

# LA GESTATION POUR AUTRUI : D'UN PROBLÈME D'ORDRE PUBLIC AU CONFLIT D'INTÉRÊTS ?

Marie-Xavière CATTO  
Doctorante au CREDOF - Membre de REGINE<sup>1</sup>

« Plus encore que pour toute autre  
règle, le droit de la filiation  
est une technique juridique  
dépendant d'une idéologie ».

MALAURIE Philippe, *La famille*, édition Cujas,  
6<sup>e</sup> édition, 1998-1999, n°450, p. 256.

La gestation pour autrui n'est pas née avec les progrès technologiques : avant la médicalisation de la procréation, un couple dont la femme était stérile pouvait faire appel à une autre pour que le mari ait avec elle une relation sexuelle et qu'elle porte l'enfant, lequel était considéré comme celui du couple. Le problème du recours à une femme tierce pour porter un enfant n'a donc « vraiment rien de médical »<sup>2</sup>. Mais généralement une telle relation devait être maintenue secrète ou demeurait prohibée car, avant les nouvelles technologies de la reproduction, elle supposait une relation adultère. Leur apparition fait changer la question d'aspect : il devient légitime et possible, dans le cadre de politiques publiques, de lutter contre la stérilité ; l'acte sexuel est dissocié de l'acte procréatif ; il est même possible d'avoir un enfant avec les gamètes du couple demandeur, donc un enfant « qui leur ressemble », porté par une femme extérieure au couple. La question est alors posée en des termes nouveaux. La pratique peut engager, si l'on oublie les médecins, deux à cinq acteurs ou même huit<sup>3</sup>, d'un homme célibataire et une femme gestatrice au couple d'intention qui fait appel à un don de sperme et d'ovule, à une FIV et à une femme qui porte l'enfant. Celui-ci peut donc être génétiquement celui du couple, ou celui d'un de ses membres, ou n'avoir aucun lien génétique avec lui. De nombreux auteurs distinguent le recours à une « mère porteuse » ou la « procréation pour autrui » (qui impliquerait un lien génétique à l'enfant) et la « gestation pour autrui » (la gestatrice n'ayant aucun lien génétique avec lui)<sup>4</sup>. Nous ne distinguerons pas ces situa-

---

<sup>1</sup> Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe ([REGINE](#)), programme de recherche dirigé par Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD et Diane ROMAN.

<sup>2</sup> RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Les mères porteuses », in RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *Cahiers de Médecine Légale. Droit médical*, n°4, *La Procréation assistée*, Entretiens juridiques de la Faculté de droit de Lyon, 1987, p. 62.

<sup>3</sup> Exemple de GPA où l'on a huit rattachements parentaux potentiels, IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, p. 273.

<sup>4</sup> Le vocabulaire a évolué, le premier rapport sur les procréations artificielles distinguait la maternité de substitution (lien génétique) du prêt d'utérus (sans lien génétique), ALNOT Marie-Odile, LABRUSSE-RIOU Catherine, MANDELBAUM-BLEIBTREU Jacqueline, PEROL Yvonne, ROSENCZVEIG Jean-Pierre, *Les procréations*

tions, d'abord parce que le droit ne le fait pas et c'est à son analyse que nous allons dans un premier temps procéder. Certes, l'article 16-7 du Code civil introduit par la loi de 1994 dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » (art. 16-7). Certains peuvent alors affirmer que la procréation pour autrui est l'acte par lequel la gestatrice est également génitrice quand la gestation pour autrui ne viserait que l'acte de porter l'enfant<sup>5</sup>. Mais cette distinction n'est pas celle qui présidait à la rédaction de l'article, les travaux parlementaires étant nets à ce sujet<sup>6</sup>, et ce n'est pas davantage le sens retenu par les juges aujourd'hui : la procréation pour autrui ne vise pas l'acte de gestation<sup>7</sup>. L'interdiction de la procréation pour autrui exclut les conventions interindividuelles, et marque l'obligation de passer par un CECOS (Centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains), quand toutes les pratiques de gestation pour autrui sont regroupées sous cette terminologie, quelles qu'en soient les modalités. Nous rejetons donc cette distinction parce que le droit le fait et parce que nous pensons opportun de suivre la terminologie adoptée par le législateur sans distinguer, choix que nous expliquerons.

**Méthodologie adoptée.** La question de la gestation pour autrui demeure du ressort des États. Aucun texte contraignant n'a été adopté, même si plusieurs initiatives avaient vu le jour, au niveau du Parlement européen (un projet de résolution, resté sans suite, visait à l'interdire en 1989)<sup>8</sup> ou du Conseil de l'Europe. La présidente de l'association Les Cigognes avait déposé une requête contre la France devant la Commission européenne des droits de

---

*artificielles*, Rapport préliminaire au Premier ministre, Paris, La documentation française, 1986, p. 97; Michelle GOBERT de son côté distingue la mère porteuse de la « mère de substitution » qui serait « mère à part entière », « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 506-507. D'autres celles du premier ou deuxième type (en ce sens, RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Mères porteuses, premier type et deuxième type », in *Droit de l'enfance et de la famille*, 1992 p. 141-152). Aujourd'hui la « maternité de substitution » est distinguée du « don de gestation » (DEPADT-SEBAG Valérie, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *RGDM*, n°12, 2004, p. 137-138).

<sup>5</sup> Par ex. CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, étude adoptée par l'Assemblée plénière, Paris, 2009, p. 60 ; GAUMONT-PRAT Hélène, *Bioéthique et droit. L'assistance médicale à la procréation*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011, p. 150-151.

<sup>6</sup> La rédaction de cet article sur ce point n'a pas changé entre le projet de loi examiné en novembre 1992 (JO AN, 3<sup>e</sup> séance du 20 novembre 1992, p. 5835) et son adoption. Un amendement avait toutefois été proposé afin de le reformuler comme suit : « les conventions ayant pour objet la gestation pour le compte d'autrui sont nulles de plein droit ainsi que celles ayant pour objet la procréation pour le compte d'une personne dénommée ». Le garde des sceaux avait alors répondu que la formulation de l'article n'emportait pas condamnation du don de gamètes, puisque « les donneurs ne passent pas avec les CECOS des conventions de procréation. L'objet direct de ces conventions est la remise de gamètes et non la procréation. [...] De plus, la rédaction suggérée présente un certain danger. Ne viser que les contrats ayant pour objet la procréation pour le compte d'une personne dénommée, c'est prendre le risque de rendre licites les conventions de mère porteuse dans lesquelles l'identité du couple receveur ne sera pas révélée à la mère porteuse. Enfin, si vous considérez que la convention passée avec les CECOS a pour objet la procréation, la rédaction que vous proposez condamne l'insémination intraconjugale réalisée par l'intermédiaire de ces centres puisque, dans ce cas, le bénéficiaire sera toujours une personne dénommée », *JOAN*, 1<sup>e</sup> séance du 19 avril 1994, p. 930.

<sup>7</sup> Ce qui explique que les juges puissent rejeter la requête d'un homme souhaitant voir son préjudice réparé dans une affaire d'AMP non anonyme à l'étranger à laquelle il a participé alors qu'il n'est pas question de gestation pour le compte d'autrui dans l'affaire, sur le fondement des articles 16-7 et 16-8 du code civil, cf. TGI Paris, 28 juin 2005, *D.*, 2006. pan., p. 1147, note GRANET-LAMBRECHTS Frédérique.

<sup>8</sup> « Toute forme de maternité de substitution doit être en général rejetée », Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989: Fécondation artificielle *in vivo* et *in vitro*, JO, C96, 17-04-1989, p. 173, §11.

l'homme une fois la légalité du refus de l'enregistrement de l'association en Alsace-Moselle confirmée devant les juridictions internes. La Commission, sans s'exprimer sur le fond, avait estimé la mesure non disproportionnée compte tenu de la marge d'appréciation des États<sup>9</sup>. Depuis, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a élaboré un projet de rapport visant à l'encadrer pour en autoriser la pratique en cas de stérilité<sup>10</sup>, mais la Commission des questions sociales a décidé d'abandonner ses travaux six mois plus tard<sup>11</sup>. Aucun texte contraignant sur le plan international n'ayant été adopté, on constate aujourd'hui une grande variété de situations dans les différents États. Le Royaume Uni et la Grèce ont légiféré pour permettre la GPA, sur des modèles très différents, quand de nombreux États n'en disent rien. La France de son côté la condamne. Il reste à savoir au nom de quoi et quels intérêts protégés justifient cette illégalité. Nous avons donc essayé de recueillir et d'analyser tous les arrêts publiés et accessibles en ligne sur la gestation pour autrui afin de systématiser l'analyse. L'étude du contentieux nous a permis de trouver une cinquantaine de décisions qui ne traduisent pas, entre 1984 et 2012, une véritable évolution des questions. Celle-ci se trace néanmoins en filigrane, à l'image du prisme par lequel le CCNE a abordé la question dans ses différents avis. Après la condamnation de la pratique en 1984 (avis n°3), puis en 2006 (n°90), il s'est dit favorable à l'ouverture d'un débat en 2008 (n°105) et l'a de nouveau condamnée du strict point de vue du droit des femmes, en 2010 (n°110). Nous rejoignons ainsi D. Roman qui a pu constater en 2012 un déplacement de la question, d'un problème d'ordre public à un problème posé en terme de genre<sup>12</sup>. Il nous semble également qu'après avoir fait l'objet d'une réprobation unanime, parce qu'elle était contraire à l'ordre public mais aussi aux intérêts de tous (I), la gestation pour autrui confronte désormais des intérêts catégoriels, opposant les droits des femmes à ceux des enfants (II).

## I. UNE TECHNIQUE CONTRAIRE A L'ORDRE PUBLIC

Le problème a été initialement posé en ces termes : une femme qui est la mère porte un enfant qu'elle cède à un tiers. Il y a donc cession d'enfant et programmation de son abandon par sa mère. Il y a en outre atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Cette argumentation pourrait être interrogée. L'enfant protégé au nom

---

<sup>9</sup> Commission européenne des droits de l'Homme, 5 juin 1991, requête 14223/88, *Patricia Lavisse* [Présidente de l'association] c. France, §1, citée par SERMET Laurent in « L'association "Les Cigognes" devant la Commission européenne des droits de l'homme : convergences entre le juge administratif français et le juge européen des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEDH* 1992/1, p. 114.

<sup>10</sup> AS/Soc (2005) 9 révisé 2, 5 juillet 2005 « Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité », Rapporteur : Michael HANCOCK, Royaume-Uni, LDR.

<sup>11</sup> Le 16 décembre 2005, jour où devait être adopté l'avant-projet de résolution, cf. « [Maternité de substitution : la commission des questions sociales ne poursuivra pas ses travaux](#) ».

<sup>12</sup> « Articulés autour du principe d'indisponibilité du corps humain en général, les débats parlementaires sur les premières lois de bioéthique (1994) abordaient la question de la gestation pour autrui principalement sous l'angle de l'ordre public contre le désir d'enfant ou celui de l'intérêt de l'enfant [...] Cette relative indifférence à la dimension spécifiquement féminine de la GPA, et aux lectures féministes qui en sont faites à l'étranger, contraste avec l'explosion contemporaine des arguments de type féministe [...] le prisme de l'analyse de genre est devenu la clef du positionnement pour ou contre la GPA », ROMAN Diane, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », in *Travail, genre, sociétés*, 2012/2, p. 191-192.

de l'ordre public ne serait pas nécessairement abandonné ou cédé (A). En outre, les principes à l'appui de l'interdiction ne visent pas tant à protéger le corps ou l'état des personnes qu'une certaine conception de la famille et de la maternité (B).

#### A. L'INTERET DE L'ENFANT PROTEGE AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC.

Le sens de l'abandon retenu dans le cadre de la gestation pour autrui peut être interrogé (1) comme celui de la vente ou de la cession que ce contrat est dit organiser (2).

##### 1. Un abandon inexistant

**L'accouchement est-il par lui-même créateur du lien juridique ?** Les manuels de droit enseignent, comme certains juges, que la mère est celle qui accouche. Le droit de la filiation ne ferait alors qu'enregistrer un fait : l'accouchement. Mais ils tempèrent généralement aussitôt l'assertion par ses exceptions, à l'image de la Cour d'appel de Rennes qui en 2002 a pu constater que « la loi française ne donne pas une définition de la mère »<sup>13</sup> avant d'ajouter que « l'adage latin « *mater semper certa est* » qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France même si ce principe est atténué par la possibilité d'accoucher anonymement et par l'obligation qu'a le plus souvent la mère naturelle de reconnaître son enfant »<sup>14</sup>. Car de fait, l'affirmation était doublement contredite. D'une part, parce qu'une femme non mariée qui accouchait devait reconnaître l'enfant pour que le lien de filiation soit établi, ce qui n'est plus le cas<sup>15</sup>, d'autre part parce qu'une femme peut accoucher dans l'anonymat<sup>16</sup>. Certes la réforme de 2009 a admis, même en cas d'accouchement sous X, la recevabilité de l'action en recherche de maternité<sup>17</sup>. Néanmoins une telle action sera presque impossible à mettre en œuvre<sup>18</sup>. Ce qui fait la mère n'est donc

---

<sup>13</sup> CA Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902

<sup>14</sup> CA Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902

<sup>15</sup> IACUB Marcela, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, p. 54, 105-106. Ce principe a été peu à peu atténué. Comme le constate André PONSARD en 1965, en matière de filiation maternelle, « l'opposition classique entre l'acte de naissance de l'enfant légitime, qui ferait preuve de la filiation, et l'acte de naissance de l'enfant naturel, qui ne comporterait pas une telle preuve, se trouve singulièrement atténuée [...] si ce nom est déclaré, il est à supposer que la mère y a consenti, et il peut sembler d'autant plus normal de reconnaître la valeur probante à cette indication que beaucoup de mères naturelles la croient suffisante pour établir la filiation », « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges R. Savatier*, 1965, p. 791-792. Cela ne demeure, encore à l'époque, qu'un mode de preuve, mais l'auteur s'interroge sur le fait que l'évolution conduise à ce que la mention du nom un jour suffise à l'établissement de la filiation. C'est le cas depuis 2005 : la réforme de l'art. 311-25 du Code civil, issue de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, fait de la simple indication du nom de la mère, même sans possession d'état, la preuve de la filiation.

<sup>16</sup> Art. 57 du Code civil. On pourra répondre que l'accouchement fait donc bien toujours l'enfant en droit, puisqu'une femme qui accouche sous X est réputée ne pas avoir accouché. C'est exact, mais dans ce cas si l'accouchement fait la mère sur un plan juridique, l'accouchement est lui-même une notion juridique dotée d'un sens propre qui n'est pas celui employé par ceux qui, par ce terme, prétendent décrire un « fait du monde ».

<sup>17</sup> [Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009](#), *JO* du 18/01/2009, art. 1, 7°.

<sup>18</sup> Parce que les enfants accouchés sous X sont généralement adoptés, ce qui fait obstacle à une telle action,

pas l'accouchement mais la volonté par une femme lorsqu'elle accouche de devenir mère de celui qui deviendra par sa volonté son enfant. Lorsque la femme qui accouche décide de le faire dans l'anonymat, l'enfant n'est pas abandonné par sa mère, contrairement à ce qui est régulièrement affirmé, puisque le lien de filiation, par définition, n'est pas établi<sup>19</sup>. La terminologie est ici ambiguë car l'abandon<sup>20</sup> ne permet pas de distinguer l'absence d'établissement de la filiation (renonciation au droit d'établir la filiation) de la remise de l'enfant à l'aide sociale à l'enfance. Or les situations juridiques ici confondues ne sont pas identiques. En France, dans la pratique initiale de la gestation pour autrui, la femme accouche sous X, donc dans l'anonymat, ce qui fait obstacle à l'établissement du lien de filiation. L'enfant n'est donc pas abandonné par sa mère, puisque le lien de filiation n'est pas établi : ce n'est pas sa mère, mais une femme qui accouche sous X. Ce qui fait la filiation maternelle n'est pas un acte biologique mais l'indication de son nom dans l'acte de naissance, la reconnaissance (essentiellement prénatale), la possession d'état, ou l'adoption. Néanmoins, avec l'ordonnance de 2005, qui a conservé la pluralité des modes d'établissement de la filiation maternelle, la reconnaissance post-natale comme la possession d'état sont désormais marginaux, sinon suspects<sup>21</sup>. Car une femme ne peut *reconnaître l'enfant dont elle n'a pas accouché*. L'asymétrie entre hommes et femmes dans la filiation relève de ce fait : « s'il est exact que la reconnaissance d'enfant naturel, comme acte volontaire, peut n'être pas conforme à la vérité biologique, la validité d'un tel acte ne peut affecter qu'une reconnaissance paternelle »<sup>22</sup>. Reconnaître un enfant dont elle n'a pas accouché entraînerait une femme à commettre une supposition d'enfant, sanctionnée pénalement (anc. art. 345 c. pén devenu l'art. 227-13 c. pén)<sup>23</sup>. Il lui faut nécessairement l'adopter au terme d'une procédure judiciaire. Il en ressort deux choses : l'enfant n'est pas abandonné par sa mère, puisque ce n'est pas sa mère, d'autre part, la femme qui veut établir son lien de filiation doit l'adopter, ce qui confirme donc qu'il a été abandonné (par la femme qui en a accouché). C'est la raison pour laquelle les associations ont été poursuivies par le ministère public au départ pour incitation à l'abandon. Le Conseil d'État motive le refus d'inscription de l'association « Les cigognes » en Alsace-Lorraine, sur le fond, par l'incitation à l'abandon d'enfant (anc. art. 353-1-2 du code pénal). Une telle pratique serait évidemment contraire à l'intérêt de l'enfant, qui se trouverait, parce que abandonné, dépourvu de lien de filiation. Néanmoins, si des

---

parce que l'anonymat à l'hôpital est conservé, ce qui restreint les preuves. Néanmoins cela est désormais possible : « il est donc clair que les actions seront très rares, mais [...] il est impossible d'affirmer qu'aucune ne peut avoir de chance de succès », DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation: bien plus qu'une simple ratification ! », *Revue Lamy droit civil*, n°58, mars 2009, p. 39. Pour compléter ce point, notamment l'évolution en cours, voir la contribution de Tatiana GRÜNDLER dans ce dossier.

<sup>19</sup> Comme le remarque Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *RTD. civ.*, 1990, p. 459.

<sup>20</sup> L'abandon est « l'acte juridique par lequel une personne renonce à un droit », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2005, entrée « abandon ».

<sup>21</sup> Comme l'a remarqué DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « L'établissement de la filiation », in *L'identité génétique et la personne : entre transparence et opacité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 26.

<sup>22</sup> Note LABRUSSE-RIOU Catherine, EDELMAN Bernard, sous CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, 21653, p. 112.

<sup>23</sup> Les deux articles visent les mêmes actes, Cass. crim., 12 janvier 2000, *Bull. crim.*, n°21, p. 45 et la note de Michel VERON, *Droit pénal*, 2000, comm. 84.

associations ont incité à l'abandon (au sens d'une incitation à l'accouchement sous X<sup>24</sup>), c'est parce qu'elles remplissaient un objectif : réaliser le projet d'un couple qui ne peut, en raison d'une impossibilité de porter l'enfant, en avoir un. L'incitation à l'abandon s'inscrit donc dans un processus plus large, qui ne provoque l'abandon que pour permettre l'adoption. Il y aurait donc détournement de l'institution de l'adoption.

**Le détournement de l'institution de l'adoption.** Selon les juges, la gestation pour autrui « tourne les règles légales et les principes de base de l'adoption qui tendent à donner une famille à un enfant qui n'en a pas et non à donner un enfant à un couple qui ne peut en avoir »<sup>25</sup>. C'est en ce sens, selon le CCNE<sup>26</sup> ou les auteurs de doctrine<sup>27</sup>, que l'intérêt de l'enfant est bafoué. Il y aurait donc une spécificité de la gestation pour autrui, au sein des techniques qui permettent à un couple d'avoir un enfant par l'appel à un tiers parce que la technique aboutit juridiquement à provoquer un abandon et une adoption. Nous en comprenons la logique. Néanmoins,

**1-L'enfant n'est pas procréé pour être privé de mère.** Si la gestatrice n'établit pas le lien de filiation et qu'elle l'abandonne donc, il n'est pas vrai que l'enfant est procréé pour être privé de mère, puisqu'une femme qui souhaite être mère est précisément à l'origine du projet d'engendrement. Il y a donc jusqu'ici projet parental d'un couple hétérosexuel dont la femme est stérile qui aboutit à une naissance qui pourrait conduire à intégrer l'enfant dans une famille qui l'a désiré et qui est né de ce désir d'enfant. Car de deux choses l'une : soit sur le plan juridique on dissocie l'abandon de l'adoption, et les deux actes sont tous deux légaux. Soit on critique les juges qui nient la connexité des deux actions mais il faut alors reconnaître que c'est précisément pour permettre son adoption par celle qui aspire à être sa mère que l'enfant a été abandonné.

**2-II n'y a détournement de la procédure de l'adoption qu'en raison de l'asymétrie des modalités d'établissement de la filiation**<sup>28</sup>. Un homme stérile qui pour avoir un enfant fait appel au sperme d'un donneur délivré par un CECOS n'est pas accusé de provoquer un abandon par le père pour pouvoir s'établir tel, parce qu'il peut reconnaître un enfant qui n'est pas né de ses gamètes. Pour éviter qu'il ne conteste sa paternité, la filiation a été sécurisée en amont de la procédure, et implique l'établissement de la filiation et l'impossibilité de sa

---

<sup>24</sup> Les associations n'ont pas incité une mère à abandonner son enfant, contrairement à la qualification jurisprudentielle de l'acte, mais le terme d'abandon peut être retenu, si l'on admet que la renonciation au droit d'établir sa filiation puisse être qualifiée d'abandon (au sens de renonciation à un droit).

