tant par ses parents (au vu des obstacles à surmonter), cet enfant issu génétiquement de ses parents, élevé par eux depuis sa naissance, est privé de sa filiation, alors que la filiation sociale correspond à la filiation biologique. Le droit est donc totalement incohérent.

Nous ne devons pas réfléchir en terme de légitimité mais en terme de solution.

L'effet dissuasif escompté par le biais de l'interdiction de la gestation pour autrui posée par la loi du 29 juillet 1994 s'avère être un échec. La dérive a eu lieu. Ne faut-il donc pas réglementer la situation et régler juridiquement cette zone de non droit qui peut engendrer des conséquences dramatiques ?

Admettre la maternité pour autrui dans son principe, ce n'est pas en approuver nécessairement toutes les manifestations. L'autoriser permettrait de renforcer les sanctions actuelles pour ce qui est véritablement inacceptable, contraire à la morale et à l'éthique, soit « la cession » de son propre enfant biologique, en dehors des règles de l'accouchement dans l'anonymat et l'adoption.

Le résultat de cette étude n'est pas de plaider pour « un enfant quand je veux, comme je veux ». Nous plaidons la cause de ces femmes qui par-dessus tout désirent leur propre enfant, une personne de confiance²⁸⁰ leur permettant de réaliser ce désir. Comment interdire alors que

²⁸⁰ Le terme de « personne de confiance » est volontairement employé et extrait de la loi du relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 ; Parue au JO n° 95). A notre sens, la

toutes les volontés sont réfléchies, éclairées et en accord ? La gestation pour autrui est un phénomène qui se développe, et qui au-delà de l'éthique concerne la conscience individuelle de la personne. « A partir du moment où la mère porteuse est consentante, au nom de quelles valeurs refuser cet acte généreux ?²⁸¹ »

Il serait judicieux de réglementer ces situations.

Une première solution résiderait dans la redécouverte de la possession d'état, présomption de filiation, d'autant plus si elle correspond à la vérité biologique.

Une autre solution serait d'admettre l'adoption simple de cet enfant, ce qui serait respectueux de tous nos principes fondamentaux.

Mais le véritable remède serait d'autoriser la gestation pour autrui dans des cas bien définis et donc de créer un statut juridique de la mère porteuse. En reprenant à notre compte la proposition précitée ainsi que la réflexion de Mme Bandrac, pourquoi ne pas autoriser la gestation pour autrui, mais uniquement dans le cas où l'enfant sera génétiquement issu du couple ?

Si nous devons l'autoriser en France, la gestation pour autrui devrait être gratuite. En effet, la rémunération de la mère gestationnelle attenterait à la dignité de sa personne et aboutirait à faire de l'enfant à venir une marchandise. C'est pourquoi il faut empêcher toute espèce de courtage ayant pour effet de commercialiser la gestation pour autrui²⁸². Une telle pratique serait encadrée par des psychologues, des médecins, des avocats pour rédiger les contrats, sans oublier le rôle du notaire, qui à l'instar de la procréation médicalement assistée, interviendrait pour attester des consentements libres, éclairés et réfléchis ; toute la procédure étant contrôlée par une autorité judiciaire. Ainsi seront limités tous les problèmes éthiques soulevés précédemment (section I, § I, A, 1 b).

La filiation de l'enfant dépendrait ainsi de sa conception dans le cadre de la gestation pour autrui.

A la naissance, la mère légale serait la mère génétique : c'est donc le triomphe de la vérité biologique. A défaut, la mère gestationnelle devrait prouver la possession d'état prénatale

gestation pour autrui réalisée par une sœur ou une amie nous paraît le contexte le plus favorable pour la venue de l'enfant. Certains spécialistes en psychologie s'opposent catégoriquement à cette idée. Toutefois, il nous semble qu'un enfant qui a connaissance de la manière dont il a été conçu et la raison de cette grossesse subira des conséquences moins lourdes psychologiquement qu'un enfant qui ignore totalement ses origines. Comment se construire dans ce contexte ?