<sup>25</sup> TGI Marseille, 16 décembre 1987, *GP*, 30 janvier 1988, p. 98; TGI Paris, 20 janvier 1988, in BYK Christian, GALPIN-JACQUOT Sophie, *État comparatif des règles éthiques et juridiques relatives à la procréation artificielle*, France, Ministère de la Justice, 1986. Jurisprudence reproduite dans le dossier « France. Jurisprudence » ; Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 13 décembre 1989, *Bull. civ.* I, 1989, n°387, p. 260 ; Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752 ; CA Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902 ;

<sup>26</sup> CCNE, [avis n°3 du 23 octobre 1983](#), Sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, §5 de l'avis et p. 8 du document de travail annexé à l'avis.

<sup>27</sup> LABRUSSE-RIOU Catherine, EDELMAN Bernard, note sous CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, II, 21653, p. 113 ; BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, puf, 1987, p. 118 ; ANDORNO Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996, p. 268, 279.

<sup>28</sup> BANDRAC Monique, DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *D.*, 2008., chr., p. 435.

contestation. En d'autres termes, pour déclarer père l'homme à l'origine du projet d'engendrement, on a organisé pour le donneur de sperme l'abandon définitif de ses droits et pour le père l'établissement des siens. Puisqu'il suffit au père de reconnaître l'enfant, et qu'il n'a pas à l'adopter, personne n'a déclaré que la procédure provoquait l'abandon de son enfant par son père. La renonciation au droit d'établir sa filiation, si elle avait été envisagée pour les femmes, aurait permis alors de déclarer mère non la femme qui a accouché mais la femme à l'origine du projet. C'est ce qu'a fait la Grèce en redéfinissant la maternité<sup>29</sup>. Il n'y aurait alors pas d'abandon, mais des parents qui ont un enfant grâce à une femme tierce à la relation, comme en matière d'AMP, des parents ont un enfant grâce aux gamètes (mâles et/ou femelles) de tiers à la relation. C'est seulement dans la mesure où une femme qui reconnaît un enfant dont elle n'a pas accouché est dite réaliser une supposition d'enfant qu'elle doit l'adopter et qu'elle peut être alors dite détourner l'institution. La symétrisation de la procédure extraordinaire prévue pour les hommes aurait permis aux femmes qui ne peuvent porter l'enfant et à l'origine du projet d'engendrement d'éviter d'avoir à l'adopter, et éviterait du même geste le détournement d'institution dont elles sont accusées.

**3-Enfin, une telle accusation fait peu de cas de la filiation paternelle.** Car s'il y a abandon, ce n'est que par celle qui aurait pu être sa mère en accouchant: « en toute hypothèse, la reconnaissance paternelle suffit donc à exclure l'abandon »<sup>30</sup>. La femme qui porte l'enfant ne saurait être dite céder ses droits au père, dans la mesure où lui-même, dès lors qu'il reconnaît l'enfant, est autant qu'elle détenteur de l'autorité parentale qui est attachée à la filiation<sup>31</sup>. Le père est père comme pour n'importe quelle situation où un homme procrée sans être marié : dès qu'il le reconnaît. Aussi, la question soulevée est non celle de l'adoption classique d'un enfant sans parent mais de l'adoption classique de l'enfant de son conjoint (art. 356-2 c. civ.). La gestation pour autrui n'est donc pas une technique de production d'enfant sans parents mais une technique qui permettrait à un couple ou à un individu d'avoir un ou des enfants. La question n'est pas de savoir si l'enfant aura ou non des parents mais ce qu'implique pour les tiers le recours à la pratique. Sur ce point, les juges ont également condamné la technique parce qu'elle réaliserait une cession ou une vente d'enfant.

---

<sup>29</sup> Les femmes en couple marié ou non ne pouvant porter d'enfant peuvent recourir à une GPA sur autorisation judiciaire et sont alors les seules mères dès l'origine, SENAT. MILON Alain, RICHEMONT Henri de, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Les rapports du sénat, n°421, juin 2008, p. 28-29. Cela semble également être la procédure en Californie, cf. IACUB Marcela, *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 262, 267, 271.

<sup>30</sup> LETTERON Roseline, *Le droit de la procréation*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1997, p. 89. Comme le reconnaît Bernard STIRN, « la "mère porteuse" est censée remettre l'enfant à son père et [...] ainsi l'enfant ne sera pas abandonné, au sens commun de ce mot », « Liberté d'association, droit local et « mères porteuses » », *RFDA*, 1988, p. 102 ; GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos des maternités de substitution) », *RTD civ.*, 1992, p. 521.

<sup>31</sup> Ce qu'avancait la Cour d'appel de Paris : « considérant que, d'autre part, cet abandon, manifesté par le refus de reconnaissance de l'enfant, ne réalise nullement une cession illicite des droits d'autorité parentale au profit du père biologique, qui, en la circonstance, les possède au même titre que la mère et peut les faire consacrer par une reconnaissance volontaire dans le respect de la loi », CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, 21653, p. 107 et CA Paris, 15 juin 1990, *D.*, 1990, p. 541; CA Paris, 9 novembre 1990, n°1990-025059

## 2. Céder ou vendre un enfant ?

**Il n'y a pas de cession d'enfant mais cession d'un droit.** Plusieurs juges (dont le Conseil d'État)<sup>32</sup> comme le CCNE<sup>33</sup> ou de nombreux auteurs<sup>34</sup> ont affirmé qu'il y a dans le cadre de la gestation pour autrui cession d'enfant : « l'enfant est, en effet, acheté ou au mieux donné »<sup>35</sup>. Dans une affaire récente (10 janvier 2012), un homme célibataire est parti en Inde et revient avec deux jumelles. Il a versé 1500 euros à une femme pour porter les enfants, ce qui représente trois ans de salaire, et les juges déclarent qu'« il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public »<sup>36</sup>. Sans attendre 2012, les juges ont déclaré dès les premières affaires que la gestation pour autrui réalisait une cession ou une vente d'enfant. Cette qualification semble pouvoir être retenue, mais elle est loin d'être évidente. Elle soulève deux difficultés. D'une part, peut-on qualifier juridiquement l'acte de cession ou de vente d'enfant ? D'autre part, la gestation pour autrui l'implique-t-elle nécessairement ? Nous allons ici raisonner *a contrario*, en niant d'abord la possibilité d'un tel contrat pour tenter de montrer qu'il est en réalité possible de l'établir. À cette fin, nous distinguerons plusieurs cas.

**1-Soit le lien de filiation avec la mère est établi.** Qualifier l'acte de cession ou de vente suppose nécessairement d'assimiler le lien de filiation à un droit de propriété (je ne peux céder que ce que je possède) et de qualifier tel l'acte réalisé au profit d'un tiers. Cet argument pose donc un premier problème évident, puisque pour dénoncer la vente il faut d'abord affirmer la propriété. Or il n'y a pas plus de propriétaires dans le contrat de gestation pour autrui (à supposer que ce soit un contrat) que dans le droit de la filiation classique. Un père ou une mère qui ne renonceraient jamais à leur droit ne sont pas propriétaires de leur enfant. Les parents ne sont pas liés à l'enfant par un rapport de sujet à objet, mais par un rapport de filia-

---

<sup>32</sup> Le Conseil d'État le fait à la suite du CCNE qui avait déclaré dans son [avis n°3 du 23 octobre 1984](#) « le recours à cette pratique est, en l'état du droit, illicite. Elle réalise la cession d'un enfant », §5. Ces propos sont rapportés par le Commissaire du Gouvernement *in* STIRN Bernard, ccl sous CE, Ass., 22 janvier 1988, *RFDA*, 1988, p. 102, lequel affirme en outre que la gestation pour autrui « aliène ainsi le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant » (p. 103). Le Conseil d'État à son tour déclarera que « l'association requérante a ainsi pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles un femme accepte de concevoir un enfant par insémination en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu », CE, Ass., 22 janvier 1988, n°80936, *Rec.*, p. 36-37.

<sup>33</sup> Après son avis n°3 qui a influencé le Conseil d'État, il reprend cette conception dans son [avis n°45 du 31 mai 1995](#). Rapport, p. 12 : le CCNE a « expliqué à maintes reprises devant des journalistes que les femmes désignées par eux - et par d'autres - sous le nom de "mères porteuses" sont en réalité "donneuses" - et le plus souvent "vendeuses" - d'un enfant ».

<sup>34</sup> MATTEI Jean-François, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », *in* DAVID Georges, HENRION Roger, JOUANNET Pierre, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p. 74 ; AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009, p. 63, 106, 126.

<sup>35</sup> Les auteurs poursuivent : « simple objet autour duquel viennent se greffer parfois des considérations d'ordre économique ou commercial », BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 112. Cela n'empêchera pas les auteurs de dire précisément l'inverse (p. 116) avant de revenir sur cette idée, puisque c'est de nouveau un don d'enfant (p. 127 ou une forme d'esclavage, p. 167) ; *idem* note POISSON-DROCOURT Élisabeth « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 décembre 2003, *D.*, 2004, jur., p. 1999 ; GAUMONT-PRAT Hélène, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *RLDC*, 2008-01, n°45, p. 40.

<sup>36</sup> CA Rennes, 10 janvier 2012, n°11/01846



tion, lequel suppose l'existence de deux personnes. À la naissance, un enfant peut avoir ou non des parents, mais quel que soit son état au regard du droit de la filiation, il est une personne (et non chose, seule susceptible d'être cédée ou vendue) du seul fait qu'il est né. La donation ou la vente ne peuvent donc qu'être exclues<sup>37</sup>. Si cession il peut alors y avoir, ce ne peut être que la cession, non d'une chose, mais d'un droit. En droit français, de telles cessions s'agissant de la filiation sont impossibles. Il ne peut donc y avoir ni cession d'enfant, ni cession d'un droit sur lui.

**2-Soit le lien de filiation n'est pas établi.** En France (contrairement au Royaume-Uni), il n'y a aucun lien entre l'enfant et la femme qui a accouché. À la naissance, la femme qui accouche peut le faire dans l'anonymat. Pour céder un droit il faut d'abord qu'elle le possède. Le droit qui est le sien n'est pas celui qui unit une mère à un enfant puisque précisément, elle n'a pas établi ce lien. Il y a renonciation à reconnaître l'enfant comme le sien, donc « *pas de mère au sens juridique* »<sup>38</sup>. Son droit est seulement celui de s'établir comme mère, droit logiquement préalable à l'établissement du lien de filiation, et qu'elle possède, même s'il n'est reconnu explicitement par aucun texte. Peut-elle céder ce droit ? Non, elle ne peut que l'exercer. Il n'y a donc pas cession d'un droit. L'autre femme qui dès lors pourra prétendre établir un lien de filiation n'est pas titulaire du droit de le reconnaître puisqu'une femme ne peut reconnaître un enfant dont elle n'a pas accouché. L'homme qui bénéficie de cette renonciation, si c'est un homme seul qui fait appel à une gestatrice, ne se voit quant à lui rien donner, puisque ses droits, il les a déjà en reconnaissant l'enfant. Il jouit seulement du fait de ne pas se voir imposer la gestatrice comme mère, puisqu'elle a renoncé à son droit. Par conséquent, la situation ne peut s'analyser juridiquement comme une cession de droit, puisqu'il s'agit d'une simple renonciation. C'est ce qu'avait dit la Cour d'appel de Paris en 1990: « la renonciation de la mère de substitution aux droits que la loi lui reconnaît à l'égard de son enfant résulte de sa libre volonté, qui se manifeste par son refus de reconnaître l'enfant, abstention délibérément admise par la loi »<sup>39</sup>. Par conséquent il n'y a ni cession d'enfant, ni cession de droit.

Dans toutes ces configurations, il n'y a ni cession, ni vente, d'aucun enfant ni d'aucun droit. Mais alors on pourrait nous objecter que ces arguments sont spécieux, et nous croyons qu'ils le sont, car il y a bien cession d'enfant. Nous tenterons ici de rendre raison des difficultés qui apparaissent lorsque nous essayons de penser ce contrat.

**Objection : il y a cession d'enfant.** À cela, on pourrait répondre que la renonciation est elle-même le fruit d'un contrat et que si la gestatrice n'a aucun droit de vendre l'enfant, c'est bien cela qu'elle fait. Il y a bien un contrat dont l'objet est l'enfant, et qui donc est logiquement réalisé sur une personne. Il n'y a pas de cession au sens juridique, parce qu'elle est interdite, mais il y a remise physique de l'enfant dans les faits, ce qui n'est pas contesté. Or l'exercice de l'un des attributs du droit de propriété sur une personne –et l'enfant né est une personne-, dont la cession ou la vente font partie, est susceptible d'être qualifié

---

<sup>37</sup> « Il ne peut s'agir d'un contrat de vente puisqu'un être humain n'est pas un bien susceptible d'appropriation », LETTERON Roseline, *Le droit de la procréation, op. cit.*, p. 82

<sup>38</sup> Note THOUVENIN Dominique sous Cass. civ. 31 mai 1991, *D.*, 1991, p. 427, souligné par l'auteur.

<sup>39</sup> CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, 21653, p. 107.

d'esclavage<sup>40</sup>. Il est possible d'affirmer, comme nous l'avons fait, que le contrat porte sur un droit, mais il faut admettre que ce n'est qu'à la faveur du statut juridique spécifique de l'enfant que l'on peut produire un tel raisonnement. Pour les majeurs, la qualification d'esclavage ne pose théoriquement pas de problème : on ne peut vendre un individu. Un tel fait pourrait être qualifié d'esclavage au sens de la Convention de 1926<sup>41</sup>. Malgré la ratification de la convention par la France, les faits couverts par le texte ne sont jamais ainsi qualifiés<sup>42</sup>. En outre, aucun texte de droit interne ne le permet. Dans l'affaire des bébés bulgares, en 2007, 23 nouveau-nés avaient été vendus. En l'absence d'infraction spécifique (la simulation et dissimulation d'enfant n'étant pas à la hauteur des faits qui leur étaient soumis), le substitut du procureur dans cette affaire explique que « l'infraction de traite est alors apparue comme la seule applicable aux cas de vente d'êtres humains, alors même qu'elle n'est pas supposée couvrir une telle hypothèse »<sup>43</sup>. Néanmoins sur un plan théorique (puisque juridiquement ce n'est pas la priorité en France) pour les majeurs l'exercice dans les faits d'un attribut du droit de propriété (vente ou cession) suffirait pour impliquer la qualification de réduction en esclavage. Or pour les enfants mineurs, il sera toujours possible de déclarer que ce n'est pas l'individu qui est vendu, mais les droits sur lui auxquels on a simplement renoncé, justifiant ainsi la remise physique de l'individu à des tiers. En d'autres termes, les enfants mineurs, parce qu'ils sont représentés, parce qu'ils font l'objet d'une reconnaissance et de droits pourraient voir toute vente requalifiée. La rhétorique déployée en faveur des conventions particulières sur les enfants s'appuyant sur le fait que ce ne sont que de droits dont il est question procède exactement de la sorte. Aujourd'hui, puisque la GPA est interdite, un tel transfert de droit n'est pas permis. Néanmoins, si de telles conventions étaient admises,

---

<sup>40</sup> Jacques ROBERT l'avait vu dès 1975, « juridiquement, on ne voit pas ce qui empêcherait une femme qui peut faire commerce déjà de son corps et que la loi autorise à avorter pendant les premières semaines de sa grossesse, de céder à autrui pendant ces premières semaines l'embryon qu'elle porte en elle. Mais le fait que la vente ne puisse effectivement être opérée qu'à la naissance ne transforme-t-elle pas l'opération en une traite d'humains qui, elle, est, bien entendu, prohibée ? La question mérite d'être sérieusement posée », « Le corps humain et la liberté individuelle en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, tome 26, Paris, Dalloz, 1975, p. 473.

<sup>41</sup> L'esclavage est ainsi « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » (Convention relative à l'esclavage, signée à Genève, le 25 septembre 1926, article 1 al 1). Selon la Convention elle-même, l'esclavage n'est pas une situation de droit comme le démontre Jean ALLAIN. D'une part, l'esclavage est défini comme « l'état ou la condition » d'une personne, or l'état désigne une réalité juridique et la condition une réalité sociale. D'autre part, l'esclavage désigne le statut ou la condition d'une personne sur laquelle sont exercés « les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». Il ne s'agit pas d'incriminer le droit de propriété mais l'exercice de ses attributs. Voir *The Slavery Conventions. The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008, p. 9, 67-68, 221 ; ALLAIN Jean, « The Definition of Slavery in International Law », *Howard Law Journal*, vol. 52, 2009, p. 259-262 ; et voir l'interprétation qui en a été donnée en 2008 dans l'arrêt *Queen v. Tang* de la Haute Cour d'Australie, ALLAIN Jean, « The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obscuration by the Term of Art : « Slavery-like Practice » », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Presses universitaires de Caen, n° 10, 2012, p. 30 ; *idem*, Michele CAVALLO, « Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé : le TPIY et la CEDH entre passé et avenir », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier - décembre 2006, p. 9, p. 13.

<sup>42</sup> Comme la France, la Cour EDH considère que l'esclavage tel que visé par la Convention de 1926 s'entend comme l'exercice d'un droit de propriété juridiquement reconnu ([Cour EDH, Siliadin c/ France](#), requête n° 73316/01, 26 juillet 2005, §122).

<sup>43</sup> GILLIS Samuel, cité par VERNIER Johanne, Étude de la CNCDH, [La traite et l'exploitation des êtres humains en France](#), La documentation française, 2010, p. 72.

elles conduiraient, semble-t-il, à faire sortir des normes de protection du droit pénal général les enfants mineurs. Même les auteurs apparemment accoutumés à l'idée de petits arrangements privés en matière d'enfants<sup>44</sup> sont contraints d'admettre le caractère éminemment problématique de telles conventions<sup>45</sup>. À cela il serait possible de répondre que, contrairement aux personnes souhaitant réduire un individu en esclavage, les parents n'ont pas pour but de s'approprier un individu pour le revendre, l'asservir ou l'exploiter, contrairement à d'autres pratiques, mais de constituer une famille et de voir grandir un enfant en leur sein. Il serait donc pour le moins problématique que la Convention de 1926 renaisse à cette occasion alors que des pratiques autrement plus graves ne sont pas réprimées sur ce fondement. Il n'en reste pas moins qu'il y a bien achat, vente ou cession d'un être humain, par des voies privées, qui pourront toujours être requalifiées de simple service rendu par la gestatrice ou de simples droits sur l'enfant. Il serait possible de nous opposer que toutes les garanties procédurales en matière d'adoption ne font pas obstacle à un tel transfert de droits sur l'enfant et à son déplacement. Soit. Nous ne savons pour l'instant faire les distinctions nécessaires ni résoudre les difficultés ainsi posées.

Pour conclure sur ce point, il nous semble avec M. Fabre-Magnan, que le risque principal de marchandisation dans la reconnaissance de la gestation pour autrui concerne les enfants<sup>46</sup>. L'existence de ce risque emporte-t-il condamnation définitive de la pratique ? Non pour l'instant. Mais il nous semble impossible d'admettre toutes les formes d'organisation privée qui conduisent à valider un contrat sur un enfant. Il serait toutefois possible, pour l'éviter, de redéfinir la maternité. Mais, cela soulevant également des difficultés pour les pères, il faudra également redéfinir la paternité.

Quoi qu'il en soit, ce risque qui relève d'une protection de l'ordre public nous semble devoir être retenu. Il n'est pas encore ici question d'intérêt de l'enfant. Il n'est pas davantage question de droits des femmes lorsque sont avancés l'indisponibilité du corps humain et l'état

---

<sup>44</sup> Pour paraphraser Marcela IACUB, selon laquelle on estimait autrefois « préférable de laisser les gens s'arranger comme ils l'entendaient [sans faire...] trop de bruit autour de leurs petites fraudes », *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 191, 350. L'auteur semble, dans le même sens, également accoutumée à l'idée de « circulation d'enfants » (p. 210, 299). Posner parle de prix de l'enfant et de marché des enfants in LANDES Elisabeth M., POSNER Richard A., « The Economics of the Baby Shortage », *Journal of Legal Studies*, 1978, 323, p. 339-346.

<sup>45</sup> IACUB Marcela, *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 264-265. Antoinette FOUQUE de son côté, également favorable à la GPA, s'interroge : « une femme a-t-elle le droit de donner son enfant à une autre femme ? », « La gestation pour autrui, paradigme du don », in *Génésique. Féminologie III*, Paris, Des femmes, 2012, p. 30. Quant à Richard A. POSNER, force est de constater une évolution du vocabulaire, comme l'a constaté Marta M. ERTMAN, « What's Wrong with a Parenthood Market ? », in EHRENREICH Nancy (dir.), *The Reproductive Rights Reader*, New York University Press, note 3, p. 306. Posner il parlera par la suite non de vente d'enfants mais de vente de droits parentaux sur l'enfant, « The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood », *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 1989, vol. 5, p. 28. Il demeure néanmoins des auteurs pour lesquels le problème ne se pose pas, dans de vastes plaidoyers pour l'ouverture d'un marché libre des enfants, cf. LEMENNICIER Bertrand, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, puf, 1988, p. 121-138, notamment p. 137-138 qui répond à l'argument de la dimension « moralement dégradante » de l'ouverture d'un marché. L'auteur ne s'interroge pas une seconde sur la signification juridique de telles conventions (alors qu'il avait reconnu à l'enfant un droit de propriété sur son corps, p. 136), envisageant les restrictions au marché comme celles qui concernent « le travail, les matières premières, la monnaie », p. 124.

<sup>46</sup> FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013, p. 48 (sur ce point, p. 38-48).

des personnes, puisque ces arguments s'inscrivent là encore dans la perspective de la protection de l'ordre public.