²⁸¹ Propos du Professeur NISAND, site Internet : www.genethique.org

²⁸² TERRE (F.), *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, Paris, 1987, p. 186.

pour établir sa filiation. Toutefois, cette hypothèse reste assez théorique. Dans les faits, les risques de conflits de maternité sont très faibles.

Le principe de la maternité pour autrui ne heurte pas les impératifs de protection des personnes humaines envisagées en tant que fins, que ce soient celles des demandeurs d'un enfant, celle de la femme qui le porte pour autrui et celle de l'enfant lui-même. Cette solution serait conciliatrice du droit de l'enfant d'établir sa filiation maternelle et du droit « à l'enfant » pour ces femmes qui ne peuvent assumer la gestation, alors que la nature, aidée de la médecine, leur permettrait d'avoir leur propre enfant.

Les mœurs évoluent continuellement. Ainsi l'assistance médicale à la procréation n'était pas une technique courante il y a quelques années. Or, depuis son adoption par le législateur français, cette pratique est inscrite dans les mœurs et ne paraît pas contraire aux principes fondamentaux des droits de l'homme.

Le recours au « bébé médicament ou bébé de l'espoir » est admis depuis la loi du 6 août 2004. N'est-ce pas utiliser un corps humain au service d'une autre personne ?

De même, d'ici 50 ans, les associations de gestation pour autrui sembleront peut être normales (ce qui serait regrettable), à l'instar des associations de courtage matrimonial qui étaient inimaginables dans les années 1900 et passible de lourdes peines pénales.

L'autorisation de la gestation pour autrui dans un cadre strictement délimité ne paraît pas si « surprenante » dans ce mouvement et permettrait de réduire les dérives actuelles.

Toute cette étude nous amène à remettre en cause aujourd'hui la définition classique de la maternité. L'accroissement des connaissances scientifiques dans le domaine de la procréation à favoriser l'émergence d'une approche biologique de la maternité. La mère n'est plus seulement la femme qui accouche²⁸³, la femme qui élève, mais également la mère biologique. Une réflexion s'impose sur une nouvelle définition de la maternité, cohérente, réaliste et respectueuse des principes fondamentaux. Ainsi, la maternité pourrait être définie soit d'un point de vue social, soit d'un point de vue biologique, selon les situations.

Cette réflexion juridique est désormais nécessaire d'autant que va se développer « l'utérus artificiel » selon le biologiste et philosophe Henri ATLAN²⁸⁴. Il prévoit que la gestation du bébé hors du corps de la mère, conséquence ultime des progrès de la fécondation in vitro et des soins aux grands prématurés, sera une réalité d'ici quelques décennies. Une inévitable

²⁸³ « Plus simplement, il suffit d'ouvrir le Code civil de 1804 pour découvrir que d'autres règles peuvent présider à la définition de la filiation : à l'époque, les enfants ne naissaient pas nécessairement du corps de leurs parents mais de leur mariage ». LACUB (M.), *L'empire du ventre, pour une autre histoire de la maternité*, 2004.

²⁸⁴ « Un enfant sans grossesse ni accouchement », *Le Monde II*, n° 61.

révolution technique, qui aura d'importantes retombées sociales, symboliques, politiques et bien évidemment juridiques, et suscite déjà de vifs débats.

Si ce progrès scientifique se concrétise, il est clair que la définition de la maternité selon laquelle la mère est celle qui accouche n'aura plus de sens.

ANNEXE

Annexe 1 – Pratique de la gestation pour autrui en Europe et dans le monde

Pays	Statut légal			Remarque
	Légal	Interdit	Pas de loi	
Afrique du sud	+			Comité d'éthique
Allemagne		+		Depuis 1990
Argentine	+			Comité éthique (cas par cas)
Australie	+			Selon les états
Autriche		+		
Belgique			+	
Brésil	+			Entre membres de la famille
Bulgarie		+		
Canada	+			Sans compensation
Corée	+			
Danemark			+	
Equateur	+			
Espagne		+		
Etats-Unis	+			Oui
Finlande			+	Oui
France		+		
Grande-Bretagne	+			Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé
Grèce	+			Oui
Hong Kong	+			
Hongrie ²⁸⁵		+		
Iran	+			
Israël	+			Contrôle par comité d'éthique indépendant et ministère de la santé
Italie		+		
Luxembourg		+		
Norvège		+		
Nouvelle-Zélande			+	Comité d'éthique
Pays Bas			+	
Portugal		+		
République tchèque		+		
Russie	+			
Salvador			+	