## B. L'INDISPONIBILITE DU CORPS HUMAIN ET DE L'ETAT DES PERSONNES<sup>47</sup>

Deux grands principes ont été invoqués afin de faire obstacle à la reconnaissance de la gestation pour autrui. Ces principes ont été dégagés par le juge avant que le législateur ne s'en empare. Le principe d'indisponibilité du corps humain, redéfini (1) découlait alors directement d'une conception de l'indisponibilité de l'état des personnes (2), les deux visant à garantir une certaine conception de la famille.

### 1. Une nouvelle conception de l'indisponibilité du corps humain

**La naissance du principe en matière de procréation.** Du corps des femmes jusqu'à récemment il n'était pas question. La question était celle du corps des enfants et du corps des mères. Certes, les mères sont des femmes mais ce n'est pas en tant que corps des femmes mais en tant que partie du corps qui font de ces femmes des mères que le problème était envisagé. Il nous semble que c'est la raison pour laquelle ce n'est pas un rapport d'exploitation du corps d'autrui qui justifie l'interdiction mais la mise à disposition des « forces reproductives » d'une femme qui serait la mère. L'histoire récente du principe dégagé en atteste.

Dès 1983 le CCNE se réfère à l'article 1128 du Code civil en matière de gestation pour autrui, mais sans référence à l'indisponibilité du corps humain<sup>48</sup>. Deux ans plus tard, A. Sériaux publie un article sur le droit naturel et les procréations artificielles. L'auteur dans un premier temps s'interroge sur la conformité au principe d'indisponibilité de l'état des personnes de la convention par laquelle une femme et son conjoint s'accordent pour qu'elle se fasse inséminer par un tiers. Puis, vu du donneur, le don de sperme lui semble contraire à « l'indisponibilité du corps humain, considéré comme étant « hors du commerce » »<sup>49</sup>. Le don d'organes est bien légitime, mais donner sa semence, c'est donner « son être même »<sup>50</sup>. Ainsi réinterprété, le principe d'indisponibilité du corps humain est en fait la projection sur le corps du principe d'indisponibilité de l'état tel qu'il est pensé dans le cadre du « droit naturel ». Il ne fera donc plus obstacle aux actes concernant le corps que lorsqu'il sera question de ce corps investi de sens pour « le droit naturel », c'est-à-dire en matière de procréation et de sexualité. Il n'a donc jamais été question de protéger par là le corps (en quoi lui porte-t-on plus atteinte par un éjaculat que par un prélèvement d'organe ?) mais bien le corps tel qu'il est investi par le « droit naturel », l'auteur de l'article étant hostile à toute insémination artificielle, et préférant en outre la pratique d'opérations chirurgicales pour permettre un « acte sexuel normalement réalisé » plutôt que de recourir à l'assistance d'un médecin pour pratiquer une insémination

---

<sup>47</sup> Pour la première grande critique de ces deux principes, voir GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources... », *op. cit.*, p. 489-528, et pour l'état des personnes, p. 519-525.

<sup>48</sup> CCNE, [avis n°3 du 23 octobre 1983](#), p. 14.

<sup>49</sup> SERIAUX Alain « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.*, 1985, chr., p. 55.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 56.

*intraconjugale*<sup>51</sup>. En d'autres termes, l'indisponibilité du corps, pour Alain Sériaux qui revendiquera, quelques années plus tard, la paternité du principe<sup>52</sup>, découle de « l'état de personne mariée »<sup>53</sup>, et plus largement de toute subversion corporelle de cet état naturel des personnes : la « seule vraie mère est la porteuse » qui doit également être la génitrice. L'auteur a déclaré le corps indisponible car hors du commerce mais ne se réfère pas à l'article 1128 du code civil. Le lien sera immédiatement établi par François Boulanger commentant la première décision publiée en matière de gestation pour autrui, alors même que les juges ne l'avaient pas fait<sup>54</sup>. L'auteur est à son tour suivi par toute la doctrine<sup>55</sup>.

Dès les décisions suivantes, les juges ont visé l'article 1128 du Code civil ou le principe d'indisponibilité du corps humain, ce que les juges n'ont depuis cessé de faire. En 1986, le Tribunal administratif de Strasbourg vise le Code civil dans sa décision alors que seul l'article 1128 était invoqué par le Commissaire du gouvernement et le préfet<sup>56</sup>. En 1987, la gestation pour autrui est une « atteinte portée au principe posé par l'article 1128 du Code civil de l'indisponibilité des choses qui sont hors du commerce, ce qui est à l'évidence le cas du corps humain »<sup>57</sup>. Il n'est d'ailleurs pas aisé, à la lecture des décisions, de savoir s'il s'agit du corps de la femme qui porte ou de celui de l'enfant. Mais les deux sont parfois visés tant par ce principe que par ce texte : « une telle convention est illicite en ce qu'elle a, d'une part, un objet interdit par la loi, puisqu'elle porte à la fois sur la mise à la disposition du couple demandeur des fonctions reproductrices de la mère de substitution, et sur l'enfant à naître, toutes choses qui ne sont pas dans le commerce au sens de l'art. 1128 c. civ »<sup>58</sup>. Il semble que l'on puisse expliquer par l'argument du Commissaire du Gouvernement le fait que le Conseil

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>52</sup> SERIAUX Alain, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in SERIAUX Alain (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI<sup>e</sup> siècle*, Aix, PUAM, 1996, p. 148. Cette paternité de l'analyse avait été entre temps suggérée par GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources... », *op. cit.*, note 110, p. 515.

<sup>53</sup> En matière de don de sperme, « l'état de personnes mariées et l'indisponibilité du corps qui s'ensuit impliquent le rejet de toute convention abolissant, même momentanément, la portée de ce don », SERIAUX Alain « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? » *D.*, 1985, chr., p. 59 (nous soulignons).

<sup>54</sup> « La première difficulté à laquelle se heurte la pratique des mères porteuses est tirée de l'indisponibilité du corps humain. [...] Le caractère gratuit de l'acte ne modifierait rien aux données du problème. Une femme mariée ne saurait consentir à ce que son mari fasse don de sa faculté de procréation, hors commerce au sens de l'article 1128 du Code civil (en ce sens, A. Sériaux, *cit.*) », note BOULANGER François sous TGI Aix en Provence, 5 décembre 1984, *JCP*, 1986, II, 20561, §6.

<sup>55</sup> CHAVRIER Bernard, « Aspects juridiques des procréations assistées », in RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline (dir.), *La procréation assistée*, *op. cit.*, 1987, p. 45 ; KAYSER Pierre, « Les limites morales et juridiques de la procréation artificielle », *D.*, 1987, chr., p. 195 ; note PEDROT Philippe sous CA Aix-en-Provence, 29 avril 1988, *JCP*, 1989, 2, 21191 (à propos de l'enfant, 1128 et indisponibilité du corps) ; François TERRE déduit de l'article 1128 que « le corps est hors du commerce. Il est indisponible, c'est-à-dire qu'il ne peut faire l'objet d'un contrat. À juste titre la Cour de cassation le rappelle », note sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 382.

<sup>56</sup> TA, Strasbourg, 17 juin 1986, *Association les cigognes* et ccl. KINTZ, *JCP*, II, 1987, 20719

<sup>57</sup> TGI Marseille, 16 décembre 1987, *GP*, 30 janvier 1988, p. 97.

<sup>58</sup> TGI Paris, 11 octobre 1988, *D.*, 1988, p. 275. *Idem*, le désir d'enfant « ne peut justifier l'atteinte ainsi portée au principe de l'indisponibilité du corps humain rappelé par l'article 1128 du Code civil et sanctionné par l'article 6 du même code », TGI Paris, 20 janvier 1988, et « attendu qu'une telle convention qui porte à double titre sur le corps humain, celui de la mère de substitution et celui de l'enfant, viole le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, principe dérivé de l'article 1128 du Code civil et sanctionné par l'article 6 du même Code », TGI Créteil, 23 mars 1988, reproduits in BYK Christian, GALPIN-JACQUOT Sophie, *État comparatif...*, *op. cit.*, dossier « France. Jurisprudence ».

d'État ne l'ait pas dégagé dans le premier arrêt où il fut saisi d'une affaire de ce type : « il n'est guère dans vos habitudes de rechercher un principe général du droit lorsqu'un texte exprès suffit à justifier une solution »<sup>59</sup>. La Cour de cassation reprendra des termes presque identiques l'année suivante: ces conventions portent « tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des forces reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil »<sup>60</sup>. En 1991 enfin, la Cour déclarait 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 l'état des personnes »<sup>61</sup>. Sans faire l'inventaire des mobilisations de ces arguments (indisponibilité et article 1128), on peut constater qu'ils n'ont jamais quitté la problématique de la gestation pour autrui, puisqu'ils sont encore invoqués aujourd'hui (par les juges<sup>62</sup>, la doctrine<sup>63</sup>, les rapports<sup>64</sup>, le CCNE). Dans la mesure où l'argument consiste pour beaucoup à dire en substance que l'on ne peut pas vendre ou céder des personnes<sup>65</sup>, ou que certains y voient le dernier rempart contre le marché ou la mise à disposition des corps pour d'autres<sup>66</sup>, tout le monde est assez d'accord pour y faire obstacle sur la base de ce principe et cet article alors que juridiquement c'est bien l'inverse qui est présupposé par ces références. L'un comme l'autre ont subi des remises en causes qui nous semblent définitives et qui justifieraient soit de les redéfinir, soit de faire appel à d'autres registres de justifications

---

<sup>59</sup> Ici, un texte pénal, alors qu'il suggérait que l'« on peut notamment songer au principe d'indisponibilité du corps humain, tel qu'il est rappelé par l'article 1128 », STIRN Bernard, ccl sous CE, Ass., 22 janvier 1988, « Liberté d'association, droit local et « mères porteuses » », *RFDA*, 1988, p. 103.

<sup>60</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 13 décembre 1989, *JCP*, 1990, II, 21526.

<sup>61</sup> Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 381 suivant le Rapport CHARTIER Yves, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *D.*, 1991, p. 420 : le « corps est hors du commerce, c'est-à-dire hors de toute transaction, de toute convention » (ref. art. 1128).

<sup>62</sup> Les juges se fondent sur les art. 16-7 et 16-9 c. civ. mais la gestation pour autrui viole « les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », CA Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902 ; *idem* CA Douai, 14 septembre 2009 – n°07/02201 ; le principe d'indisponibilité du corps humain est invoqué par le ministère public (les juges ne le reprennent pas mais l'arrêt est rendu sur conclusions conformes), TGI Lille, 22 mars 2007, n°2007-338352.

<sup>63</sup> « Nous partageons l'opinion des magistrats et des auteurs qui estiment que le corps humain dans son entier est indisponible, « hors de toute transaction » », note POISSON-DROCOURT Élisabeth « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 décembre 2003, *D.*, 2004, jur., p. 2000.

<sup>64</sup> « Même à titre gratuit, ce type de contrat est interdit car il contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, déduits de l'article 1128 du code civil », PECRESSE Valérie, BLOCHE Patrick, AN, [Rapport n°2832 déposé le 25 janvier 2006](#) fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, p. 162.

<sup>65</sup> Comme l'avait suggéré Jean BERNARD, « il faut affirmer avec force que le corps humain ne se vend pas, ne se loue pas, ni en totalité ni en partie », Communication sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 377, repris par les conclusions de l'avocat général, qui commente l'article 1128 du Code civil en ces termes : « le corps humain ne se prête pas, ne se loue pas, ne se vend pas. C'est net », ccl. DONTENWILLE Henri, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 379.

<sup>66</sup> « L'admission du contrat de gestation pour autrui, même « encadré strictement » selon la formule consacrée des bioéthiciens, viderait les principes de non patrimonialité et d'indisponibilité du corps humain de leur dernière substance », GALLOUX Jean-Christophe, GAUMONT-PRAT Hélène, « Droits et libertés corporels », *D.*, 2008 p. 1446.

**L'article 1128 du Code civil, d'abord, ne devrait pas pouvoir être mobilisé.** La publication de l'ouvrage de Jean-Pierre Baud, dans lequel l'auteur révélait une évidence qui échappait aux personnes qui mobilisaient l'argument, devrait conduire à l'écartier : si le corps est une chose hors du commerce, il faut d'abord affirmer qu'il est une chose<sup>67</sup>. Or, dans la mesure où la gestatrice est en vie, son corps est sa personne. On ne peut dès lors pas protéger son corps sur le fondement de cet article. Sauf à qualifier d'abord le corps de chose, ce que les personnes qui mobilisent généralement cet article contestent. La gestatrice comme l'enfant sont des personnes et c'est en tant que telles que leur corps doit être protégé. On ne peut dès lors pas le faire sur le fondement de cet article. Car comme l'a démontré François Paul dans sa thèse, loin d'être inappropriées, les choses hors du commerce appartiennent à un sujet, sont dans un patrimoine<sup>68</sup> : leur inaliénabilité et leur incessibilité ne signifient pas qu'elles sont sans maître mais que celui-ci ne peut les aliéner et les céder. L'extra-commercialité signifie « l'incapacité de la chose à un transfert entre patrimoines »<sup>69</sup>. L'usage de l'article 1128 est donc complètement hors de propos, puisqu'il présuppose qu'un enfant est une chose dont la mère serait propriétaire, et qu'elle le soit de son corps dont elle pourrait transférer (aliéner) les forces reproductrices (qui seraient donc détachables). Nous suggérons donc non seulement de l'écartier parce qu'il connaîtrait des dérogations tellement nombreuses que son invocation serait suspecte ou inutile, mais de l'exclure car il serait non pertinent depuis le départ. On ne peut davantage recourir à cet article pour justifier la nullité de l'engagement à renoncer à son droit<sup>70</sup>, parce que la chose visée à l'article 1128 n'est pas celle qui est visée aux articles 1126, 1127, 1129 et 1130 du code civil : elle ne vise que des choses et non des faits<sup>71</sup>.

**Le principe d'indisponibilité, ensuite, ne devrait pas pouvoir être davantage invoqué :** « la femme acceptant de porter l'enfant et de mettre à la disposition d'un couple ses facultés reproductrices n'aliène strictement rien de sa personne [...] on ne voit ainsi que difficilement en quoi l'opération peut être analysée en termes de disponibilité juridique autre-

---

<sup>67</sup> THOUVENIN Dominique, « La disponibilité du corps humain : corps sujet ou corps objet ? », *Actes. Les cahiers de l'action juridique*, n°49/50, juin 1985, p. 36; BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée*, une histoire juridique du corps, Seuil, 1993, p. 25-26; MOINE Isabelle, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 119; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi ?*, op. cit., p. 62; PAUL François, *Les choses qui sont dans le commerce...*, op. cit., p. 193; LOISEAU Grégoire, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 48; DEPADT-SEBAG Valérie, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *RGDM*, n°12, 2004, p. 143; VIALLA François, TURPIN Antony, « Gestation pour autrui : la réapparition du débat », *RGDM*, n°27, 2008, p. 279.

<sup>68</sup> PAUL François, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 7 ; STRICKLER Yves, *Les biens*, Paris, puf, 2006, p. 120 ; GALLOUX Jean-Christophe, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse de droit, Bordeaux I, 1988, p. 228-229.

<sup>69</sup> PAUL François, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, op. cit., p. 28, 38, 70, 76, 139...

<sup>70</sup> « Il serait certes loisible à cette mère de ne pas tenir son engagement, nul ou annulable, au support, entre autres, de l'article 1128 du Code civil qui prohibe les conventions sur les choses hors du commerce », CA Aix-en-Provence, 29 avril 1988, *JCP*, 1989, II, 21191. Idem, « le corps humain est hors du commerce, il n'est pas possible d'analyser l'engagement de gestation pour autrui comme une obligation de faire », RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « La gestation pour le compte d'autrui », *D.*, 1985, chr., p. 153.

<sup>71</sup> PAUL François, *Les choses qui sont dans le commerce...*, op. cit., p. 118-119, p. 127.

ment dit d'inaliénabilité »<sup>72</sup>. Ce principe essentiellement doctrinal n'a jamais été utilisé pour protéger le corps humain lorsque les juges s'y réfèrent. Il a trouvé de traduction pour l'essentiel, lorsqu'il n'est pas rejeté comme non pertinent par les juges (en matière de prostitution, par exemple)<sup>73</sup>, qu'en matière de gestation pour autrui. Il nous semble que si les juges l'ont alors retenu, ce n'est que parce qu'il s'est déplacé du principe d'indisponibilité de l'état des personnes à celui du corps humain, le premier étant seul en cause réellement dans ces affaires. En d'autres termes, le principe d'indisponibilité du corps humain, tel qu'il est apparu dans les années 80, sert beaucoup moins à protéger le corps qu'à protéger la société contre certains usages non tolérés du corps humain, s'ils risquent de porter atteinte à l'état des personnes. C'est la raison pour laquelle l'État se permet d'adopter des politiques natalistes pour favoriser la maternité et qu'il peut contraindre les femmes à porter un enfant dont elles ne veulent pas en limitant le délai de recours à l'IVG (la grossesse ne semblant alors pas être un problème) mais refuse un acte qui conduirait à redéfinir la maternité (cette même grossesse ne pouvant s'inscrire dans un autre contexte). En outre, explicitement mentionné par le projet de loi sur la bioéthique en 1992, il n'a pas été repris dans le texte définitif.

## *2. Le refus d'une conception artificialiste de la filiation : l'indisponibilité de l'état des personnes*

**L'indisponibilité de l'état des personnes** est invoquée afin de condamner la gestation pour autrui parce que ce n'est pas la « vraie mère » qui serait déclarée telle selon le principe dégagé dans la jurisprudence de la Cour de cassation en 1989<sup>74</sup>, en 1991<sup>75</sup> et dans les trois arrêts du 6 avril 2011<sup>76</sup>. Or comme nous l'avons constaté, si l'indisponibilité implique que la mère désignée à l'état civil doit l'être, lorsqu'elle n'est pas génétiquement liée à l'enfant, à la suite d'une décision de justice, elle devait dans ce cadre pouvoir l'adopter. Le seul problème posé était celui de l'adoption d'un enfant, procédure autorisée et que la femme à l'origine du projet demandait. L'invocation de l'indisponibilité de l'état dans le cas d'une gestation pour autrui, comme le remarquait M. Gobert, alors que l'acte de naissance de l'enfant ne comporte aucune indication de la filiation maternelle, suppose qu'elle aurait *l'obligation* de reconnaître l'enfant<sup>77</sup>. Or une femme peut accoucher sous X, et les personnes qui adopteront l'enfant seront ses parents. Refuser l'adoption au motif qu'elle « ferait obstacle à tout établissement ultérieur de la « filiation maternelle véritable »<sup>78</sup> condamnerait toute procédure d'adoption.

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 159. Par conséquent la question ne peut être posée dans les termes suivants : « le problème se pose de savoir si les capacités gestatrices peuvent être considérées comme une dérogation à l'article 1128 du Code civil au même titre que le don d'organe ou le don du sang », note CARVAIS-ROSENBLATT Hélène sous Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 29 juin 1994, *GP*, 17 janvier 1995, p. 38

<sup>73</sup> CA Paris, 16 mai 2003, n°2003-212888.

<sup>74</sup> La convention a pour but de « faire venir un monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à la filiation réelle », Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 13 décembre 1989, *JCP*, 1990, II, 21526.

<sup>75</sup> Cass. ass. plén, 31 mai 1991, *JCP G*, 1991, II, 21752.

<sup>76</sup> Cass. civ., 6 Avril 2011, n°[09-66.486](#) ; Cass. civ., 6 Avril 2011, n°[09-17.130](#) ; Cass. civ., 6 Avril 2011, n°[10-19.053](#).

<sup>77</sup> GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources... », *op. cit.*, p. 522 (souligné par l'auteur).

<sup>78</sup> TGI Paris, 26 juin 1989 cité par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.*, 1990, p. 458.



De la même manière, les juges ont pu affirmer que la GPA prive l'enfant de l'accès à ses origines c'est-à-dire de ses vrais parents. D'abord doctrinale, l'affirmation consistait à avancer que la GPA empêche l'enfant d'avoir une relation avec sa « vraie mère »<sup>79</sup> et donc « prive ce dernier, d'une façon systématique, de la possibilité d'avoir un lien et donc une relation avec la moitié de sa lignée biologique »<sup>80</sup>. L'affirmation a pu justifier le refus de reconnaître la possession d'état puisque « l'application de la convention frauduleuse aurait pour effet de consacrer un mensonge », donc le refus de transcription du certificat de notoriété est conforme à l'intérêt de l'enfant puisqu'il « garanti[t] à l'enfant l'accès à ses origines »<sup>81</sup>. La justification surprend. D'abord parce que l'accès à ses origines n'est pas garanti par un refus de transcription. En outre, contrairement à ce qu'avance le tribunal, l'article 7 de la Convention de New York ne garantit pas à l'enfant l'accès à ses origines mais le droit de connaître ses parents. Ensuite parce que l'argument condamne l'ensemble de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur et l'adoption plénière. Enfin parce qu'il ne permet pas de condamner la GPA si l'embryon porté par la femme est issu des gamètes du couple d'intention.

Dans ce contexte le principe d'indisponibilité de l'état des personnes est invoqué pour défendre une certaine conception de la famille et de la maternité. C'est en vertu de cette conception qu'il sera possible de déclarer l'adoption contraire à l'intérêt de l'enfant, entendu ici abstraitement. Dans sa dimension abstraite, tous les arguments avancés pour protéger l'intérêt de l'enfant visent à affirmer que les seuls vrais parents sont les géniteurs, et que s'il est tolérable que le père ne soit pas géniteur, redéfinir la maternité est inenvisageable.

Cette conception abstraite qui justifie l'interdiction a pu prétendre s'appuyer sur des données concrètes. En ce sens, l'argument des « risques psychiques » induits par la séparation avec sa « vraie mère », essentiellement avancé dans d'autres champs (psychologie, psychanalyse ou psychiatrie) a pu trouver une traduction chez les juges. Traumatisme ou « état psychopathologique patent » induit par la découverte de son mode de conception<sup>82</sup> (là encore il faudrait justifier en quoi la GPA se distingue de l'insémination artificielle avec donneur (IAD)) qui pourrait déclencher la recherche de sa « vraie mère »<sup>83</sup>. Pour les juges marseillais, l'enfant risque un traumatisme provoqué par la séparation à la naissance mais encourt en outre celui d'une relation intra-utérine perturbée par le fait que la gestatrice n'ait pas pour but d'être la mère de l'enfant<sup>84</sup>. Il y aurait par conséquent disproportion entre les bénéfices et les risques :

---

<sup>79</sup> BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 118. C'est encore sur ce fondement que Claire NEIRINCK écarte l'intérêt concret des enfants (laissés en Inde puisque le Consulat en Inde refusait de leur délivrer un passeport) parce que « M.A [homme célibataire] s'est plus préoccupé de son désir de paternité que des besoins de ses enfants qu'il n'a pas hésité à priver de la présence de leur mère » (la gestatrice), note sous CE, 4 mai 2011, *Dr. fam.* 2011, n°99, p. 35.

<sup>80</sup> BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 118. De son côté, Roberto ANDORNO suggère en conclusion de sa thèse: la clé est celle de « l'intérêt de l'enfant à ne pas subir de dédoublement de sa parenté, c'est-à-dire son intérêt à ce que son père et sa mère légaux coïncident avec ses parents biologiques », *La distinction juridique entre les personnes et les choses...*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>81</sup> TGI Lille, 22 mars 2007, n°2007-338352.

<sup>82</sup> BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 70, p. 140 ; ANDORNO Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses...*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>83</sup> Communication de BERNARD Jean, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 377.

<sup>84</sup> TGI Marseille, 16 décembre 1987, *GP*, 30 janvier 1988, p. 98.

« le but poursuivi ne justifie pas la prise de risque de perturbation de l'enfant qui ne peut être considéré comme un objet facilement transférable »<sup>85</sup>. Mais les risques psychiques, dans ce domaine comme dans d'autres, pourront faire l'objet de querelles d'experts : dans une autre décision, on peut lire que « selon l'avis d'un expert pédiatre, produit par l'appelante, le changement de lieu de vie peut intervenir sans risque particulier jusqu'à l'âge de deux années »<sup>86</sup>. L'Académie de médecine écarte également l'éventualité de risques accrus par rapport aux autres modes de conception<sup>87</sup>.

Le principe continue de faire obstacle à la pratique. Son invocation semble traduire l'adhésion des juges à l'existence de parents au-delà des institutions.

**Tous ces registres argumentatifs nous semblent traduire la difficulté d'adopter une position artificialiste.** Tous les auteurs répètent que la famille est une institution et par conséquent que « la filiation est un *rapport institué par le Droit* »<sup>88</sup>. Sans droit, il n'y a ni père ni mère (il n'y a que des « faits » : des rapports sexuels, ou des fécondations sans rapports sexuels, des naissances, des environnements autour de la naissance). La filiation naturelle est elle aussi un artifice (une institution, du droit). La filiation naturelle n'est donc autre qu'une filiation instituée déclarée par le droit naturel pour produire l'illusion de sa « pré-juridicité ». Ce montage fonctionne et produit cette illusion. Pour un certain nombre de juges comme pour nombre d'auteurs, il y a un père et une mère au-delà des institutions. La Cour de cassation déclare que le contrat de gestation pour autrui vise un abandon à la naissance de l'enfant « par sa mère » alors qu'il naît « sans indication de filiation maternelle »<sup>89</sup>. On peut ainsi lire, en 1991, que lorsque la femme est à la fois génitrice et gestatrice, elle est « mère à part entière d'un enfant »<sup>90</sup>, que la levée de l'anonymat du donneur permettrait « l'identification du père [mais qu'elle ne devrait pas permettre] d'établir des liens juridiques

---

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> CA Paris, 19 février 1988, n°1988-020741. Pour un exemple récent de mobilisation de discours contradictoires d'experts, EDELMAN Bernard, « La Gestation Pour Autrui : un exemple de scientification des normes », in *Sciences de la vie et éthique : un débat nécessaire ?*, Paris, Lethielleux, Parole et Silence, 2009, p. 110-112.

<sup>87</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, HENRION ROGER et BERGOIGNAN-ESPER Claudine, « La gestation pour autrui », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2009, vol. 193, n°3, p. 599. Même si l'Académie émet des réserves sur les conséquences de l'apprentissage tardif de son mode de conception (mais ce n'est pas le même problème), p. 606.

<sup>88</sup> Note LABRUSSE-RIOU Catherine, EDELMAN Bernard, sous CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, 21653, p. 111 (souligné par les auteurs) ; « en aucun cas l'engendrement en tant que fait biologique ni même le désir humain ne suffisent à définir la filiation », BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 148 et p. 241 : « la filiation est une création du droit et non de la nature » ; IACUB Marcela, *L'empire du ventre*, *op. cit.*, p. 11-12. Voir également sur ce point les longs développements d'Irène THERY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'EHESS, 2010, p. 137-178

<sup>89</sup> Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 381. La Cour n'accorde donc aucune importance au droit dans cette affaire. Dans l'arrêt de 1994 à l'inverse, la Cour pouvait déclarer l'enfant abandonné à la naissance « par sa mère » puisque la femme qui a accouché avait reconnu l'enfant, comme le père, puis avait consenti à son adoption plénière (Cass. civ., 1e, 29 juin 1994, *Bull. civ.*, 1994, I, n°226, p. 165). De même, Yves CHARTIER, Conseiller à la Cour suggère dans son rapport sous Cass. civ. 31 mai 1991 que la pratique implique « une séparation entre la mère et l'enfant, une dissociation de la maternité et de l'éducation », *D.*, 1991, p. 418. Pour cet auteur, son milieu familial est « celui de la mère qui l'a porté » ; *idem* CA Rennes, 4 juillet 2002, *D.*, 2002, p. 2902

<sup>90</sup> RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Mères porteuses, premier type et deuxième type », *op. cit.*, p. 142.

quelconques »<sup>91</sup>, ou encore qu'il y a des filiations réelles et des filiations « par fiction » (lorsque la femme qui accouche reconnaît l'enfant qui n'est pas né de ses ovocytes)<sup>92</sup>. Or si la filiation est une institution, il n'est pas vrai que « tout enfant naît d'une mère et d'un père »<sup>93</sup> puisque tout enfant naît d'une gamète mâle et d'une gamète femelle, mais a éventuellement une seule mère (si le géniteur ne le reconnaît pas, si elle voulait avoir un enfant sans lui, si elle adopte seule) ou un seul père (dans l'hypothèse de l'adoption par un seul ; si une femme accouche et ne reconnaît pas l'enfant, si elle n'est pas mariée, et que lui le reconnaît, avant 2005 ; si elle accouche sous X et que le géniteur reconnaît l'enfant depuis 2006)<sup>94</sup>. Les parents sont ceux que le droit désigne. Il n'y a donc pas de « mère biologique »<sup>95</sup>, de « mère par le sang »<sup>96</sup>, de « père biologique », de « père naturel »<sup>97</sup>, de « père » ou de « parents inconnus »<sup>98</sup> ou de « maternité indéterminée »<sup>99</sup>, de « filiation réelle »<sup>100</sup>, « fictive »<sup>101</sup>, de « véritable filiation »<sup>102</sup> ou de « parent véritable »<sup>103</sup> de « parents en miettes » issus des paillettes de sperme<sup>104</sup>, de paternité apparente qui serait sociale opposée à une paternité réelle qui serait biologique<sup>105</sup> et il n'est pas davantage possible de projeter les règles valant pour les hommes en qualifiant de « parents » des animaux<sup>106</sup>, parce qu'il n'y a pas de parents au-delà

<sup>91</sup> BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 55

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>93</sup> Note NEIRINCK Claire sous TGI Nantes, 10 février 2011, n°10/06276, *Dr. fam.*, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n°7, comm., 111, p. 42 ou encore qu'« il ne peut y avoir de père sans mère, et vice versa », note NEIRINCK Claire sous CE, 4 mai 2011, *Dr. fam.* 2011, n°99, p. 35.

<sup>94</sup> Cass. civ. 7 avril 2006, n°05-11.285, 05-11.286, publié au bulletin.

<sup>95</sup> TGI Créteil, 23 mars 1988, *op. cit.*; CA Rennes, 6 janvier 2005, n°01/06089, p. 8.

<sup>96</sup> Note POISSON-DROCOURT Élisabeth « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », sous Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 9 décembre 2003, *D.*, 2004, jur., p. 2001 ; *idem* François TERRE et Dominique FENOUILLET se réfèrent à la famille comme un groupement de « personnes unies par les liens du sang », *Droit civil. Les Personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6<sup>e</sup> édition, 1996, p. 49, nous soulignons.

<sup>97</sup> Cass. civ. 7 avril 2006, n° 05-11.285, 05-11.286, publié au bulletin.

<sup>98</sup> Père inconnu pour un enfant né d'une IAD, CA Toulouse, 21 septembre 1987, reproduit in BYK Christian, GALPIN-JACQUOT Sophie, *État comparatif...*, *op. cit.*, dossier « France. Jurisprudence » : les textes quant à eux se réfèrent à des « parents inconnus », cf. par ex. arrêté du 29 juillet 2011 modifiant l'arrêté du 1<sup>er</sup> juin 2006 fixant le modèle de livret de famille, JO du 15/11/2011, p. 19138.

<sup>99</sup> MIRKOVIC Aude, « Mère porteuse : maternité indéterminée », *Dr. fam.*, juin 2009, étude n°24, p. 12-14.

<sup>100</sup> TGI Paris, 11 octobre 1988, *D.*, 1988, p. 275 ; Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 13 décembre 1989, *JCP*, 1990, II, 21526.

<sup>101</sup> NEIRINCK Claire, « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.*, fév. 2013, Repère, n°2, p. 1.

<sup>102</sup> TGI Paris, 20 janvier 1988 et TGI Créteil, 23 mars 1988, reproduits dans BYK Christian, GALPIN-JACQUOT Sophie, *État comparatif...*, *op. cit.*, dossier « France. Jurisprudence ».

<sup>103</sup> Selon l'article 333 du Code civil, pour se référer au géniteur. Comme si donc il y avait des parents reconnus tels par ce même législateur qui ne seraient pas « véritables ».

<sup>104</sup> AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 121 et sur la mère au delà des institutions, p. 82-83. L'Académie de médecine n'est pas loin d'un tel propos lorsqu'ils avertissent sur le risque de « démultiplication des parents [...] le donneur de sperme, la donneuse d'ovocytes, la gestatrice, le père et la mère d'intention », ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, « La gestation pour autrui », au *Bulletin*, *op. cit.*, p. 608.

<sup>105</sup> BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 25, p. 67

<sup>106</sup> Ce que s'autorisent les médecins, cf. par ex. l'intervention de Jérôme Lejeune qui imagine un embryon bovin porté par une lapine pour traverser l'Atlantique à moindre coût puis de nouveau installé dans une vache, expérience qui lui fait conclure « des mois plus tard le jeune veau révèle toutes les qualités génétiques qu'il a reçues de ses vrais parents (les donneurs de l'ovule et du sperme) et ne montre aucune des qualités de son récipiendaire temporaire (la lapine) », témoignage de Lejeune Jérôme publié dans *RJJ*, 1982, n°2, p. 229.

des institutions. Les enfants nés d'une IAD ne sont pas davantage des « nouveaux bâtards »<sup>107</sup> puisque leurs liens de filiation avec leurs parents sont parfaitement établis et sécurisés. La civilisation occidentale s'est depuis le droit romain construite contre cette idée : « on est le fils de son père, non par le fait d'une mécanique génétique, mais *par une raison de droit* qui nous a fait tel »<sup>108</sup>. En d'autres termes, « *certes la naissance d'un enfant passe par la reproduction, mais il n'y a pas de vraie et de fausse filiation, de même qu'il n'y a pas de filiation biologique, mais des filiations légitimes, naturelle et adoptive, qui constituent autant de fictions* »<sup>109</sup>. Aussi « *tandis que les origines sont une notion de fait, la filiation est une notion de droit [...] la filiation s'établit ou ne s'établit pas : elle est une institution juridique* »<sup>110</sup>. Opposer filiation biologique et filiations sociale, « *quelle étrange et surtout quelle fâcheuse confusion !* »<sup>111</sup> quand « *le parent 'biologique' est tout aussi social que l'autre !* »<sup>112</sup>. C'est pour éviter cette confusion que nous recourons au terme de « gestation pour autrui » et non de « mère porteuse » ou de « maternité de substitution ». Le choix du législateur à cet égard ne peut qu'être suivi.

**La hiérarchie des parents.** Le modèle qui refuse la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes ou d'un intérêt de l'enfant *in abstracto* estime qu'il y a réellement abandon<sup>113</sup> parce que même si juridiquement il est possible de démontrer précisément le contraire, il y a des « vrais » parents au-delà des institutions. Pour l'immense majorité des auteurs, l'adoption comme les procréations assistées sont un pis-aller et ne parviennent pas à la dignité de la procréation sans artifice. Il a même été soutenu que le législateur avait légitimé la rédaction d'actes inexacts, autorisant les faux -et donc des usages de faux- en indiquant les noms d'adoptants comme « parents »<sup>114</sup>. Actuellement la volonté de certains de rejeter la GPA conduit à des discours stupéfiants. On peut ainsi lire que l'abandon par la mère produit une blessure « impossible à cicatrifier » que « *les adoptions les plus réussies ne parviennent pas à effacer* »<sup>115</sup> même si certains enfants « *paraissent aller bien* »<sup>116</sup>. Cela n'est pas très bienveillant, de dire aux enfants adoptés que s'ils sont bien dans leur vie c'est une illusion au prix d'un déni fondamental, mais la condamnation de la GPA vaut bien ça : qu'on rende malades les enfants adoptés.

---

<sup>107</sup> THERY Irène, *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 245.

<sup>108</sup> BAUD Jean-Pierre, *Le droit de vie et de mort*, Archéologie de la bioéthique, Paris, Alto Aubier, 2001, p. 218, souligné par l'auteur. Quand la dévalorisation des liens du sang faisait que la filiation par la mère n'était en réalité complètement établie qu'à l'issue de l'adoption par le père, p. 228.

<sup>109</sup> Note THOUVENIN Dominique sous Cass. civ. 31 mai 1991, *D.*, 1991, p. 428.

<sup>110</sup> GUTMANN Daniel, *Le sentiment d'identité*, Paris, LGDJ, 2000, p. 46.

<sup>111</sup> Note THOUVENIN Dominique sous Cass. civ. 31 mai 1991, *D.*, 1991, p. 428.

<sup>112</sup> THERY Irène, *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 171.

<sup>113</sup> Et qualifie par conséquent d'abandon « une situation qui n'en est pas un », GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources... », op. cit., p. 522

<sup>114</sup> PONSARD André, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », *Mélanges R. Savatier*, 1965, p. 802-803. L'auteur, après l'avoir mentionné, s'écarte de ce propos : « mais le lien du sang n'est peut-être pas essentiel à la qualité de père ou de mère » (p. 803).

<sup>115</sup> BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René, SZEJER Myriam, WINTER Jean-Pierre, *Abandon sur ordonnance. Manifeste contre la légalisation des mères porteuses*, Bayard, Montrouge, 2010, p. 33.

<sup>116</sup> *Ibid*, p. 34 (nous soulignons).

On pourrait à l'inverse se réjouir de l'existence de l'adoption ou de l'assistance médicale à la procréation précisément parce qu'elle permet à des personnes d'être parents et de l'être pleinement, en donnant toutes leurs chances aux couples dans ce dernier cas d'être parents dès la naissance de l'enfant<sup>117</sup>. Des parents exactement comme les autres qui ont des enfants comme les autres. Comme le suggérait P. Jouannet à l'occasion d'un débat sur la levée de l'anonymat, « *donnons sa vraie place à cet homme en tant que père ou alors ne lui donnons pas* »<sup>118</sup>. S'il y a un au-delà des institutions, il faut alors admettre que les liens de filiations reconnus ne seront évalués qu'à l'aune de cet au-delà : la procréation hétérosexuelle sans tiers mieux que l'AMP, l'AMP mieux que l'adoption<sup>119</sup>.

**Interdire la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes ?** Nous ne croyons pas qu'il y ait des parents plus vrais que d'autres, des parents au-delà des institutions. Nous ne croyons pas davantage que l'intérêt de l'enfant ne soit préservé que s'il a pour parents ses géniteurs, ce qui nous semble nécessairement présupposé par une circulaire du ministère de la justice en 1995 qui explique : « *plus que le principe de l'indisponibilité du corps humain, c'est l'intérêt de l'enfant qui est avant tout pris en compte pour justifier la condamnation de la maternité de substitution* »<sup>120</sup>. Comme un certain nombre d'auteurs, mais non nécessairement pour les mêmes raisons, il nous semble que la gestation pour autrui ne peut être interdite à ce titre<sup>121</sup>.

Un seul critère nous semble pertinent pour effectivement garantir l'intérêt abstrait de l'enfant : la sécurisation de sa filiation. À cette fin, les questions soulevées par les contempteurs de la pratique doivent être prises au sérieux. Il nous semble néanmoins qu'aucune n'est indépassable.

---

<sup>117</sup> Selon Irène THERY, il y a « quelque chose à penser » dans le désir de faire un enfant avec son corps sans quoi il n'y aurait pas d'AMP, *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 175. Sans doute, mais ce quelque chose à penser n'est pas forcément la biologie (l'AMP le prouve bien, et elle existe même si aucun lien génétique ne lie l'enfant aux parents). Cela peut être le désir de vivre les étapes socialement conçues comme essentielles dans la vie d'un parent (vivre la naissance, les premiers jours, etc.) et vouloir se donner la chance d'être les parents dès le départ, comme les autres. Comme le suggère Gilles CREPIN, « les relations très fortes avec la fratrie se construisent pour le nouveau-né sans préalable anténatal ; la relation avec le couple adoptant dépend au cours de l'adoption, de l'investissement affectif des parents et de la précocité du rapprochement », « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui*, op. cit., p. 85, nous soulignons.

<sup>118</sup> JOUANNET Pierre, THERY Irène, « filiation et biologie: le cas de la procréation médicalement assistée », *Nouveaux Regards*, le 12 octobre 2000, p. 13. L'auteur répondait alors à I. Théry, dans cet entretien qui date de plus de 10 ans, laquelle affirmait « vous dites que le donneur ne donne que du matériel génétique et non pas sa paternité. C'est là qu'il y a débat. Vous avez une conception de la paternité qui ne retient qu'un des aspects. Vous dites au fond : le vrai père, c'est celui qui a voulu l'enfant, c'est celui qui va l'élever ».

<sup>119</sup> Plusieurs auteurs ont également souligné avec insistance la hiérarchie impliquée par cette logique, PERREAU Bruno, *Penser l'adoption*, puf, 2012, p. 52, IACUB Marcela, *L'empire du ventre*, op. cit., p. 299, 341.

<sup>120</sup> Circulaire CRIM 95-2 F3 du 19 janvier 1995, op. cit., *BO Justice*, n° 57 du 31 mars 1995, p. 96.

<sup>121</sup> « Ce n'est vraiment pas l'intérêt de l'enfant qui conduirait à proscrire le recours aux mères de substitution quoi qu'en aient dit plusieurs auteurs éminents », RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Congélation d'embryons. Fécondation *in vitro*. Mère de substitution. Point de vue d'un juriste », in *Génétique, procréation et droit*, Paris, Actes sud, 1985, p. 315 ; « Après cinq mois de réflexion, le groupe de travail a considéré que [...] la maternité pour autrui n'est pas non plus contraire à l'intérêt de l'enfant puisque celui-ci est longtemps désiré et attendu par ses parents intentionnels. », SENAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, op. cit., p.

<sup>111</sup> (mais il faudra lui dire quel fut son mode de conception, p. 63); CANTO-SPERBER Monique, « La gestation pour autrui », in *Naissance et liberté...*, op. cit., p. 233.

1- *Les risques inhérents à la procédure d'adoption et à la filiation paternelle actuellement.* L'adoption est conditionnée à l'intérêt de l'enfant. Dans tous les cas où la GPA impliquerait une telle procédure, si l'enfant est déjà né, il en découle un aléa : le risque pour l'enfant que le juge déclare l'adoption non conforme à son intérêt car « la société, pour des motifs d'intérêt public, ne permet pas, en effet, l'adoption d'un enfant par n'importe qui et dans n'importe quelle circonstance »<sup>122</sup>. Donc si la femme ne répond pas aux critères de l'adoption, l'enfant est privé de mère. De même, si au cours de la procédure d'adoption, les deux se séparent, le mari peut refuser de donner son consentement à l'adoption par son épouse<sup>123</sup>. En cas de mère célibataire infertile recourant à une GPA, l'enfant se retrouverait sans filiation. En cas de stérilité des deux membres du couple à l'origine du projet, donc d'implantation d'un embryon tiers dans l'utérus d'une gestatrice, le père pourrait contester sa paternité. Si la GPA devait être admise, elle devrait l'être en amont de la conception, comme pour l'AMP. Engendrer n'est pas adopter. Les futurs parents ici sont à l'origine du projet. Aussi, la filiation pourrait être sécurisée via le modèle retenu actuellement pour l'AMP, pour le père comme pour la mère<sup>124</sup>.