²⁸⁵ En Hongrie, en l'absence de loi, les couples demandaient une autorisation de recourir à la GPA à un comité d'éthique ; cette autorisation a été accordée dans un certain nombre de cas. En 1997, le Parlement vote une loi autorisant, à partir de l'an 2000, la GPA sans compensation financière. Entre-temps, un changement de gouvernement annule la précédente loi et la GPA devient illégale à partir de l'an 2000. En 2002, une coalition socio-libérale a rouvert la question mais n'a pas encore proposé de nouveau cadre législatif (Judith Sandor, professeur à la faculté des Sciences politiques de Budapest, communication personnelle). Ce cas illustre bien la difficulté d'interdire la GPA en l'absence de raisons éthiques, sociales et médicales incontestables.

Slovaquie			+	
Slovénie		+		
Suède		+		

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

BOUZAT (P.) et PINATEL (G.), Traité de droit pénal et criminologie, Tome 1 Droit pénal général, 2^{ème} éd., Dalloz, 1970

CARBONNIER (J.), Droit civil II, La famille, les incapacités, PUF, 1977

CARBONNIER (J.), Droit civil II, La famille, l'Enfant, le Couple, 21^{ème} éd., P. U. F, 2002

CORNU (G.), Droit civil, La famille, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1993

CORNU (G.), Droit civil, La famille, 6^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1998

CORNU (G.), Droit civil, La famille, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2001, vol. 2

CORNU (G.), Droit civil, La famille, 8^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2003, vol. 2

CORNU (G.), Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, 9^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999

CORNU (G.), Vocabulaire juridique ; association Henri Capitant, PUF, 2002

HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), Traité de droit civil, la famille, Fondation et vie de famille L.G.D.J., Paris, 2^{ème} éd. 1993

PLANIOL (M.), Traité élémentaire de droit civil, tome 1, 4^{ème} éd. par RIPERT et BOULANGER, Paris, L.G.D.J., 1948

PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome 2, 2^{ème} éd. par ROUAST

RUBELLIN-DEVICHI (J.), Droit de la famille, Paris, Dalloz action, 2001

Ouvrages spéciaux et thèses de droit

ANDORNO (R.), La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, Paris, L.G.D.J., 1996

BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), Liberté individuelle, maternité et droit, thèse sous la direction de Mme DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), Lille II, 1999

DELAISI de PERSEVAL (G.) et JANAUD (A.), L'enfant à tout prix, Seuil, 1983

- FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)** (dir.), La contractualisation du droit de la famille, Economica, 2001
- FIELD (M.)**, Surrogate Motherhood, The legal and human issues, Harvard University Press 1990 2^{ème} éd
- FRYDMAN (R.)**, Dieu, la médecine et l'embryon, éd. Odile Jacob, 1999
- FRYDMAN (R.), FLIS-TRÈVES (M.), KOEPEL (B.)**, Les procréations médicalement assistées : vingt ans après, éd. O. Jacob, 1998
- LACUB (M.)**, L'empire du ventre, pour une autre histoire de la maternité, Fayard, 2004
- LEBRETON (G.)**, Libertés publiques et droits de l'homme, 6^{ème} éd. Armand Colin, 2003
- LETTERON (R.)**, Le droit de la procréation, Que sais-je ?, PUF
- MASSAGER (N.)**, Les droits de l'enfant à naître, Bruylant ? 1997
- RAIMBAULT (G.) et MANCIAUX (M)** (dir.), Enfance menacée, éd. Inserm, 1992
- RELIER (J.-P.)**, L'aimer avant qu'il naisse, éd. Robert Laffont, 1993
- ROUSSEAU (J.-J.)**, Le contrat social
- TERRE (F.)**, L'enfant de l'esclave, Paris, Flammarion, 1987
- Dictionnaire permanent de bioéthique**, Maternité de substitution, p. 1273
- Jurisqueuseur**, Droit et pratique de la cassation en matière civile, Litec, 2^{ème} éd. 2003