2- *Le risque de délaissement par tous ou de revendication par chacun.* Il peut se produire, ce qui a été le cas, que ni la gestatrice, ni le couple ne veuille finalement de l'enfant (enfant malformé ou handicapé<sup>125</sup>, couple qui se sépare durant la grossesse, ou parce que l'enfant ne correspond pas à ce qu'ils espéraient)<sup>126</sup>. Il peut également arriver, ce qui n'est pas non plus un cas d'école, que chacun veuille le garder. La situation s'est produite en France. La femme qui le portait et en a accouché et l'homme à l'origine du projet ont reconnu l'enfant et alors, ils exercent en commun l'autorité parentale<sup>127</sup>. Néanmoins, il peut également arriver que devant la volonté de la mère, le géniteur refuse de le reconnaître et que de son côté, si la mère est par ailleurs mariée, son mari conteste la filiation. À toutes ces configurations, il semble possible de répondre de la même manière, par la redéfinition de la filiation maternelle et paternelle. Ils sont père et mère pour avoir voulu l'enfant et pour avoir engagé la procédure. Dans ce contexte, la revendication de la gestatrice ne serait d'aucun effet, et elle ne pourrait non plus accoucher dans l'anonymat. Un homme célibataire ne pourrait pas reconnaître un enfant né d'une GPA mais devrait passer par la même procédure, qu'il soit géniteur ou non, en amont, que des femmes ou tous les couples.

Au Royaume-Uni, la femme qui accouche est toujours déclarée mère<sup>128</sup>. L'enfant n'est remis

---

<sup>122</sup> BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 117

<sup>123</sup> CA Poitiers, 22 janvier 1992, n°1992-040325

<sup>124</sup> Art. 311-20 c. civ. et 1157-2 c. proc. civ.: consentement établi par déclaration conjointe par un acte authentique « devant le président du tribunal de grande instance de leur choix ou son délégué, ou devant notaire », filiation incontestable, établissement judiciaire si l'enfant n'est pas reconnu (art. 1157-3 c. proc. civ.). Solution à laquelle adhère également Alain SERIAUX qui y voit « l'unique manière d'introduire un peu de rationalité », « Maternités pour autrui: la mainlevée de l'interdit? », *D.*, 2009. chr. p. 1220 ; *idem* LE BOURSICOT Marie-Christine, « Légiférer en matière de gestation pour autrui? », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>125</sup> ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 94 ; BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>126</sup> LETTERON Roseline, *Le droit de la procréation*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>127</sup> CA Bordeaux, 23 novembre 1988, n°1988-049503

<sup>128</sup> SENAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, *op. cit.*, p. 29.

à son père et sa nouvelle mère que dans un second temps, si celle qui l'a porté renonce à son droit. La filiation semble sécurisée. Néanmoins, ce modèle nous pose un problème quant à l'intérêt de l'enfant in abstracto : il y a bien ici un enfant procréé pour être juridiquement remis. Pour éviter cet inconvénient, on pourrait songer comme le suggère le rapport du Sénat à *ne pas définir* la maternité (ni la femme du couple d'intention, ni la femme qui accouche). Il s'agirait alors de considérer que le couple s'engage en amont (comme à chaque fois) et la femme qui accouche a un droit prioritaire de reconnaître l'enfant, à la naissance et pendant 3 jours<sup>129</sup>. À défaut, le couple ayant consenti prénatalement est parent. Néanmoins cela implique de définir un délai pendant lequel il peut y avoir négociation sur les droits (et on ne sait pas ce qui peut se produire pendant les 3 jours)<sup>130</sup>.

Ces deux modèles (Royaume-Uni et celui proposé par le Sénat) ne définissent pas de nouveau mode d'établissement de la filiation. Par conséquent on ne sait pas qui seront les parents pendant la grossesse. Cela implique une convention sur un enfant ou un espace de temps pendant lequel de manière privée il peut y avoir des droits négociés sur l'enfant. En outre, un tel cadre rend incertaine la filiation jusqu'au dernier moment et autorise ainsi tous les moyens de pression possibles. Il nous semble difficile de l'admettre. Mais dans tous ces cas la filiation est sécurisée.

Un seul argument d'ordre public exposé nous semble devoir être retenu : celui qui fait obstacle à la cession d'un enfant. Il nous semble en revanche difficile d'adhérer aux autres, qui tendent à protéger une certaine conception de la famille plus que des personnes réelles. C'est sur ces dernières que les débats se concentrent lorsqu'ils opposent des intérêts catégoriels.

## II. UNE PRATIQUE QUI OPPOSE DES INTERETS CATEGORIELS

Des droits des femmes dans les décisions il n'est toujours pas question. La norme qui interdit la pratique ne le fait ni au nom de leur protection, ni au nom de leurs droits. Ce sont aujourd'hui des arguments d'ordre public qui justifient l'interdiction. Mais les juges sont confrontés à des enfants réels nés de gestations souvent pratiquées à l'étranger et dont l'intérêt est d'avoir des parents. Cet intérêt concret de l'enfant présenté devant eux est pris en compte. Il atténue alors les effets de l'interdiction (A). Or, invoquer l'intérêt de l'enfant lorsque l'absence de lien de filiation est aujourd'hui, dans l'immense majorité des cas, le seul effet de l'interdiction, c'est bien admettre la légitimité de la gestation pour autrui, qui nous semble pourtant problématique d'un point de vue féministe (B).

---

<sup>129</sup> *Ibid*, p. 79-80.

<sup>130</sup> Pour le Conseil de l'Ordre, « prévoir, par contrat, son abandon à la naissance et prévoir pour la femme qui l'a porté le droit de décider de le conserver dans les trois premiers jours, c'est accepter de le considérer comme un objet », CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, Rapport adopté le 4 février 2010, p. 2 ; *idem* GAUMONT-PRAT Hélène, *Bioéthique et droit...*, *op. cit.*, p. 172.

Comme le remarque L. Brunet, le législateur n'a rien dit matière de filiation : « la sanction civile qui consiste à refuser l'établissement de la filiation [...] est une construction de la Cour de cassation »<sup>131</sup>. Ce sont donc les juges qui ont déduit les conséquences civiles de l'interdiction de la gestation pour autrui ainsi (1). Mais les couples inféconds, qui bravent l'interdit, se retrouvent avec des enfants : leur intérêt *in concreto* justifie alors d'aménager les effets de l'interdiction (2).

### 1. L'absence de lien de filiation, seule punition imaginée par le droit

**Une position initiale non tranchée.** L'intérêt de l'enfant a justifié plusieurs décisions d'adoption simple ou plénière<sup>132</sup> avant l'arrêt de la Cour de cassation de 1991. Il était alors estimé que l'adoption était conforme à son intérêt, puisqu'il avait été abandonné à sa naissance et qu'il était éduqué par son père et l'épouse de celui-ci. Ainsi « l'adoption plénière réalisée dans ces conditions est seule de nature à assurer la parfaite cohésion de la famille »<sup>133</sup>. L'argument essentiel reposait sur la dissociation des deux actes, comme l'explique clairement la Cour d'appel de Pau : « attendu qu'en l'espèce, la cour, qui n'est pas saisie de la validité ni même de l'existence d'une telle convention, n'a à statuer que sur la requête aux fins d'adoption »<sup>134</sup>, il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir une mère. De la même manière, alors qu'un couple décide ensemble d'avoir recours à une GPA intrafamiliale et qu'il se sépare au bout de plusieurs années au moment où l'épouse demande l'adoption, qui est refusée par le père, les juges déclarent que l'intérêt de l'enfant, comme l'égalité entre les hommes et les femmes, justifie l'adoption<sup>135</sup>. L'intérêt de l'enfant le justifie, car il n'a pas à subir les erreurs de ses parents. L'égalité entre hommes et femmes aussi, parce que pour la même erreur, le père est père mais la femme qui l'a élevé avec lui pendant des années ne serait, en l'absence d'adoption, plus rien<sup>136</sup>. Cette position sera remise en cause, définitivement, au nom du même intérêt de l'enfant entendu *in abstracto* par la Cour de cassation. Mais la contradiction entre la légitimité affirmée du désir de procréer et les moyens que le projet suppose conduit à des tensions.

---

<sup>131</sup> BRUNET Laurence, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 114.

<sup>132</sup> Adoptions plénières : TGI Versailles, 9 juillet 1986 régulièrement cité, mais la source indiquée semble erronée (il n'est pas dans la *Revue de droit de l'enfance et de la famille*, 1986, p. 26) ; CA Paris, 15 juin 1990, *D.*, 1990, p. 542 ; CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, 21653, p. 107 ; CA Paris, 9 novembre 1990, n°1990-025059 (nous n'avons trouvé que trois espèces mais la Cour d'appel de Paris en aurait rendu cinq identiques, cf. note HUET-WEILLER sous Cass. civ. 31 mai 1991, *RTD civ.*, 1991, p. 517) ; CA Pau, 19 février 1991, *D.*, 1991, p. 380 ; adoptions simples : TGI Aix en Provence, 5 décembre 1984, *JCP*, 1986 II 20561.

<sup>133</sup> CA Paris, 9 novembre 1990, n°1990-025059 ; CA Paris, 15 juin 1990, *D.*, 1990, p. 542.

<sup>134</sup> CA Pau, 19 février 1991, *D.*, 1991, p. 380.

<sup>135</sup> CA Poitiers, 22 janvier 1992, n°1992-040325.

<sup>136</sup> CA Poitiers, 22 janvier 1992, n°1992-040325.



**La légitimité du projet parental hétérosexuel.** La gestation pour autrui est interdite pour tous les couples, homosexuels et hétérosexuels. Néanmoins, le désir d'enfant est pensé comme légitime pour les couples hétérosexuels, ce qui conduit, pour eux seuls, à faire valoir l'intérêt de l'enfant, justifiant alors pour une partie de la doctrine la neutralisation de l'interdiction de la GPA, quand la même argumentation n'est jamais déployée lorsqu'il est question de couple homosexuels, dont le désir de fonder une famille est régulièrement délégitimé. Le droit de fonder une famille est un droit toujours pensé comme légitime. Les juges eux-mêmes procèdent à un tel rappel avant de sanctionner la violation de la loi: « le but poursuivi à savoir la satisfaction du désir d'enfant d'un couple stérile, pour si légitime et digne de respect que soit ce désir, ne peut justifier... »<sup>137</sup>. Désir respectable donc, sauf lorsque ce sont des célibataires, des femmes ayant « dépassé l'âge » ou des couples homosexuels qui y aspirent. C'est fréquemment à propos de ces derniers que l'on passe du droit de l'enfant au droit à l'enfant -ou de la volonté au désir- et que les manières de délégitimer ces revendications font entrer en scène des expressions plus fantaisistes les unes que les autres<sup>138</sup>. Le droit à l'enfant n'existe pas pour des raisons juridiques très simples : le désir d'enfant partagé par les couples féconds et inféconds implique pour les seconds l'intervention de tiers pour le réaliser. Cet appel peut simplement consister dans l'aide d'un médecin. Même sans appel à un tiers donneur aucune obligation de résultat ne pèse sur le médecin<sup>139</sup>. Mais l'infertilité peut également nécessiter un don de gamètes, provenant de donneurs sur lesquels bien sûr personne n'a aucun droit. Aussi l'absence de droits sur le corps d'autrui rend fantaisiste l'idée d'un droit à

<sup>137</sup> TGI Marseille, 16 décembre 1987, GP, 30 janvier 1988, p. 97 ; *idem* TGI Paris, 20 janvier 1988, *op. cit.* ; CA Paris, 15 juin 1990, *JCP*, 1991, II, 21653, p. 107 (droit naturel de fonder une famille); CA Paris, 9 novembre 1990, n°1990-025059.

<sup>138</sup> « Désirs narcissiques négateurs de l'homme et des droits de l'enfant », BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 164. Selon Bertrand MATHIEU, les revendications des femmes célibataires comme les couples homosexuels font de l'enfant un « pur produit du désir » qui contredirait les droits de l'enfant par la revendication d'un droit à l'enfant, *La bioéthique*, Paris, Dalloz, 2009, p. 31 et p. 79. Il en va de même lors de l'emploi récurrent de l'expression « tourisme procréatif » comme si les personnes faisaient du tourisme alors qu'elles ont un désir d'enfant et sont contraintes de partir à l'étranger. On assisterait alors au « développement de ce tourisme procréatif, que l'on pourrait rebaptiser procreation shopping », KESSLER Guillaume, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2005, étude n°16, §5 ; « shopping d'un nouveau genre », GODECHOT-PATRIS Sara, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit, perspectives de droit international privé », in *Au-delà des Codes, Mélanges M-S. Payet*, Dalloz, 2012, p. 308 ; l'enfant devient « un bien de consommation », BATTIN Jacques, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 85, ce qui renvoie nécessairement les homos aux « dérives possibles » en matière de gestation pour autrui (mis sur le même plan que les « motifs esthétiques »), BYDLOWSKI Monique, « Problèmes éthiques soulevés par la Gestation Pour Autrui », in *Les Cahiers du CCNE*, n°63-64, 2010, p. 43 soit « à la pure et simple médecine de confort », SERIAUX Alain, « Maternités pour autrui: la mainlevée de l'interdit? », *D.*, 2009, chr. p. 1218 ; de « convenance personnelle », OPECST, CLAEYS Alain, HURIET Claude, [Rapport sur l'application de la 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](#), Assemblée nationale, Sénat, 1999, p. 87 dans le paragraphe intitulé « 2. Prendre en compte l'intérêt de l'enfant à naître plutôt que le droit à l'enfant » ; FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 73, p. 92 ou à une « GPA de convenance », MIRKOVIC Aude, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC*, nov. 2010, n°76, p. 74 ; CANTO-SPERBER Monique, FRYDMAN René, *Naissance et liberté. La procréation. Quelles limites ?*, Plon, 2008, p. 260.

<sup>139</sup> BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 57 ; DREIFUSS-NETTER Frédérique, « Droit à l'enfant et droit de l'enfant », in LARRALDE Jean-Manuel (dir.), *La Libre Disposition de son corps*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 159-160.

l'enfant<sup>140</sup>. Enfin, ces ressources, fussent-elles illimitées, ne donnent pas lieu à un nombre infini d'essai. Recourant donc à des « mots sémaphores »<sup>141</sup> permettant d'éviter de réfléchir tout en prétendant être capable de « pensée » ou de « vision », les auteurs ne se lassent pas de brandir le « droit à l'enfant » sans l'interroger à peu près depuis 50 ans<sup>142</sup>. L'objectif n'est autre que de délégitimer l'aspiration des couples homosexuels à fonder une famille<sup>143</sup>. Dans ce contexte, il semble opportun de rappeler que, *pour faire un enfant, il faut des gamètes mâles, femelles et un utérus fonctionnel*. Pour certaines unions, un élément fait défaut, ou deux, ou trois, ce qui les empêche donc de procréer. Aussi, pour toutes celles qui se trouvent dans ce cas, ce n'est pas *par confort* qu'elles en revendiquent l'accès, mais parce que les personnes ne peuvent avoir ensemble des enfants, et il n'est nul besoin de distinguer les couples homo ou hétérosexuels pour le comprendre. Néanmoins, l'aspiration devient illégitime pour les couples de même sexe, non en raison de son énoncé (vouloir fonder une famille, projet commun aux différentes couples) mais en raison du type d'union dans lequel est inscrit l'auteur de l'énonciation. Parce qu'elle est homosexuelle, cette union contredirait ce qui est présumé bon pour l'enfant. Ainsi depuis que les homosexuels ne sont plus malades mentaux (puisque l'OMS ne les considère plus ainsi), la menace est celle que leurs enfants le deviennent<sup>144</sup>. Dès lors, la formule « droit à l'enfant » est avancée non pour dire quoi que ce soit de cohérent en droit, mais pour signifier l'illégitimité de leur revendication. Il nous semble, à l'inverse, que rien ne justifie une différence de traitement entre les unions homosexuelles ou hétérosexuelles et que le désir d'enfant n'implique rien d'autre qu'une *suspension du jugement*. Cela implique d'autoriser l'accès à des techniques de procréation, les mêmes que celles auxquelles peuvent prétendre les couples hétérosexuels qui n'ont pas eu, par cet accès, de « droit à l'enfant ». Il n'est pas vrai qu'admettre l'accès à la procréation pour les couples de femmes conduira nécessairement à l'admettre pour les couples d'hommes<sup>145</sup>. Comme la réponse à la stérilité masculine n'a pas conduit à répondre à toutes les formes de stérilité féminine. La gestation pour autrui implique des actes totalement différents et un pou-

---

<sup>140</sup> « La procréation artificielle passe le plus souvent par des donneurs, or ceux-ci sont considérés comme libres de leur geste qui ne saurait leur être imposé [...] l'égalité de tous devant la procréation se heurte à la liberté d'autrui », ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, op. cit., p. 28.

<sup>141</sup> Pour reprendre la belle expression d'Irène THERY : « le droit à l'enfant est donc singulièrement économique : un petit à, et voilà un ennemi désigné, un repoussoir constitué, un trouble effacé, un ordre moral retrouvé. Au total le mot-sémaphore « droit à l'enfant » a ce singulier mérite de rappeler qu'il y a toujours, dans la vie, deux façons de se comporter : l'altruiste et l'égoïste. Deux voies pour légiférer : la responsable et l'irresponsable. Et aussi, pour faire bonne mesure, deux formes de démocratie : la nôtre et celle de la marchandisation généralisée », *Des humains comme les autres*, op. cit., p. 144.

<sup>142</sup> Le débat « droit à l'enfant » contre « droit de l'enfant » semble pouvoir au moins remonter à 1966, cf. l'article du Monde cité par PERREAU Bruno, *Penser l'adoption*, puf, 2012, note 4, p. 35.

<sup>143</sup> Cf. le constat de Marc PICHARD : « le droit à l'enfant semble avoir été moins l'étendard de certaines revendications que le *repoussoir* utilisé par les opposants à une ouverture large de l'accès aux filiations dites artificielles », *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Économica, 2006, p. 141 et note 3 p. 141-142 (souligné par l'auteur). Voir également ROMAN Diane, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *RDSS*, 2007 p. 812.

<sup>144</sup> Comme l'a analysé Didier ERIBON, « *on assiste en réalité à un déplacement sur le couple homosexuel et les familles homoparentales de la pathologisation qui frappait autrefois les individus dits 'déviant'* », « *On assiste au retour du refoulé homophobe* », *Médiapart*, le 14 décembre 2012.

<sup>145</sup> Ce qui est régulièrement affirmé, par ex. FABRE-MAGNAN Muriel, *La Gestation pour autrui*, op. cit., p. 73.

voir sur le corps d'autrui qui génère de toutes autres difficultés<sup>146</sup>. La question de savoir, non pas à qui les techniques doivent bénéficier, mais quelles possibilités procréatives doivent être légalisées, doit être appréhendée *dans les termes posés pour les couples hétérosexuels* : dans quelle mesure est-il admissible que le désir d'enfant ait des conséquences *sur autrui* ? Pour les premiers juges de cassation, cet autrui était l'enfant<sup>147</sup>, aujourd'hui, dans la doctrine et les débats, l'autrui est autant celui-ci que la femme gestatrice.

La GPA étant prohibée, il est possible de poursuivre le couple d'intention sur le plan pénal (celui qui avait été retenu pour dissoudre les associations), pour « supposition d'enfant » qui prend aujourd'hui la figure de la provocation à l'abandon (art. 227-12 al 1 c. pén.) et d'une substitution entraînant une atteinte à l'état civil (art. 227-13 c. pén.). Ce dernier délit est passible de trois ans d'emprisonnement. Les interprétations sur ces dispositions varient. L. Brunet suggère que le législateur a été circonspect, refusant la poursuite de la femme porteuse et des couples d'intention, sauf exception<sup>148</sup>, M. Iacub y voyant à l'inverse l'organisation de la « persécution des femmes qui ont recours à des mères porteuses »<sup>149</sup>. Certains pénalistes considèrent qu'il serait possible de poursuivre couples et gestatrices au titre de la complicité<sup>150</sup>, ce que la circulaire du 19 janvier 1995 a expressément souligné<sup>151</sup>. J. Rubellin Devichi constate de son côté que « notre droit français a [...] toujours repoussé l'idée qu'un enfant puisse naître d'un délit pénal commis par sa mère »<sup>152</sup>.

Ces deux articles pouvant servir au fondement de poursuites en France sont néanmoins inapplicables lorsque les faits sont commis à l'étranger dans les pays qui en autorisent la pratique (quelles que soient les conditions de sa réalisation à l'étranger) en vertu des articles 113-2 et 113-6 du code pénal. Le TGI de Créteil a prononcé un non-lieu le 30 septembre 2004 sur le fondement de ces deux articles<sup>153</sup>. La conséquence est très simple : les couples partent à l'étranger. Comme les juges considèrent actuellement que les couples ne peuvent être poursuivis, ils n'ont d'autre moyen que de se servir de l'état civil de l'enfant, dont le législa-

---

<sup>146</sup> Comme l'auteur précitée le démontre d'ailleurs parfaitement tout au long de son ouvrage.

<sup>147</sup> « Le droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 de la convention du 4 novembre 1950 et par l'article 23 du pacte international du 19 décembre 1966 à l'homme et à la femme en âge nubile, n'implique pas le droit de conclure avec un tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître », Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 13 décembre 1989, *JCP*, 1990, II, 21526.

<sup>148</sup> BRUNET Laurence, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 113-114.

<sup>149</sup> IACUB Marcela, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, 2004, p. 24.

<sup>150</sup> « la personne mise en contact avec les intermédiaires pourra, le cas échéant, être poursuivie au titre de la complicité : couples et mères porteuses pourront donc se retrouver devant les tribunaux », BYK Christian, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP*, 1994, I, 3788, p. 412 ; PROTHAIS Alain, « Les paradoxes de la pénalisation – Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP*, 1997, I, 4055, p. 428 ; ARCHER Frédéric, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 189.

<sup>151</sup> « Les couples et les « mères porteuses » pourront, le cas échéant, être poursuivis au titre de la complicité », Circulaire CRIM 95-2 F3 du 19 janvier 1995. Commentaire des dispositions pénales contenues dans les lois du 29 juillet 1994 relatives à la bioéthique, *BO Ministère de la justice*, n° 57 du 31 mars 1995, p. 96.

<sup>152</sup> Note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline sous CA Rennes, 4 juillet 2002, *JCP*, 2003, I, 101, p. 17-18. Les auteurs de la doctrine sont les premiers à avoir légitimé cette clémence envers les couples d'intention: « Qui cependant punir ? [...] Le couple qui a passé commande ? [...] la chose serait] irréaliste sur le plan social. On imagine aisément quelle serait la réaction populaire si le couple devait payer de sa liberté son désir d'enfant. La mère porteuse ? Un consensus pourrait se dégager à cet égard lorsqu'elle fait l'opération dans un but strictement commercial », BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, op. cit., p. 120-121.

<sup>153</sup> TGI Créteil, 30 septembre 2004, *D.*, 2005, p. 476

teur n'a rien dit (en 1994, 2004 ou 2011), pour dissuader les parents<sup>154</sup>. En l'absence de tout dispositif pénal de sanction, les juges ont fait jouer à l'état civil de l'enfant le rôle de protection des personnes menacées par les désirs des parents. Il revient pourtant normalement au droit pénal de protéger le corps humain et non à l'état civil d'un tiers de le faire. La solution contraire aurait pu être envisagée : condamner pénalement les parents qui y ont recours et établir les liens de filiation<sup>155</sup>. L'état du droit existant aurait pu, selon certains auteurs, l'autoriser : « nul ne sera convaincu par la technicité de l'ordonnance du juge de Créteil : dans d'autres contextes, le juge pénal qui voulait faire application de la loi pénale française a bien su trouver des trésors d'imagination pour rattacher, même de façon ténue, un élément constitutif de l'infraction au territoire français »<sup>156</sup>. On pourra objecter que l'enfant n'a rien à y gagner. Peut-être. Mais le système juridique serait certainement plus cohérent.

## 2. L'intérêt de l'enfant écarté ou aménagé

**L'intérêt de l'enfant écarté.** L'intérêt des enfants présentés aux juges est toujours d'avoir des parents alors qu'ils en sont dépourvus. Ce point n'a jamais été contesté, que cet intérêt l'emporte ou qu'il soit écarté. Les juges de la Cour de cassation, lorsqu'ils condamnent la pratique, ne contestent pas ce point : ils ne disent pas que l'adoption serait contraire à l'intérêt de l'enfant, mais qu'il faut réintégrer la pratique dans un processus plus large lequel à d'autres stades porte atteinte à l'indisponibilité du corps humain et à l'état des personnes<sup>157</sup>. D'autres juges ont par la suite assumé que la condamnation de la pratique impliquait de refuser le prononcé de l'adoption parce qu'elle interdirait à la « vraie mère » comme à l'enfant d'établir sa filiation avec celle qui avait accouché, « quand bien même l'intérêt actuel de l'enfant pourrait sembler justifier son prononcé »<sup>158</sup>. L'intérêt de l'enfant, valeur prise en compte, est alors écarté au motif que des valeurs plus importantes entrent en contradiction avec lui. J. Hauser suggère que « le couple qui accepte de réduire en dépendance la mère porteuse pour rémunérer ses facultés procréatives dans un procédé qui rappelle certaines mœurs romaines proches de l'esclavage mériterait qu'on s'interroge sur ses convictions »<sup>159</sup>. Nombre d'auteurs s'élèvent contre cette mise de côté de l'intérêt de l'enfant, sans nécessairement la mettre en perspective avec le fait que déduire de l'interdiction des conséquences sur la filiation soit le seul moyen adopté pour dissuader les parents de recourir à la pratique<sup>160</sup>. Cette

---

<sup>154</sup> GODECHOT-PATRIS Sara, « L'enfant venu d'ailleurs... », *art. cit.*, p. 311.

<sup>155</sup> En ce sens, Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE suggèrent que l'« on aurait pu avancer l'idée que l'interdiction au pénal pourrait être maintenue, voire renforcée, tandis que la nullité des conventions déjà formées devrait être au maximum contournées de façon à préserver l'intérêt des enfants », « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> avril 2008, n° 2, p. 553. Voir aussi BOURRAT-GUEGUEN Anne, note sous Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 23 avril 2003, *JCP* 2004, II, 10058, p. 735

<sup>156</sup> BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse... », *op. cit.*, p. 552.

<sup>157</sup> Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 381 ; dans le même sens Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 29 juin 1994, *D.*, 1994, jur., p. 581 ; CA Paris, 1<sup>er</sup> février 2001, n°2001-135649.

<sup>158</sup> TGI Paris, 10 janvier 1996, cité par HAUSER Jean, *RTD civ.* 1996, p. 378.

<sup>159</sup> Note HAUSER Jean sous TGI Lille, 22 mars 2007, *RTD civ.* 2007 p. 557

<sup>160</sup> Par ex. parmi de nombreux auteurs, note RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline sous CA Rennes, 4 juillet 2002, *JCP*, 2003, I, 101, p. 17-18 ; GAUMONT-PRAT Hélène, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *RLDC*, 2008-01, n°45, p. 42.

position, certes rigoureuse, nous semble justifiée: il est difficilement admissible d'affirmer que les règles par lesquelles on protège les corps des personnes cessent avec le passage frontalier. Admettre l'inverse reviendrait à permettre aux plus riches (les Français ayant les moyens de se rendre à l'étranger) de faire appel à des gestatrices étrangères (parce qu'elles le sont) sans conséquences pour eux. Admettre ces transcriptions serait donc contraire au principe d'égalité entre les couples (qui peuvent ou non partir) ; entre les enfants nés de ces pratiques (les enfants des couples financièrement aisés se trouvant privilégiés) ; entre les femmes (Françaises protégées, étrangères exploitées). Pour toutes ces raisons, le Conseil d'État et plusieurs auteurs rejettent cette logique<sup>161</sup>.

**Les différents moyens soulevés ont donc été confrontés à des refus** et les moyens de faire obstacle à de telles reconnaissances ont été progressivement accrus.

*1-Refus de reconnaissance des jugements étrangers ou de transcription des actes dressés à l'étranger au nom de l'ordre public interne.* Les juges ont refusé les transcriptions des actes. Le problème a été relancé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui, conformément aux juges de première instance, avait refusé l'action du ministère public. La Cour ajoutait le motif surabondant de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision du 25 octobre 2007<sup>162</sup>, les enfants risquant de se retrouver dépourvus de toute filiation. En cassation, la Cour a admis l'action du ministère public pour faire obstacle aux transcriptions. Sur renvoi, la Cour d'appel de Paris, le 18 mars 2010 prend acte de la jurisprudence de la Cour de cassation du 18 décembre 2008<sup>163</sup>. La transcription des actes de naissance fondés sur le jugement américain reconnaissant comme parents le couple d'intention est nulle car contraire à l'ordre public (article 16-7 du code civil). De l'autre côté, la fraude à la loi française (les Français sont partis à l'étranger pour contourner la loi) fait également obstacle à la reconnaissance du lien de filiation, ce qui n'aurait pas nécessairement été le cas s'ils y avaient vécu<sup>164</sup>. Le lien de filiation ne vaudrait donc qu'à l'étranger. Les juges de cassation ont confirmé le refus de transcription le 6 avril 2011<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, *op. cit.*, p. 66 ; dénonciation de l'inégalité entre les couples, FEUILLET Brigitte, « Quel sort pour l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ? », *Responsabilité*, 2009-06, v.9, n°34, p. 29 ; dénonciation d'incohérence, GODECHOT-PATRIS Sara, « L'enfant venu d'ailleurs... », *op. cit.*, p. 312. Laurence BRUNET constate de son côté un « effet pervers : en adoucissant le sort des enfants nés à l'étranger, tout en maintenant le principe de l'interdiction de la maternité de substitution en France, il incite au tourisme procréatif et, ainsi, contribue à l'aggravation de l'exploitation économique des femmes les plus pauvres », « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *in Travail, genre, sociétés*, 2012/2, p. 203. Dans le même sens, mais au nom de l'intérêt abstrait d'autres enfants, MIRKOVIC Aude, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC*, nov. 2010, n°76, p. 75.

<sup>162</sup> Sur la dimension surabondante du motif, voir BRUNET Laurence, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *RGDM*, 2008, n°27, p. 166-167.

<sup>163</sup> CA Paris, 18 mars 2010, n°09/11017, et encore CA Rennes, 8 janvier 2013, n°2013-000168.

<sup>164</sup> « Les intéressés ne se sont ici adressés à une autorité étrangère que dans le but de constituer un état de droit qui n'aurait pu être valablement créé en France. C'est dire qu'à l'inverse s'il s'était agi d'un couple français résidant depuis de nombreuses années aux États-Unis, il aurait été plus délicat de leur opposer la fraude à la loi », GODECHOT-PATRIS Sara, « L'enfant venu d'ailleurs... », *art. cit.*, p. 312.

<sup>165</sup> [Cass. civ. 6 avril 2011 – n°10-19.053.](#)

2-*Refus de reconnaître la possession d'état.* Le moyen aurait pu permettre la reconnaissance du lien de filiation. Il n'était pas évident que la possession d'état soit refusée<sup>166</sup> mais les juges ont répondu que « la fraude corrompt tout »<sup>167</sup>.

3-*Refus de reconnaître le délaissement de l'enfant.* Il aurait été également possible pour le mari et la femme qui accouche de reconnaître l'enfant, puis de faire constater la rupture du lien avec la mère pour permettre son rattachement à l'épouse du père. Mais, saisie d'une demande de retrait de l'autorité parentale de la mère, la Cour de cassation a confirmé le jugement d'appel rejetant la demande au motif « qu'il n'était pas démontré en l'espèce que ce défaut d'intérêt ait mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité des deux enfants », puisqu'ils allaient très bien<sup>168</sup>.

4-*Refus de reconnaître la filiation paternelle ?* La question est nouvellement posée. Juridiquement, rien ne fait obstacle à de telles reconnaissances : un homme peut reconnaître un enfant, qu'il ait ou non un lien génétique avec lui. Néanmoins, le parquet peut contester certaines reconnaissances. En 1982, il le fit afin de contester la reconnaissance paternelle d'un homme en couple avec une femme trans<sup>169</sup> alors qu'il pouvait reconnaître l'enfant puisque rien ne rendait invraisemblable, dans les actes, la filiation<sup>170</sup>. En 1995, les juges admettent l'action du ministère public car un homme a reconnu un enfant né dans un État où il ne s'est jamais rendu, a reconnu un enfant auquel il n'est pas biologiquement lié. La reconnaissance paternelle avait pour fin de détourner la procédure de l'adoption<sup>171</sup>. Ces reconnaissances contestées ont par la suite croisé d'abord les « fausses GPA » puis les « vraies ».

En cas de doute sur un détournement de la procédure d'adoption par le père, les juges saisis de demande d'adoption par l'épouse ont demandé un examen du sang du père afin de vérifier que l'enfant lui était génétiquement lié<sup>172</sup>. En 1996, le législateur a entendu poursuivre dans cette voie en permettant au ministère public de contester les reconnaissances en paternité si l'homme n'en est pas le géniteur lorsque celles-ci ont pour fonction de réaliser une fraude à l'adoption en permettant à un couple dont la femme est stérile d'avoir un enfant<sup>173</sup>. Néanmoins, cela ne permettait pas de lutter contre les cas classiques de GPA dans la mesure où

---

<sup>166</sup> Note LABBEE Xavier sous TGI Lille, 22 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1254.

<sup>167</sup> TGI Lille, 22 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1254, confirmé par CA Douai, 14 septembre 2009, n°07/02201 confirmé par Cass. civ. 6 avril 2011, n°09-17.130.

<sup>168</sup> Cass 1ère civ, 23 avril 2003, *JCP* 2004, II, 10058, p. 733.

<sup>169</sup> TGI Marseille, 27 janvier 1982, *JCP*, 1983, II, 20028

<sup>170</sup> Comme le remarquent PENNEAU Jean sous TGI Marseille, 27 janvier 1982, *JCP*, 1983, II, 20028 et Marcela IACUB, *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 180-181. J. Hauser pouvait alors constater que l'interprétation du terme « actes » était « extensive », *RTD. civ.*, 1993, p. 810. L'alinéa 2 de l'article 339 du c. civil ne prévoyait pas la fraude à l'époque.

<sup>171</sup> CA Pau, 18 septembre 1995, *JCP*, 1996, IV, 568

<sup>172</sup> TGI Paris, 14 octobre 1992, *JCP*, 1993, I, 3688, p. 302 ; TGI Paris, 10 janvier 1996, rapporté par HAUSER Jean, *RTD civ.*, 1996, p. 378 confirmé par CA Paris, 19 septembre 1996 puis Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 16 février 1999, *D.*, 2000, somm. p. 170, note VASSEUR-LAMBRY Fanny ; VASSAUX Joëlle, « 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 », *Revue juridique Personne et famille*, septembre 1999, n°6, p. 20.

<sup>173</sup> Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption par laquelle le législateur introduit la notion de fraude (en plus des indices tirés des actes eux-mêmes) à l'art. 339 al. 2 c. civ. Cet article a été abrogé par l'ordonnance de 2005 et déplacé à l'article 336. Sa formulation est plus générale: « la filiation légalement établie peut être contestée par la ministère public si les indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

généralement, la gestatrice se fait inséminer par le sperme du futur père. Cela ne permettait donc que de lutter contre les « fausses GPA », c'est-à-dire les contrats passés sur un futur enfant qu'une femme déjà enceinte souhaite abandonner.

Un pas supplémentaire semble engagé. Car si la supposition d'enfant par la mère a été immédiatement perçue, l'acte de reconnaissance par le père n'a pas été initialement contesté. Les juges semblent découvrir avec l'apparition des hommes célibataires et des couples d'hommes que la procédure permet depuis le départ pour des couples hétérosexuels d'éviter l'adoption, *pour les pères également*. Car, juridiquement à l'origine, la seule situation qui ne pose aucun problème, c'est le célibat, pour la GPA aujourd'hui, comme pour l'AMP hier. Une femme célibataire se fait inséminer, elle est mère de l'enfant<sup>174</sup> ; un homme fait appel à une gestatrice, il reconnaît l'enfant. Juridiquement, il était donc possible à un homme d'être père tout seul (si non mariée la femme ne reconnaissait pas l'enfant, avant 2005, si depuis 2006 il reconnaît l'enfant d'une femme qui accouche sous X), mais il a également par ce biais, sans aucune atteinte à l'état civil, la possibilité de réaliser une convention sur l'enfant qu'il a procréé. Le jugement du TGI de Nantes du 10 février 2011 autorise la transcription partielle de l'acte de naissance d'un enfant né de GPA à l'étranger, autorisant la mention du géniteur, mais non celle de son compagnon<sup>175</sup>. La note critique de C. Neirinck suggère que le Ministère public serait néanmoins fondé à contester la paternité du géniteur « même si elle est conforme à la vérité biologique »<sup>176</sup>. Pour les couples hétérosexuels, la jurisprudence de la Cour est pourtant contraire : les juges ont, le 6 avril 2011 encore, affirmé que la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'état civil français pouvait être opérée une fois l'acte rectifié (la mention de la mère étant supprimée), qu'ainsi « une telle rectification [...] ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle »<sup>177</sup>. Cette nouvelle voie semble pourtant aujourd'hui ouverte devant les juridictions judiciaires pour faire obstacle aux démarches entreprises par les hommes célibataires et couples homosexuels masculins<sup>178</sup>.

Pour les enfants nés à l'étranger, la jurisprudence récente relevant toujours de cette situation, deux questions sont soulevées : celle de la possibilité pour les enfants nés d'une GPA de venir sur le territoire, ce qui fait l'objet de contentieux devant le juge administratif, et le lien de filiation. Concernant la première question, un contentieux a récemment opposé l'administration au géniteur de deux nouveau-nés en Inde. Le consulat de France à Bombay ayant refusé de délivrer des passeports aux deux enfants, ils étaient maintenus en Inde. Le

---

<sup>174</sup> « Nous séparant des auteurs qui condamnent en toute hypothèse l'insémination artificielle dispensée par un tiers, nous estimons que l'on peut tolérer ce procédé lorsque c'est une femme célibataire [...] qui en sollicite l'application, car les inconvénients signalés plus haut disparaissent [les problèmes de contestation de paternité, etc.] », DOMAGES Roger, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse Droit Paris, dactyl, 1956, p. 105.

<sup>175</sup> TGI Nantes, 10 février 2011, n°10/06276, *Dr. fam.*, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n° 7, comm., 111, p. 42.

<sup>176</sup> Note NEIRINCK Claire sous TGI Nantes, 10 février 2011, n°10/06276, *Dr. fam.*, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n° 7, comm., 111, p. 42. *Contra* RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », *JCP*, 1996, 3979, p. 451 : « quant aux affaires d'enfants nés de mères porteuses, elles constituent certes une atteinte à l'ordre public, mais la reconnaissance par le père n'est pas une fraude aux règles régissant l'adoption ».

<sup>177</sup> [Cass. civ. 6 avril 2011 – n°09-66.486](#)

<sup>178</sup> On ne peut donc pas affirmer, contrairement à ce qu'avance Muriel FABRE-MAGNAN, que « c'est à propos de ces derniers [les couples homosexuels] qu'on a commencé à envisager sérieusement la légalisation de ces pratiques », *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 8. Le rapport du Sénat ne l'envisage sérieusement que pour les couples hétérosexuels et les juges durcissent leur position depuis l'apparition des couples homosexuels.

généteur a alors engagé un recours en référé devant le tribunal administratif de Lyon lequel, le 22 avril 2011, lui donné raison, constatant une atteinte grave et manifeste à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'ordonnance a alors été contestée par le ministre devant le Conseil d'État. Les juges saisis en référé ont alors admis la légalité de l'ordonnance déferée dans la mesure où la décision était provisoire et n'anticipe en rien le sens du jugement de l'autorité judiciaire<sup>179</sup>. Les enfants ont donc pu venir en France. Néanmoins, saisi de la même question, le Conseil d'État toujours en référé a refusé de reconnaître la violation d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1 CJA deux mois plus tard (en raison de doutes sur l'identité et la volonté de la femme qui avait accouché, plaçant alors les juges dans l'incapacité d'apprécier si l'intérêt supérieur de l'enfant a été violé)<sup>180</sup>. Relativement à la seconde question, les juges judiciaires tendent à admettre les annulations de reconnaissance. Un homme célibataire reconnu comme père en Inde voit la transcription de son acte admise par les juges de première instance. Le procureur a alors fait appel. Saisie d'un référé, la Cour d'appel de Rennes a d'abord fait droit aux demandes du procureur<sup>181</sup>. Les juges du fond ont par la suite confirmé la décision de première instance en appel, non parce que le Procureur ne pouvait agir pour contester la reconnaissance de paternité, mais parce que la jurisprudence de la Cour de cassation ne vaut que pour l'établissement de la filiation maternelle. En outre, la question dont était saisie la Cour n'était en l'espèce pas celle de la validité de la convention de gestation pour autrui mais de la régularité de la transcription. Or les énonciations y étaient conformes à la réalité<sup>182</sup>. Entre temps néanmoins, la même juridiction avait annulé une reconnaissance paternelle<sup>183</sup>. Cela dès lors fait obstacle à toute possibilité de transcription<sup>184</sup>.

Ce dernier contentieux nous semble intéressant parce qu'il fait l'objet d'une découverte récente. Les juges semblent s'interroger sur la possibilité de remettre en cause non seulement le détournement de la procédure d'adoption par la femme du père (celui-ci étant auparavant reconnu tel), mais par le géniteur (dont la paternité est désormais contestée) également. Ce n'est plus parce que l'on est biologiquement lié à l'enfant qu'on ne l'a pas acheté. Cela revient à constater que l'acte de reconnaissance paternelle peut être le versant juridiquement admis d'une convention autorisant une vente ou une cession d'enfant, pourtant évidemment prohibée. Cela implique alors, si l'on souhaite admettre une forme d'organisation de gestation pour autrui, non seulement de redéfinir la maternité, ce que cette jurisprudence per-

---

<sup>179</sup> CE, ord., 4 mai 2011, n°348778, 348779

<sup>180</sup> CE, ord., 8 juillet 2011, n°350486

<sup>181</sup> Avançant notamment que l'exécution de la décision, même provisoire, « aurait en cas d'infirmité de la décision des conséquences manifestement excessives pour les enfants lesquels se retrouveraient alors dans une situation d'insécurité juridique » (CA Rennes, 28 juin 2011, n°11/02759).

<sup>182</sup> CA Rennes, 21 février 2012, n°11/02758

<sup>183</sup> Car « en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1500 euro représentent 3 ans de salaire [...] il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public. « L'intérêt supérieur de l'enfant » ne peut utilement être mis en avant par Didier F. qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi », CA Rennes, 10 janvier 2012, n°11/01846.

<sup>184</sup> NEIRINCK Claire, « Acte de naissance de l'enfant né d'une mère porteuse, reconnaissance paternelle et actions du Ministère public », *Dr. fam.*, n° 4, avril 2012, comm. 67.



met de découvrir, mais de redéfinir également la paternité. Si le géniteur ou l'homme à l'origine du projet (qui peut être stérile) souhaite faire appel à une gestatrice, ce n'est pas à la femme de faire reconnaître sa paternité : il doit l'être automatiquement, par référence à la décision judiciaire préalable, dès la naissance de l'enfant.

Enfin, nous constatons que dans tous ces cas, l'intérêt concret de l'enfant est écarté puisque l'admettre comme valeur supérieure conduirait « à exclure toute législation d'ordre public en droit de la filiation puisqu'à l'arrivée le sort de l'enfant conduira à écarter tous les effets de l'interdiction, donc l'interdiction elle-même »<sup>185</sup>.

**Les juges ont néanmoins, lorsqu'il n'y a pas eu de tentative de simuler une naissance en France<sup>186</sup>, opéré plusieurs aménagements pour atténuer les effets de leurs décisions dans l'intérêt de l'enfant.**

1-La non reconnaissance ou transcription des actes de possession d'état ou d'état civil retirant la double filiation ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'enfant par le père s'il est génétiquement le père de l'enfant, puisque celui-ci pourra toujours par la suite établir sa paternité (jusqu'à récemment).