Actes de colloque

- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, « Le secret des origines », Colloque international, décembre 1998, *Secret et justice*, Publication de l'espace juridique, Lille, 1998
- LAVALLÉE (C.)**, *Adoption et maternité de substitution*, colloque Montréal 1997, Journ. du droit des jeunes
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « Congélation d'embryons, fécondation in vitro, maternité de substitution. Point de vue d'un juriste », *Génétique, Procréation et Droit*, Paris, Actes sud, Hubert Nyssen éditeur
- TESTARD (M.-J.)**, Acte du colloque *Vive la loi, Loi, science et environnement*, propos de, site Internet http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive-la_loi17.html

Etudes doctrinales et articles juridiques

- ATIAS (Ch.)**, « Le contrat de substitution de mère », *D.* 1986. Chr. 67
- BANDRAC (M.)**, « Réflexions sur la maternité », *Mélanges Raynaud, Dalloz*, 1985, p. 27
- BIGOT (J.)**, « Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972 », *R.T.D. civ.* 1977, p. 243
- BOULANGER (F.)**, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *J.C.P.* 1993, I, 3665
- CHABAS (F.)**, « La procréation assistée. 1^{ère} partie : la question des mères de substitution », *La Revue du praticien*, n°28 du 24 mai 1988, p. 58
- CHABERT (C.)**, « Pour un réexamen de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *J.C.P.G.* 2003, I, 129, n°47
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)**, « Les droits de l'enfant », *D.*, 1992, Somm. p. 59
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)**, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.civ. Avril-juin* 1995, p. 264
- DEPADT-SEBAG (V.)**, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de gestation pour autrui » in *Revue générale de droit médical*, n°12, 2004
- DEPADT-SEBAG (V.) et DELAISI DE PERSEVAL (G.)**, « La gestation pour autrui peut elle devenir une indication d'assistance médicale à la procréation ? » in *Les cahiers du CCNE pour les sciences de la vie et de la santé*, n°461, préc., janv-mars 2006, p 49
- DONNIER (M.)**, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, Chr. p. 27
- FAVOREU**, « déni de justice et droit au juge », *D.* 2002
- FENOUILLET (D.)**, « Le détournement d'institution familiale » in *Mélanges Philippe Malaurie*, éd ; Defrénois, 2005, p. 237
- FLAUSS-DIEM (J.)**, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.* 1996, p. 856
- GAUMONT-PRAT (H.)**, « Pas d'adoption pour les enfants issus de conventions de mère porteuse », *Revue Lamy droit civil*, mai 2004, p.31
- GOBERT (M.)**, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *R. T. D. Civ.*1991, p. 489
- GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) et MURAT (P.)**, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. Fam.* 2003, Chr. 1
- GRANET (F.)**, « L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CICE », site Internet <http://www.ciec1.org>
- HAUSER (J.)**, « L'adoption à tout faire », *D.* 1987 Chr. 205