2-En cas de séparation du couple et malgré l'absence de lien de filiation avec la femme qui l'a élevé depuis toujours, les juges ont pu fixer la résidence habituelle de l'enfant chez celle-ci, malgré l'absence d'autorité parentale. Dans une première affaire les juges ont déclaré qu'il était « dans l'intérêt de l'enfant de laisser cette dernière [l'enfant] dans le milieu où elle est intégrée [...] de sorte que le droit de visite et d'hébergement de Madame Chantal B... doit comprendre la période scolaire et les vacances scolaires »<sup>187</sup>. Dans une seconde affaire, les juges déclarent l'enfant fils de son père et de la gestatrice, qui exerceront l'autorité parentale, mais la résidence principale de l'enfant, qui a dix ans au moment du jugement, sera chez celle qu'il perçoit comme « sa véritable mère »<sup>188</sup>.

3-Enfin, le refus de transcription, qui « ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte [...] à son intérêt supérieur »<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Note HAUSER Jean sous TGI Lille, 22 mars 2007, *RTD civ.* 2007 p. 557 ; *idem* MIRKOVIC Aude, note sous CA Rennes, 21 février 2012, *D.*, 2012, p. 878 ; FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 67.

<sup>186</sup> Ce qui a pu être le cas : Cass. crim., 12 janvier 2000, *Bull. crim.* n°21, p. 45 (le couple a tenté de simuler la naissance en France de l'enfant né au Brésil notamment en faisant établir de faux certificats d'accouchement. Les juges de cassation ont rejeté le pourvoi donc validé l'arrêt d'appel qui retirait l'enfant né en 1993 à ses parents en le confiant à la DASS de Paris. Dans l'autre arrêt de la chambre criminelle (Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371, *Bull. crim.* n° 173, *Droit pénal* n°10, oct. 2004, comm. 143), la femme qui avait accouché de l'enfant en France l'a déclaré au procureur 11 ans après sa naissance, et sa filiation est alors établie (l'action publique n'est pas prescrite puisque les actes de simulation et dissimulation visés à l'art. 227-13 du c. pén. sont des « infractions clandestines par nature »).

<sup>187</sup> CA Poitiers, 19 octobre 1999, n°1999-146595

<sup>188</sup> CA Rennes, 6 janvier 2005, n°01/06089.

<sup>189</sup> [Cass. civ. 6 avril 2011, n°09-66.486](#). Dans l'autre affaire, la transcription n'est pas rectifiée mais annulée et les juges déclarent « qu'une telle annulation, [qui] ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France »

## B. UNE ATTEINTE AUX DROITS DES FEMMES ?

Nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt qui pose la question en ces termes. Il est récent et peut témoigner, dans une faible mesure, de la manière dont le problème s'est peu à peu déplacé. La Cour d'appel de Versailles ne fait pas davantage qu'avant référence aux droits des femmes, mais rejette la reconnaissance d'un jugement prononcé à l'étranger au motif que « le jugement prononcé par le tribunal fédéral de première instance du Minnesota [...] qui a pour effet de valider une telle convention, est contraire à la conception française de l'ordre public international [qui...] veille à la protection de l'ensemble de la population contre ce qui est en France considéré comme une exploitation du corps humain »<sup>190</sup>. Il n'est pas question d'indisponibilité ici mais d'éviter que le corps soit l'objet d'exploitation. La perspective nous semble très différente parce que c'est du corps en tant que tel dont il est question et non du corps en ce qu'il serait lié à une quelconque question d'état. La question du corps nous semble effectivement avoir émergée. Elle est néanmoins, dans les débats, incomplètement posée, dans la mesure où la seule question aujourd'hui soulevée est celle de la légalisation de la pratique dans laquelle la gestatrice n'aurait aucun lien génétique avec l'enfant, et tout le monde semble s'accorder sur ce point (le débat sur la légalisation ne porte plus désormais que sur *cette forme* de légalisation). Pourtant, c'est faire beaucoup de cas de la génétique et très peu du corps humain, qui n'apparaît appréhendé que dans une seule dimension (la gestation). Car on oublie alors le prélèvement d'ovocyte, acte loin d'être anodin (puisqu'il suppose une stimulation ovarienne puis une ponction ovocytaire par voie vaginale sous anesthésie locale ou générale), implique qu'une femme autre que la gestatrice (parfois la future mère, parfois non) subisse une atteinte corporelle au profit du couple. *Deux femmes* vont subir des atteintes corporelles dans cette histoire, contrairement à l'appel d'une femme tierce pour porter l'enfant (avec ses ovules). La protection de l'intégrité corporelle semblant moins investie de signification que la génétique et l'accouchement, ce problème est écarté, il n'est même pas vu. C'est donc uniquement sur le terrain de la gestation et de ce qu'elle implique pour une femme qu'émerge la question de la légitimité de le faire pour autrui. La question qui nous occupera désormais sera la suivante : une perspective féministe peut-elle s'opposer à la gestation pour autrui ? La réponse nous semble positive (2), mais elle n'est pas évidente (1).

### 1. Un droit des femmes à l'appui de la légalisation de la GPA ?

La GPA pourrait mettre à mal des représentations bien ancrées, qui nous donnent trois bonnes raisons de la légaliser.

**1-L'accès à la procréation pour les couples d'hommes.** Pour un certain nombre d'auteurs favorables à la GPA, il ne faut pas tout confondre : autoriser la GPA ce n'est pas autoriser l'accès des couples d'hommes à la procréation, ce qui relève de la « science-fic-

---

<sup>190</sup> CA Versailles, 15 octobre 2009, n°08/07539

tion »<sup>191</sup>. La distinction entre gestatrice et mère porteuse est parfois justifiée afin de n'admettre le procédé que dans un cadre hétérosexuel (la gestatrice porterait l'enfant né des gamètes du couple d'intention). Cette distinction, essentiellement promue par l'association MAIA<sup>192</sup>, vise à réinscrire la technique dans le cadre des indications médicales de l'AMP, parce que les femmes seraient atteintes de « pathologie »<sup>193</sup>. Ils prolongent ainsi la prouesse qu'a été d'inventer de nouvelles techniques au potentiel révolutionnaire certain pour les réinscrire dans un cadre sociétal hétéropatriarcal : recours à des femmes tierces pour porter, maintien de l'impossibilité d'accès pour les couples homosexuels. Autant dire qu'aucune position (ni l'interdiction complète, ni l'autorisation ouverte) n'est plus éloignée de la nôtre que celle-ci, puisque précisément, l'ouverture de la gestation pour autrui, dans un monde idéal, permettrait aux couples de même sexe masculins d'avoir des enfants et de les éduquer ensemble. Aujourd'hui, les possibilités pour un homme d'avoir un enfant sans être avec une femme sont presque totalement fermées. Un homme célibataire ne peut avoir un enfant qu'en obtenant un agrément pour l'adoption. Or ils doivent se cacher pour obtenir l'agrément ce qui les conduit, dans certains cas, à renoncer<sup>194</sup>. En outre, si les projets de coparentalité sont possibles et parfois pratiqués (deux lesbiennes font un enfant avec deux gays), les hommes renoncent régulièrement à un tel projet, pour diverses raisons à la fois liées aux difficultés d'éduquer un enfant à deux couples et en raison des stéréotypes qui compromettent la possibilité de vivre pleinement sa paternité<sup>195</sup>. Dans ce contexte, autoriser la gestation pour autrui permettrait de rendre visible le désir d'enfant d'hommes qui s'en occuperont parfaitement, ou pas, comme dans tous les couples, occuperont tous les rôles et contribuera certainement à rééquilibrer à terme l'attribution de la garde des enfants à la suite des divorces. Plus juste socialement pour eux, elle permettrait aussi de délier la petite enfance de la mère. À la justice sociale d'une telle mesure s'ajouterait par conséquent la lutte contre les stéréotypes qui lient la naissance à la

191 BANDRAC Monique, DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *D.*, 2008. chr., p. 440. Dans un tel contexte, la question de l'éventuel accès pour ces couples est *purement rhétorique* puisque le système médical sur lequel s'appuie le schéma proposé leur en ferme précisément l'accès (p. 441).

192 D'autres distinguent également les deux situations non pour les mêmes raisons : la procréation pour autrui impliquerait un lien génétique de la gestatrice à l'enfant, ce qui rend plus compliquée l'admission de la GPA car elle serait alors dans l'esprit de certains (et plus facilement dans le sien) la « vraie mère ». Légaliser la GPA, c'est-à-dire sans lien génétique entre la porteuse et l'enfant, serait alors le moyen de la protéger elle (et le couple puisque, non liée biologiquement, elle serait plus susceptible de remettre l'enfant). On peut cependant contester ce point de vue. Selon D. LOCHAK, qui a rédigé le document en ligne sur le site de la LDH (validé par la Ligue), *in* « [Questions de bioéthique \(4\). La gestation pour autrui](#) », aux États-Unis, « le fait que la mère porteuse ne soit plus la mère génétique a eu comme conséquence un abaissement du niveau socio-économique des femmes candidates, les parents d'intention étant moins regardants sur les caractéristiques génétiques des gestatrices, y compris sur la couleur de peau, et cherchant seulement une femme en bonne santé » (p. 8).

193 BANDRAC Monique *et al.*, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *op. cit.*, p. 441.

194 Parce que le discours a évolué au moment des lois de bioéthique, certains juges ont même fait de l'hétérosexualité du célibataire une condition requise pour adopter, PERREAU Bruno, *Penser l'adoption*, puf, 2012, p. 49-51 et 88-100. Le rapport Colombani le constate également : « les personnes célibataires peuvent adopter à la condition de ne pas faire état de leur homosexualité », COLOMBANI Jean Marie, *Rapport sur l'adoption*, La documentation française, 2008, p. 16. Se cacher ou avoir des rôles sociaux de sexe stéréotypés apparaît fréquemment (cela dépend des départements) comme condition de l'obtention de l'agrément, cf. PERREAU Bruno, même ouvrage ; voir également la contribution de Thomas DUMORTIER dans ce dossier ; *idem* GROSS Martine, MEHL Dominique, « Homopaternalités et gestation pour autrui », *in Enfances, familles, générations*, n°14, 2011, p. 103.

195 GROSS Martine, MEHL Dominique, « Homopaternalités et gestation pour autrui », *op. cit.*, p. 103.

maternité et au rôle des mères. La gestation pour autrui serait donc hautement désirable, pour toutes ces raisons. Si nous la refusons, nous ne pouvons qu'espérer la mise en œuvre de la belle proposition de Bruno Perreau dans *Penser l'adoption* : dans la mesure où les hommes célibataires ou homosexuels sont discriminés dans le processus d'adoption à l'international, il serait possible d'attribuer sur le territoire national par priorité les enfants adoptables à des couples gays ou à des hommes seuls<sup>196</sup>, et par priorité à l'international à des couples inféconds ou des femmes seules en raison de cette même incapacité. La solution demeure néanmoins non satisfaisante, en raison du faible nombre d'enfants adoptables<sup>197</sup>.

**2-La démythification de la maternité.** Les opposants à la GPA font de la gestation une expérience intime qui atteint les femmes « au plus profond d'elle[s]-même[s] »<sup>198</sup> dont la pratique pour autrui la dessaisirait de « sentiments communs et spontanés »<sup>199</sup> quand « la blessure de l'abandon est impossible à cicatrifier »<sup>200</sup>, et qui justifie alors de s'interroger : « peut-on, ici aussi, jouer avec cette pulsion maternelle, naturelle et merveilleuse [...] ? »<sup>201</sup>. Les gestatrices seraient traumatisées, atteintes du « syndrome du sac vide » qui se traduit par le fait qu'une part de leur propre corps manquerait à jamais comme un membre amputé<sup>202</sup>. La pratique dérange tellement que l'on voit réémerger des arguments mobilisés à d'autres époques et dans d'autres contextes (pour les prostituées ou les homosexuels notamment) qui justifient un comportement par des traumatismes psychiques antérieurs<sup>203</sup>. L'argument, critiqué<sup>204</sup>, sert presque toujours à traiter comme malades mentaux des personnes dont on n'assume pas le fait de les condamner moralement. Il s'appuie en réalité non sur ce qu'est la gestation mais sur la manière dont les femmes devraient la vivre pour avoir un comportement conforme à leur « nature de femme ».

Mais à cette idée de nature, d'« identité féminine » ou d'« instinct maternel », on peut rappeler que cela fait *quelques dizaines d'années* que les études féministes dont l'ouvrage d'E. Badinter, *L'amour en plus*, auraient pu permettre d'éviter le recours à ce type de registre argumentatif. Un instinct, par définition, est inscrit dans la nature : il suffit d'un contre-exemple pour en dévoiler le caractère construit et le transformer en sentiment (contingent).

---

<sup>196</sup> PERREAU Bruno, *Penser l'adoption*, *op. cit.*, p. 87, propose d'« offrir aux candidats discriminés sur la scène internationale à raison de leur âge, orientation sexuelle ou célibat, un accès préférentiel à l'adoption des pupilles de l'État, à condition d'apporter la preuve de cette discrimination ».

<sup>197</sup> En 2009, sur les 2268 pupilles, 816 ont été placés en vue d'une adoption, cf. les chiffres cités par PERREAU Bruno, *Penser l'adoption*, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>198</sup> Note POISSON-DROCOURT Élisabeth « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 9 décembre 2003, *D.*, 2004, jur., p. 2000.

<sup>199</sup> AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009, p. 88.

<sup>200</sup> BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René et al., *Abandon sur ordonnance...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>201</sup> Ccl. DONTENWILLE Henri, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 379.

<sup>202</sup> BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René et al., *Abandon sur ordonnance...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>203</sup> « Les rares informations connues révèlent que les candidates à la maternité de substitution ont des motivations qui suscitent des doutes sur le bien-fondé de leur geste (femmes abandonnées dans leur enfance par leur mère, façon de racheter des avortements ou des abandons préalables, besoins financiers chez une femme en difficulté » ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 92 ; BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 109

<sup>204</sup> M. Gobert prend de la distance tout au long contre cette logique psychologisante, GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources... », *op. cit.*, p. 505.

L'auteur il y a plus de 30 ans retraçait l'histoire de cette idée d'instinct maternel, idée produite dans un certain contexte après des siècles de désintérêt total des femmes pour leur progéniture. Indifférence qui peut se traduire par l'abandon ou l'infanticide, lequel peut certes découler des conditions socio-économiques des mères privilégiant leur volonté de survivre. Mais indifférence encore lorsque rien d'autre, dans les classes aisées, que l'absence d'amour ne peut expliquer le désintérêt pour leur progéniture dont elles se débarrassent par diverses voies : mise en nourrice du bébé, puis gouvernante et précepteur pour l'enfant, puis pension pour l'adolescent, puis mariage ou couvent pour l'adulte garantissant un éloignement constant des enfants pour une vie à leurs yeux infiniment plus satisfaisante<sup>205</sup>. Quand aujourd'hui, au temps de « l'instinct maternel », des femmes regrettent tout simplement d'avoir eu des enfants<sup>206</sup>. On peut rappeler à cet égard qu'à l'image de la maternité heureuse ou de la réalisation de soi en ayant des enfants pourrait s'ajouter l'image de la maternité catastrophe qui génère non seulement le blues post-partum mais des dépressions graves qui longtemps ont été appelées « dépression[s] souriante[s] » à cause de « préjugés culturels faisant de la naissance un événement assurément heureux »<sup>207</sup>. Critiquer l'idée de nature et une représentation essentialiste de la maternité, idées « éminemment normatives (et invérifiables) sur ce que doi[ven]t être la grossesse pour une femme »<sup>208</sup>, pour rappeler qu'avoir des enfants est vécu par certaines comme *une excellente raison de vivre* mais par d'autres comme *la raison essentielle d'une vie gâchée* est assez séduisant pour que l'on puisse vouloir voir apparaître des femmes qui portent un enfant parce qu'elles aiment être enceintes, mais sans attachement pour lui, et d'autant plus épanouies qu'elles n'auront pas à le garder.

L'autorisation de la GPA pourrait tendre à démystifier la maternité et tendre à rendre réellement alternatif le projet serein d'une vie infiniment épanouie sans enfant (aujourd'hui pratiquement inaudible).

Mais si l'on peut espérer que la GPA démystifie la maternité, il faut en préciser le sens. D'une part parce que les pensées essentialistes ne sont pas absentes de la volonté de la légitimer. On peut ainsi lire que « si la stérilité est difficile à vivre pour l'homme, pour la femme c'est en effet un drame ! La vie perd alors pour elle toute signification »<sup>209</sup>. D'autre part, même au nom de cette démystification, le sens du terme chez certains auteurs laisse coi. C'est également en son nom, par la reconnaissance d'une pluralité de mères<sup>210</sup>, qu'Antoinette Fouque souhaite sa

---

<sup>205</sup> BADINTER Élisabeth, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Flammarion, 1980. L'auteur suggère ainsi que « ce n'est pas parce que les enfants mourraient comme des mouches que les mères s'intéressaient peu à eux. Mais c'est en grande partie parce qu'elles ne s'intéressaient pas à eux qu'ils mourraient en grand nombre », p. 75. Voir surtout, p. 13-136 (avant l'invention de l'amour maternel).

<sup>206</sup> Élisabeth BADINTER cite ainsi une chroniqueuse du *Chicago Sun Times* qui demanda aux lecteurs s'ils referaient le choix de la parentalité *a posteriori*. Les réponses négatives étaient majoritaires, *Le conflit. La femme et la mère*, Paris, Flammarion, 2010, p. 27-28. Ce constat n'a aucune valeur scientifique mais a le mérite de suggérer qu'une telle étude pourrait être faite.

<sup>207</sup> DAYAN J., « Troubles psychiques de la grossesse et du post-partum », in MARPEAU Loïc (coord.), *Traité d'obstétrique*, Paris, Masson Elsevier, 2010, p. 345-346.

<sup>208</sup> HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « La gestation pour autrui : comment penser une « bioéthique » de gauche », in *80 propositions qui ne coûtent pas 80 milliards*, Paris, Grasset, 2012, p. 203.

<sup>209</sup> GELLER Sacha, « Prêts d'utérus : le plaidoyer du Dr Geller », *Le Quotidien du médecin*, n°3056, 15 novembre 1983, p. 34.

<sup>210</sup> FOUQUE Antoinette, « La gestation pour autrui, paradigme du don », in *Génésique. Féminologie III*, Paris, Des femmes, 2012, p. 29, 31, 46, puisque « la mère » se diversifie libérant les femmes.

légalisation et la valorisation de la fonction génésique des femmes. La gestation renforçant l'identité des femmes, qui ne seront pas nécessairement mères mais qui sont des « femmes porteuses »<sup>211</sup> incarne « le paradigme du « penser le prochain », paradigme de l'éthique et de la démocratie »<sup>212</sup>, l'utérus étant « une terre et un monde, terreau de la civilisation, de la culture »<sup>213</sup>. Il faut donc valoriser cette compétence différentielle dont la reconnaissance amènera un monde nouveau quand « nombre de femmes contemporaines affirment que leur vie de famille ne passe pas après leur carrière. C'est une métamorphose du matriciel, une affirmation. Voilà la seule alternative à la guerre »<sup>214</sup>. Il est ici difficile de comprendre comment une telle rhétorique peut démystifier la maternité, mais on comprend en revanche que la GPA est ici légitimée sur la base de présupposés et à des fins très éloignées des justifications antérieures.

### **3-L'égalité garantie par la fiction. La « refictionnalisation » du droit de la filiation.**

Marcela Iacub retraçant l'histoire de l'article 322 du Code civil a bien démontré un aspect non perçu ou oublié de la réforme de 1972 : le passage d'une filiation inattaquable garantie par l'institution du mariage (les rapports de filiation naissent de l'institution matrimoniale et non de l'union des corps)<sup>215</sup> à une filiation inattaquable garantie par le ventre maternel<sup>216</sup>. La mère n'était pas la mère parce qu'elle avait accouché mais parce que l'acte de naissance (établi sur simple déclaration, sans certificat médical) de l'enfant d'une femme mariée était conforme à sa possession d'état. Ces deux éléments rendaient toute contestation de la filiation inopérante sur le plan civil, car elle se voyait opposer une fin de non-recevoir même si une femme n'avait pas d'utérus, même s'il était avéré que l'enfant avait été acheté<sup>217</sup> quand l'action du ministère public au pénal pour supposition d'enfant était conditionnée par une question préjudicielle, faisant ainsi dépendre l'action criminelle d'un jugement définitif sur la question de l'état civil (celle-ci ne pouvant aboutir)<sup>218</sup>. Instituer la filiation non par le mariage (qui exclut les couples non mariés de la reconnaissance, qui hiérarchise les enfants), non par l'institutionnalisation du ventre (qui exclut les personnes ou couples dont aucun ne peut porter un enfant), mais par la volonté, condition de l'égalité quelles que soient ses capacités phy-

---

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 17. Ce qui est difficilement compatible avec l'émergence d'un « parent de plus » dans la GPA (p. 33). De même on voit difficilement où apparaît le « dialogue entre femmes » (p. 33) lorsque la pratique est ouverte aux couples homosexuels masculins (p. 30).

<sup>212</sup> FOUQUE Antoinette, *Il y a deux sexes*, Gallimard Le débat, 2004, p. 78 ; FOUQUE Antoinette, « La gestation pour autrui, paradigme du don », *op. cit.*, p. 24 ; *idem* « Une éthique du vivant », même ouvrage, p. 44, p. 54.

<sup>213</sup> FOUQUE Antoinette, « La gestation pour autrui, paradigme du don », *op. cit.*, p. 35.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>215</sup> IACUB Marcela, *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 18-20, p. 168. Par conséquent, l'accouchement n'implique pas la filiation (puisque une femme mariée accouchant d'un enfant désavoué par son mari se voyait empêchée d'établir le lien de filiation, p. 33, p. 41, parce qu'une femme célibataire accouchant n'a pas à en assumer les conséquences en matière de filiation), la filiation est incontestée même si l'absence d'accouchement est démontré (p. 53, p. 69, etc.).