- HAUSER (J.)**, « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996, Chr. 182
- HAUSER (J.)**, « Le droit de la famille et l'utilitarisme » in *Mélanges TERRE*, 1999, p.441
- LABBÉE (X.)**, « Le corps humain, objet de propriété divine? », in *Revue Politeia* : « Droit à la vie, droit à la mort, un droit constitutionnel ? », n°3, p. 91, 2003
- LABBÉE (X.)**, « La procréation assistée dans le Code civil. 1804-2004 », Texte d'une conférence donnée pour Avenir Capa à paraître aux Presses Universitaires du Septentrion
- LABBÉE (X.)**, « La possession d'état conventionnelle », *D.* 2004, Jurisp. p. 1579
- LAURIN (Y)**, « L'amicus curiae », *J.C.P.* 1992. I. 3603
- LEMOULAND (J.-J.)**, « Le tourisme procréatif », *L.P.A.*, 2002, n°62, p. 24 et suiv.
- MAIMON (N.)**, « Législation en matière médicale:la prise de décision », *Gaz ; Pal.*, 1998 (1^{er} semestre), p. 531 et suiv.
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.)**, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D.civ.* oct.-déc. 1988, p. 657
- MILLER HEALY (N.)**, « Beyond Surrogacy :Gestational Parenting Agreements under California Law », *U.C.L.A. Women's Law Journal*, 1991, p. 89 et suiv.
- MILLET (F.)**, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *J.C.P.G.* 2006, I, 112
- NEIRINCK (C.)**, « Commentaires des projets de loi relatifs à l'éthique biomédicale », *L.P.A.*, 22 juin 1992, n°75, p. 5
- NEIRINCK (C.)**, in « Le droit de la filiation et les procréations médicalement assistées », *L.P.A.*, 14 déc. 1994, p. 54
- PASCAL (A.) et TRAPERO (M.)**, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004*, site Internet : www.courdecassation.fr
- RAGONE (H.)**, « Surrogate Motherhood : Conception in the heart », Oxford, West view Press, 1994
- RAYNAUD**, « La réforme de l'adoption », *D.* 1967, Chr. 77
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « La gestation pour autrui », *D.* 1985, Chr. p. 147
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation », *J.C.P.* 1991, I, 3505
- RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « Mères porteuses, premier et deuxième type » in *Revue de droit de l'enfance et de la famille* 1992 p. 141
- VASSAUX (J.)**, « Le juge qui suspecte une convention de mère porteuse a le pouvoir d'ordonner un examen des sangs pour prévenir la fraude à l'adoption », *Rev. Jur. Personne et famille*, sept. 1999, n° 6, p. 20

Lois, ordonnances et décrets

Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JO 5 janvier ; www.legifrance.gouv.fr

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code de procédure civile relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO 9 juillet ; www.legifrance.gouv.fr

Loi n° 94-653, 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JO 30 juillet ; www.legifrance.gouv.fr

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO 30 juillet ; www.legifrance.gouv.fr

Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption ; *D.* 1996, Lég. p. 329

Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO 11 août ; www.legifrance.gouv.fr

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juillet ; www.legifrance.gouv.fr

Notes et commentaires de jurisprudence

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975 1^{ère} esp. *D.* 1976, Jurisp. p. 397, note LINDON

CA Paris, 5 février 1976 *D.* 1976, Jurisp. p. 573, note PAIRE

CA Douai, 12 janvier 1977 *D.* 1979, I.R. 242, obs. Huet-WEILLER

TGI Marseille, 10^e ch., 27 janvier 1982 *J.C.P.* 1983, II, n°20028, note, PENNEAU

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1983 *D.* 1984. 191 (2^e esp.), note HUET-WEILLER

Avis du Comité national consultatif d'éthique du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle

TGI Aix-en-Provence, 5 déc. 1984 *J.C.P.* 1986, II, n°20561, note BOULANGER ; *R.T.D. civ.* 1986, p. 578, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) ; *D.* 1987, Chr. p. 189

T. adm. Strasbourg, 17 juin 1986 (Association Les Cigognes) *J.C.P.G.* 1987, II, n° 20719, Concl. du Commissaire du Gouvernement KINTZ

TGI Versailles, 9 juillet 1986 *R.T.D. civ.* 1990, p. 255, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.)

TGI Paris, 20 sept. 1986 *D.* 1987, 124, note MAYER (D.)

TGI Paris, 20 janv. 1988, CA Paris 11 oct. 1988 *D.* 1988, IR, p. 275

CE Ass., 22 janvier 1988 *D.* 1988, IR.45

TGI Paris, 20 déc. 1988 *D.* 1989, Somm. p. 368, note HUET-WEILLER

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989 (Association Alma mater) *J.C.P.* 1990.II.21526, note SERIAUX (A)

CA Lyon fév. 1990 in RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *Revue de droit de l'enfance et de la famille* 1992 p. 141

CA Paris, 15 juin 1990, n° 89-18375 *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER, *Clunet* 1990, p. 985, note GAUDEMET-TALLON (H.)

CA Paris, 15 juin 1990, n°89-18925 *J.C.P.* 1991, II, n°21653, note E DELMAN et LABRUSSE-RIOU

CA Paris, 9 nov. 1990, n°90-3146

CA Paris, 30 nov. 1990, n°89-23.04

CA Pau, 10 janvier 1991 in RUBELLIN-DEVICHI in « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *Bioéthique*, déc. 1991, p. 314

CA Pau 19 fév. 1991 *D.* 1991, p. 380, note LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ; *D.* 1992, Somm. p. 59, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

Comm. EDH, 5 juin 1991, n°14223/38, Patricia Lavis se contre France

Cahiers de l'IDEDH 1992/1, p. 112, note L. SERMET et 1993/2, p. 8, note A. LAMBOLEY

Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991

Bull. n°4, *D.* 1991, Jurisp. p. 417, rapp. Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN ; *J.C.P.G.* 1991, II, n°21752, communication J. Bernard, concl. Dontenwille et note F. TÈRRE ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET – WEILLER et p. 489, note M. GOBERT ; *J.C.P.*, 1991, I, 3547, Chr. J. RUBELLIN-DEVICHI, Dontenwille, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. AUBERT.

CA Poitiers, 22 janv. 1992 *D.* 1993, Somm. p. 119, obs. VASSAUX-VANOVERSCHELDE

CEDH, 25 mars 1992 *D.* 1993, Jur. p. 101, note MARGUÉNAUD (J.-P.) ; *JCP* 1992, II, note GARÉ

Cass. Ass. Plén., 11 déc. 1992 *Bull. ass. Plén.* n°13, *D.* 1993, I.R. p. 1 ; *RTD civ.* 1993, p. 97, obs. HAUSER (J.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Lejeune D.* 1993, jurisp. p. 361, note MASSIP (J.) ; *R.T.D. civ.* note LAGARDE (P.) *Rev. dr. soc* 1993, p. 533, note MONÉGER (F.) ; *RGDI pub.* 1993, p. 1051, note ALLAND (D.) ; *RTD civ.* 1993, p. 341, n°25, p.572, n°22, obs. H AUUSER (J.) ; *J.C.P. G* 1993, I, 3688, n°4, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) ; *D.* 1994, Somm. p. 34, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1993 *D.* 1994. 398, note MASSIP

Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-13.563 *Gaz. Pal.* du 17 janvier 1995 ; *D.* 1994, Jurisp. 581, note CHARTIER

Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996 *J.L.M.B.* 1996, p. 1182 et *Revue du Droit de la santé* 1997, p. 124

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juin 1997 *Defrénois* 1998, art. 36815, p. 716, obs. MASSIP (J.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1998 *Bull. civ.* n°99

TGI Créteil, 23 mars 1998 *Gaz. Pal.* 1998, 2, Somm. p. 346

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 fév. 1999 *D.* 2000, Somm. p. 170, note VASSEUR-LAMBRY (F.)

CA Rennes, 24 janvier 2000 : *Juris-Data* n°2000-1102 23 ; *J.C.P.G.* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002, Somm. p. 2020, obs. GRANET (F.) ; *R.T.D.civ.* 2000, p. 819, obs. HAUSER (J.) ; *Dr. fam.* 2003, Chr. 29, FENOUILLET (D.)

CA Paris, 1^{er} fév. 2001, n°2000/08814 *R.T.D. civ.* 2001, p. 347, obs. J.HAUSER

Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 oct. 2001 *R.W.* 2001, n°6 du 6 oct. 2001

Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *Juris-data* n°2002-190443

CA Rennes, 4 juillet 2002, n° 01/02471 *D.* 2002, Comm. 2902, note GRANET (F.) ; *Dr. Fam.* 2002, Comm. 142, note MURAT ; *J.C.P.G.* 2003, I, 101, obs. RUBBELLIN-DEVICHI (J.)

Cass. Civ. 1^{ère} 23 avril 2003, n°02-05.033 *J.C.P.G.* 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN (A.) ; *L.P.A.* 29 oct. 2003, p. 10. MASSIP (J.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 01-03.927 *D.* 2004 *Jurisp.* p. 1998, POISSON-DROCOURT (E.) ; *J.C.P.G.* 2004, n° 28, p.1999, *J.C.P.* 2004, I, n° 109, obs. RUBELLIN-DEVICHI (J.) ; *Dr. famille* 2004, Comm. n° 17, obs. MURAT (P.) ; *Defrenois* 2004, p. 592, note MASSIP (J.) ; *Revue Lamy* mai 2004, art. GAUMONT-PRAT (H.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004 *J.C.P.G.* 2004, I, 109, § 2, note RUBELLIN-DEVICHI (J.)

TGI Créteil, 30 nov. 2004 *D.* 2005, n°7, p. 476, note DEPADT-SEBAG (V.)

Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n°02-20.613 : *Juris-Data* n°2005-02 8424 *J.C.P.G.* 2005, II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS et STRICKLER (Y.), *Dr. famille* 2005, Comm. 156

Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n°04-16.942 : *Juris-Data* n°2005-0 28932 *J.C.P.G.* 2005, II, 10115, note CHABERT (C.)

Sites Internet

http://www.agpl.fr/documents/fiche_GPA « Repères juridiques sur la gestation pour autrui »

http://www.emdh.org/emdh/html/droits_enfant « Enfants du monde Droits de l'homme et Droits de l'enfant »

http://www.enmarche.be/A_suivre/2005/Meres_porteuses.htm

http://www.genethique.org/doss_theme/dossiers/chrono_bioethique « 50 ans de bioéthique, 1953-2003, Assistance Médicale à la Procréation »

www.ieb-eib.org Dossier de l'Institut Européen de bioéthique, Les conventions de mère porteuse, 23 mai 2005

<http://www.justice.gouv.fr/textfond/enfant> La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

www.maia-asso.org « La gestation pour autrui. Etats des lieux en 2006. Aspects éthiques, juridiques et médicaux »

<http://www.maire-info.com/article>

<http://perso.wanadoo.fr/max-christian.ducomte/mere/mptitre3.htm> « La vraie querelle des mères porteuses »

www.senate.be

www.un-bebe-a-tout-prix.net

Articles journalistiques

« GISTI- Etrangère et femme : une double discrimination » ; <http://www.gisti.org/doc/plein-droit>

« Mère hors la loi » ; <http://www.lyoncapitale.fr/actu>

« La gestation pour autrui en quête de légitimation » ; www.liberation.fr

Le Quotidien du médecin, 14 septembre 2005

« Un enfant sans grossesse ni accouchement » ; *Le Monde II*, n°61

Table des matières

Remerciements	3
Table des abréviations.....	4
Section I – Une convention dont l’illégalité est contournée par les parties. 14	
I – Les contradictions substantielles entre le droit français et certains droits étrangers.....	14
A – L’hostilité du législateur français à l’égard de la convention de gestation pour autrui..	14
1 – La nullité de la convention.....	14
a) L’inflexibilité du droit français.....	14
L’illicéité des associations et leur dissolution :	15
Le « coup d’arrêt » de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991 :	
l’illicéité de la convention.....	18
L’interdiction légale de la maternité de substitution :	20
La confirmation récente :	22
b) Les fondements juridiques de l’interdiction.....	22
2 – L’inefficacité de l’effet dissuasif des sanctions.....	29
a) L’injustice de la sanction civile.....	30
b) L’inexistence des sanctions pénales.....	33
La « punissabilité » des intermédiaires et ses limites :	33
L’impunité des mères porteuses et leurs clients :	35
L’appréciation des risques de poursuites pénales :	37
B – La faveur du droit étranger à l’égard de la convention de gestation pour autrui.....	37
1 – Des tendances contradictoires.....	37
a) Les pays interdisant.....	37
b) Les pays autorisant ou sans législation.....	38
2 – La légalisation de la pratique de la gestation pour autrui.....	39
a) La pratique de la gestation pour autrui au Royaume-Uni.....	39
b) La pratique de la gestation pour autrui aux Etats-Unis.....	40
c) La gestation pour autrui en discussion en Belgique.....	42
d) La nouvelle autorisation de la gestation pour autrui en Grèce.....	44
II – La contrariété des systèmes juridiques favorisant la fraude.....	45
A – Les contournements avérés de la loi.....	45
1 – Les tricheries accessibles aux mères gestationnelles et à leurs clients en France...	45
a) À l’égard du médecin.....	45
b) L’inégalité entre un couple marié et un couple concubin.....	46
2 – Les subterfuges pour établir la filiation maternelle.....	47
a) La simulation d’enfant.....	47
b) L’accouchement de la mère gestationnelle dans l’anonymat et l’adoption par le	
conjoint stérile.....	48
c) Le consentement de la mère gestationnelle à l’adoption de l’enfant qu’elle a mis	
au monde.....	48
3 – L’expansion du tourisme procréatif.....	50
a) Le phénomène du tourisme procréatif.....	50
b) La limite : l’opposition de l’ordre public par le Parquet de Nantes.....	51

4 – « L'autorisation implicite » de la gestation pour autrui à l'égard des homosexuels...	53
a) Les différentes hypothèses.....	53
b) Un débat « faussé ».....	54
B – Le maintien d'une interdiction injustifiée ?.....	54
1 – Une anomalie dans le droit de la procréation médicalement assistée.....	54
2 – La faiblesse des fondements actuels.....	55
3 – L'insécurité juridique actuelle : une zone de non droit.....	58
4 – L'intérêt des personnes en cause.....	59
Section II – Une convention dont l'illégalité nuit au tiers : l'Enfant.....	63
I – L'indifférence du droit français à l'égard de l'enfant issu des conventions de gestation pour autrui.....	63
A – La volonté affichée du droit d'ignorer l'enfant.....	63
1 – La politique législative du XXème siècle.....	63
2 – Le sacrifice de l'enfant au nom de l'intérêt général.....	65
3 – Les solutions jurisprudentielles avortées : la méprise de l'intérêt de l'enfant.....	66
4 – L'analogie avec l'enfant adultérin.....	69
B – Une jurisprudence vraisemblablement contraire aux conventions internationales...71	71
1 – La violation caractérisée de la Convention internationale des droits de l'enfant...72	72
2 – Une solution tirée de la Convention européenne des droits de l'homme.....74	74
3 – L'émergence d'une nouvelle attitude des juges.....75	75
II – L'élaboration nécessaire d'un statut pour l'enfant.....	76
A – La recherche d'un statut de lege lata.....	76
1 – La redécouverte de la possession d'état.....	77
2 – L'adoption simple, un bon compromis.....	82
3 – Les substituts à défaut de solution.....	83
B – La recherche d'un statut de lege ferenda.....	84
1 – Le droit de l'enfant, un droit récent.....	84
2 – La teneur du « droit à l'enfant ».....	86
3 – La faveur d'une conception génétique de la maternité.....	88
a) La désuétude de l'adage.....	88
b) Vers la légalisation de la gestation pour autrui à titre exceptionnel.....	91
Conclusion.....	95
Annexe.....	99
Annexe 1 – Pratique de la gestation pour autrui en Europe et dans le monde.....	100
Remarque.....	100
Bibliographie.....	102
Ouvrages généraux.....	102
Ouvrages spéciaux et thèses de droit.....	102
Actes de colloque.....	103
Etudes doctrinales et articles juridiques.....	104
Lois, ordonnances et décrets.....	106
Notes et commentaires de jurisprudence.....	106
Sites Internet.....	108
Articles journalistiques.....	109