<sup>216</sup> À la suite, parmi d'autres mouvements de fond, de la réinterprétation de la notion de possession d'état dans le cadre d'une filiation légitime (affaire Godeville-Blanchet) et de la réforme de l'article 322 par la loi de 1972, cf. IACUB Marcela, *L'empire du ventre...*, *op. cit.*, p. 136-143). Selon l'auteur, « c'est précisément la suppression de cette fin de non-recevoir, de la possibilité pour une femme mariée d'être la mère d'un enfant dont elle n'a pas accouché, qui explique l'ensemble de la révolution familiale opérée en 1972 » (p. 152).

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 67-73.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 75-101.

siques, nous semble un troisième argument en faveur de la légalisation. C'est déjà au nom de l'égalité entre paternité de substitution et maternité de substitution que H. Caillavet était favorable à sa reconnaissance<sup>219</sup>.

Mais il existe à l'inverse des raisons justifiant des réserves quant à la reconnaissance de la pratique.

## 2. Un droit des femmes contre la reconnaissance de la pratique

La gestation pour autrui pose néanmoins des difficultés qui nous paraissent aujourd'hui l'emporter, pour deux raisons essentielles. Mais il faut d'abord interroger l'argument le plus régulièrement avancé.

**1-L'argument de l'exploitation économique des femmes ne permet pas totalement de l'interdire, mais l'alternative ne semble pas plus viable.** L'argument vaut, bien sûr, et il est régulièrement rappelé. Le risque d'instrumentalisation du corps d'autrui, sans égard pour lui, est réel (il suffit de le signaler sans recourir aux formules qui marquent l'esprit et dont la surenchère est manifeste : « four à pain »<sup>220</sup>, « ventre incubateur »<sup>221</sup>, « charter »<sup>222</sup>, « sac »<sup>223</sup>, « coffre à louer »<sup>224</sup>, « médicament »<sup>225</sup>). Mais cet argument justifie moins l'interdiction totale qu'un strict encadrement. La transplantation d'organes entre vifs nous semble impliquer une atteinte à l'intégrité corporelle d'une violence sans commune mesure<sup>226</sup> et, pour éviter les trafics, nous avons, en droit interne, inventé un cadre pour les autoriser. Les risques liés à la grossesse sont réels - décès, complications, risques de santé physiques et psy-

---

<sup>219</sup> Note de Henri CAILLAVET, annexée à [l'avis n°67 du CCNE](#), p. 23.

<sup>220</sup> AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, 2009, p. 8, p. 97.

<sup>221</sup> Ccl. DONTENWILLE Henri, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 379 ; *idem* ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, *op. cit.*, p. 95 (« incubateur humain ») ; MATTEI Jean-François, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, HENRION Roger, JOUANNET Pierre, BERGOIGNAN-ESPER Claudine, *La gestation pour autrui*, Académie nationale de médecine, Lavoisier, 2011, p. 72 ; SERIAUX Alain, « Maternités pour autrui : la mainlevée de l'interdit? », *D.*, 2009, chr., p. 1219.

<sup>222</sup> FRYDMAN René, « Contre la gestation pour autrui », in *Naissance et liberté...*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>223</sup> BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René et al., *Abandon sur ordonnance...*, *op. cit.*, p. 50 d'où le fait qu'après l'accouchement elle soit « touchée par le syndrome du sac vide » (p. 66) ; AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 93 ; AGACINSKI Sylviane, intervention publiée dans VEIL Simone, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, La documentation française, 2009, p. 117.

<sup>224</sup> SOUVET Louis, dans SENAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, *op. cit.*, p. 116

<sup>225</sup> HERMANGE Marie-Thérèse, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al., *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>226</sup> Certains auteurs tentent de justifier le parallèle pour des raisons médicales (le don d'organe sauve une vie, la possibilité de la GPA sauve une « capacité de survie dans la progéniture » (*sic*), BANDRAC Monique et al., « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *op. cit.*, p. 441. *Idem* PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, Rapport de Terra Nova, *Accès à la parenté, Assistance médicale à la procréation et adoption*, p. 73. Chacun comprend pourtant qu'il n'y a aucune nécessité médicale ici. Les personnes qui ne veulent pas d'enfant iront très bien toute leur vie, vie qui par contre sera compromise s'ils font un jour partie d'une liste d'attente en matière d'organes. Le Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine y répond (dans un paragraphe mal formulé) que précisément en dehors de toute nécessité médicale il n'y a aucune raison de prendre un risque au bénéfice exclusif d'autrui, Délibération n°2009-CO-38 du 18 septembre 2009, p. 8 ; *idem* CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS, Rapport adopté le 4 février 2010, p. 4.

chiques de tous ordres<sup>227</sup>. Mais ils demeurent sans commune mesure avec une transplantation hépatique. Certaines voix prenant le modèle du don d'organe entre vifs proposent alors de l'autoriser en droit français, dans un cadre intrafamilial, sous contrôle du juge<sup>228</sup>, et on pourrait alors pénaliser très lourdement les couples qui recourent à une GPA à l'étranger. Encore faut-il le faire réellement : si un tel cadre a pour finalité de lutter contre l'exploitation économique, notamment contre les pratiques se déroulant par exemple en Inde et en Ukraine, il faut en déduire les conséquences logiques impliquant les foudres du droit pour qui s'échapperait du cadre. Or fixer un cadre rigoureux, type famille, implique d'exclure celles et ceux qui n'y rentreront pas<sup>229</sup>, donc de pousser les personnes à l'étranger qui en revenant avec des enfants compromettront l'existence du cadre national. L'exemple du Royaume-Uni peut en attester<sup>230</sup>. Néanmoins sur un plan théorique, l'existence de la pratique dans un tel cadre suffit à montrer que le risque d'exploitation économique n'emporte pas l'interdiction d'une pratique. Mais encore faut-il l'admettre dans un cadre familial. Deux arguments sont invoqués pour le refuser. D'une part, le cadre familial, sauf à avoir une vision complètement irénique de la famille, n'est pas non plus dépourvu de pressions. Le Conseil d'État suggère à cet égard que ces pressions « ne seraient pas, pour les femmes concernées, moins aliénantes que des pres-

---

<sup>227</sup> Concernant les conséquences physiques, il y a encore des décès (très rares) mais, bien plus fréquents, des problèmes comme des hémorragies, hypertension, embolies amniotiques, infections, complications obstétricales, etc., INSERM-INVS, *Rapport du comité national d'expert sur la mortalité maternelle*, Paris, déc. 2006, p. 18-19. Concernant les conséquences psychiques, on pourra mentionner les troubles émotionnels fugaces (50% des femmes), mais également les psychoses puerpérales, les troubles anxieux ou les dépressions post-partum majeures (4% des cas), MARPEAU Loïc (coord.), *Traité d'obstétrique*, Paris, Masson Elsevier, 2010, p. 345-346 ; voir aussi BYDŁOWSKI Monique, « Problèmes éthiques soulevés par la Gestation Pour Autrui », in *Les Cahiers du CCNE*, n°63-64, 2010, p. 43. Dans le cadre de la GPA, il semble que les complications ne soient pas les mêmes : elles sont dues aux grossesses multiples, fréquentes, mais on constaterait une absence de dépression post-partum, cf. ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, HENRION ROGER et BERGOIGNAN-ESPER Claudine, « La gestation pour autrui », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2009, 193, n°3, p. 589.

<sup>228</sup> C'est ce que proposait Henri CAILLAVET, « à titre exceptionnel une dérogation pourrait être donnée dans la mesure où le consentement serait donné en présence d'un magistrat ou d'un comité d'experts qui éviterait une éventuelle pression psychologique », note annexée à [l'avis n°67 du CCNE, p. 23](#). Idem DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, in *Accès à la parenté, op. cit.*, p. 80 (première option sur les deux proposées) et dans « La gestation pour autrui peut-elle devenir une indication de l'assistance médicale à la procréation ? » in *Les Cahiers du CCNE*, n°63-64, 2010, p. 52 ; BARBIER Gilbert, dans SENAT, *Contribution à la réflexion...*, op. cit., p. 83 ; C'est aussi dans un cadre intrafamilial que certains médecins l'envisagent, SALLE Bernard, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 83.

<sup>229</sup> « Cet argument consistant à vouloir lutter contre le tourisme procréatif est inopérant. Compte tenu des critères de sélection des couples, des conditions requises [...] il y aura infiniment moins d'élus que de candidats. Les couples déçus, désormais porteurs d'une double injustice à leurs yeux, stérilité et refus de la GPA, continueront de grossir les carnets des intermédiaires peu scrupuleux », MATTEI Jean-François, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al., *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 73 ; idem HERMANGE Marie-Thérèse, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al., *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 80 ; MIRKOVIC Aude, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *RLDC*, nov. 2010, n°76, p. 74.

<sup>230</sup> L'appel à une femme ukrainienne rémunérée aurait du conduire à l'absence de reconnaissance du lien de filiation, qui l'a pourtant été « dans l'intérêt de l'enfant », cf. STEINER Eva, « La Gestation pour Autrui en Droit Anglais : entre Permission et Prohibition », in MONEGER Françoise (dir.), *La Gestation pour Autrui - Surrogate Motherhood*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011, p. 45-46. En France, le Sénat tire les conséquences logiques selon la logique telle qu'elle est organisée en France, c'est-à-dire refuserait, parce qu'un cadre interne serait créé, la reconnaissance du lien de filiation pour les personnes qui partent à l'étranger, SENAT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, op. cit.*, p. 7.



sions d'ordre financier »<sup>231</sup>. Cela nous semble possible, néanmoins dénoncer l'impertinence du cadre familial pour protéger les individus devrait *a fortiori* valoir alors pour les organes. D'autre part, le cadre familial aurait une spécificité en matière de gestation pour autrui parce qu'elle impliquerait une relation incestueuse<sup>232</sup>. Il est néanmoins difficile d'en convenir : il n'y a, dans la GPA, rien de sexuel, puisqu'il y a insémination ou FIV. C'est la raison pour laquelle une femme qui se fait inséminer par le sperme d'un tiers n'est pas non plus adultère contrairement à ce qu'ont pu soutenir, aux débuts de l'insémination, l'Église, quelques juristes<sup>233</sup> -un professeur ayant à cette occasion pu inventer une forme de « rapport homosexuel solitaire »<sup>234</sup>- ou encore un projet de résolution de la Communauté européenne<sup>235</sup>. Ce cadre pourrait donc valoir, par analogie, puisque l'on comprend mal en quoi la famille des donneurs d'organes serait moins susceptible de pressions que celle des personnes stériles. Il serait alors possible de l'encadrer ainsi, puisqu'on le fait déjà.

À cela néanmoins on pourrait répondre que, du point des libertés publiques, cela pose un problème manifeste : c'est faire dépendre l'exercice d'un droit (l'accès à la procréation) de la situation familiale de la personne ou d'un lien affectif « étroit et stable » (depuis 2011). Mais là encore, pourra-t-on répondre, cela est déjà le cas en matière de transplantation. Toutefois ici la réponse ne tient pas : s'il est moralement justifié de transformer les membres de sa famille vivants en ressource d'organes potentiels (ce qui n'a rien d'évident), c'est dans la seule mesure où le don entre vifs répond à un besoin qui diminue le nombre de patient et donc les délais sur la liste d'attente, qui elle répartit équitablement les organes<sup>236</sup>. Un individu sans famille jouit donc du fait qu'un autre malade bénéficie d'un don au sein de la sienne. En revanche dans notre cas, aucune liste d'attente ne pourra se voir satisfaite : les personnes ont une famille et des proches ou n'en ont pas, et cela conditionne l'exercice de leurs droits.

**2-L'argument libéral (1<sup>er</sup> volet): l'égal traitement des hommes et des femmes.** Dans une société libérale, les rôles et les places ne sont pas déterminés par un critère de naissance. Aujourd'hui seules les femmes portent des enfants. La question de la gestation pour autrui n'est donc pas celle de la prostitution. Le problème est donc le suivant : puisque seules les femmes portent des enfants, ce n'est pas acceptable, mais comme seules les femmes portent des enfants, c'est la seule solution. Il nous semble néanmoins que ce dernier motif ne fonde

---

<sup>231</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, p. 63.

<sup>232</sup> AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>233</sup> SAVATIER René, « L'insémination artificielle devant le droit positif français », in *Cahiers Laennec*, 1946, p. 16 ; DOMAGES Roger, *Le corps humain dans le commerce juridique*, Thèse Droit Paris, dactyl, 1956, p. 106 ; SERIAUX Alain « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.*, 1985, chr., p. 54, 56, 59 ; BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 47. Les auteurs eux-mêmes n'échappent pas à cette qualification : « sorte d'adultère biologique », p. 151-152 ; *Contra* : nombre d'auteurs rappellent pourtant assez tôt qu'il n'y a pas d'adultère sans relation sexuelle : VOUIN Robert, *Précis de droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1968, p. 297, p. 307

<sup>234</sup> Alain SERIAUX explique qu'un mari qui a des relations sexuelles avec son épouse qui a bénéficié d'un don d'ovule a des relations sexuelles avec deux femmes, « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? » *D.*, 1985, chr., p. 59. Donc en vertu de cette logique, la femme qui a bénéficié de l'ovule a des rapports lesbiens continus avec l'autre, mais toute seule, pendant 9 mois.

<sup>235</sup> Justifiant par les « risques d'inceste » les « limites à l'utilisation du sperme », Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989: Fécondation artificielle *in vivo* et *in vitro*, JO, C96, 17-04-1989, p. 173, §10.

<sup>236</sup> GATEAU Valérie, *Pour une philosophie du don d'organes*, Paris, Vrin, 2009, p. 82, p. 167.

pas la légitimité de la GPA, d'une part parce qu'il pourrait exister des alternatives, d'autre part parce qu'en l'absence d'alternative l'argument n'est pas suffisant.

Il pourrait exister des alternatives donc, qui ne sont pas actuellement viables mais qui pourraient l'être, il reste alors à savoir si l'on souhaite ou non qu'elles se réalisent.

*La gestation masculine, d'abord.* Afin de répondre à l'impossibilité de procréer de femmes sans utérus, des expérimentations sont réalisées depuis plus de 10 ans en matière des greffes d'utérus. Le 18 septembre dernier, la presse a annoncé la première greffe d'utérus en Suède, d'une mère à sa fille (donc entre vifs)<sup>237</sup>, rapidement suivie par un article annonçant l'avancée des recherches en France avec un premier prélèvement d'utérus sur cadavre en octobre et un second en novembre<sup>238</sup>. Selon certains médecins, ces expérimentations sont justifiées dans l'espoir de pallier les « défaillances de la nature »<sup>239</sup>. Il nous semble néanmoins que la nature n'est pas défaillante : à l'état naturel, il y a des personnes déclarées femmes qui ont un utérus (plus nombreuses) et d'autres qui n'ont pas d'utérus<sup>240</sup>, comme il y a des personnes déclarées hommes qui ont un utérus (les XY sans hormones anti-mullériennes) et des hommes qui n'en ont pas (plus nombreux). Cela n'est pas un problème de santé tant que les femmes sans utérus en couple hétérosexuel ne veulent pas d'enfant (elles pourront ne pas s'en apercevoir). Les femmes qui veulent des enfants, en couple homosexuel, dans le cadre actuel, n'auront pas davantage de problème de santé puisque leur compagne pourra le plus souvent porter l'enfant. De leur côté, les couples d'hommes, dont aucun, généralement, n'aura d'utérus, se trouveront dans la même situation que les femmes sans utérus en couple hétérosexuel, dès lors comme eux qu'ils voudront des enfants. La stérilité étant toujours celle d'un couple, seul, personne n'est malade (aucune intervention médicale ne se trouve justifiée)<sup>241</sup>. Si l'on écarte les discours idéologiques qui présupposent des figures idéaltypiques<sup>242</sup> de « l'homme » et de « la femme » (dans lesquelles les chromosomes correspondent aux gonades qui elles-mêmes correspondent aux taux « normal » de chaque hormone dite sexuelle et au organes génitaux externes, l'ensemble impliquant des capacités procréatives conformes à la totalité des cri-

---

<sup>237</sup> « [Suède : première greffe d'utérus de mère à fille](#) », *Libération*, 18 septembre 2012.

<sup>238</sup> Au CHU de Limoges, les greffes n'ayant pas été réalisées, cf. « [Greffes : un espoir pour les femmes sans utérus](#) », *Libération*, 17 décembre 2012. Il semble fort heureusement que les prélèvements sur vivants soient impensables en France, même article, et *idem* CHAPUIS Yves, « La transplantation d'utérus », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 145.

<sup>239</sup> BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René, SZEJER Myriam, WINTER Jean-Pierre, *Abandon sur ordonnance. Manifeste contre la légalisation des mères porteuses*, Bayard, Montrouge, 2010, p. 13.

<sup>240</sup> Les femmes qui ont une insensibilité complète aux androgènes (qui sont donc XY et ont des testicules, lesquels par l'hormone anti-mullérienne font régresser les canaux de Muller, donc n'ont pas d'utérus), ou les femmes qui ont le syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser (MRKH). Sur ce second syndrome, ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE, HENRION ROGER et BERGOIGNAN-ESPER Claudine, « La gestation pour autrui », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2009, 193, n°3, p. 592.

<sup>241</sup> Comme l'a souligné Dominique THOUVENIN : « La femme ne souffrant d'aucune stérilité, mais son mari ou son compagnon étant stérile, les médecins, pour pouvoir pratiquer cette insémination, ont dû penser la question en termes de couple stérile, car comment prétendre soigner quelqu'un qui n'est pas malade », « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD. civ.*, 1994, p. 726.

<sup>242</sup> Ou « Platonic Ideal », pour reprendre les termes de BLACKLESS M., CHARUVA STRA A., DERRYCK A., FAUSTO-STERLING A., LAUZANNE K., LEE E. « How Sexually Dimorphic Are We ? Review and Synthesis », *American Journal of Human Biology*, 2000, 12, p. 161. Ou encore le « système des deux sexes », FAUSTO-STERLING Anne, *Sexing the Body*, Basic Books, 2000, p. 9, 31, 78, etc.

tères), il n'y a pas de nature défaillante, mais des variations, infinies, et un problème, lorsqu'il se pose dans un couple, qui est l'incapacité de procréer. Affirmer le contraire, c'est-à-dire non pas l'infinie diversité des corps, mais l'existence de deux sexes tels que nous les avons décrits, revient non pas à constater un fait, mais à projeter une intention dans la nature. Celle-ci qui présuppose l'idée exprimée entre autres par Domat au XVII<sup>e</sup> siècle : si Dieu a fait la différence des sexes, c'est bien pour qu'ils s'unissent, sans quoi il nous aurait tous créés comme Adam<sup>243</sup>. Dans ce cadre, penser comme « thérapeutique » la transplantation d'utérus uniquement pour les femmes qui en seraient dépourvues s'inscrit dans une démarche qui fabrique des femmes avec un utérus fonctionnel pour les conformer à une nature finalisée qui fonde la différence des sexes sur l'aptitude à la procréation (pour faire donc passer pour naturel le fait de greffer un utérus à un corps qui en est dépourvu). Ce n'est, si l'on rejette cette idéologie, pas sur le fondement d'une « défaillance de la nature » que l'on peut légitimer la transplantation d'utérus, mais sur la base du constat d'une impossibilité de procréer et des actes que l'on peut ou non admettre pour y pallier.

Il nous semble que, sur le plan des principes (l'absence d'utérus pouvant trouver un palliatif également dans la gestation pour autrui ou l'adoption), rien ne justifie une atteinte à l'intégrité corporelle telle que la transplantation pour des raisons non vitales et que par conséquent le ministère public devrait poursuivre les médecins sur le plan pénal, ce qui est l'évidence même s'il venait à l'esprit de médecins, comme en Suède, de réaliser une transplantation sur donneur entre vifs (hypothèse qui semble fort heureusement écartée en France)<sup>244</sup>. La technique nous semble devoir être rejetée donc (les médecins devant soigner des personnes, non mutiler des corps en bonne santé, même pour répondre à un problème réel). Si elle était néanmoins admise (via des prélèvements *post-mortem*), rien ne justifierait d'écarter les hommes en couple homosexuel du bénéfice de la technique, si certains le souhaitent, puisque l'on ne voit pas pourquoi certains corps sans utérus devraient ou pourraient se faire greffer un tel organe alors que d'autres n'y auraient pas accès<sup>245</sup>. Le CCNE estime que la recherche pour permettre des gestations masculines n'a pas de justification éthique et la déconseille<sup>246</sup>. Il nous semble

243 « L'engagement que fait le mariage entre le mari et la femme, et celui que fait la naissance entre eux et leurs enfants, forment une société particulière dans chaque famille, où Dieu lie ces personnes plus étroitement, pour les engager à un usage continuel des divers devoirs de l'amour mutuel. *C'est dans ce dessein qu'il n'a pas créé tous les hommes comme le premier, mais qu'il a voulu les faire naître de leur union qu'il a formé entre les deux sexes dans le mariage* », DOMAT Jean, *Traité des lois* [édition de Joseph Rémy de 1828], reproduite par les Presses de Caen, 2002, Chap 3, §1, p. 8 (nous soulignons). Il n'est en ce sens pas très étonnant que les auteurs se revendiquant du « droit naturel » et de Thomas d'Aquin (note 24) quand ce n'est pas la Bible (note 51) ou Pie XII (note 56) qualifient de « motif thérapeutique » le fait d'« assurer la fécondité de ce couple », SERIAUX Alain « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? » *D.*, 1985, chr., p. 55.

244 « [Greffes : un espoir pour les femmes sans utérus](#) », *Libération*, 17 décembre 2012 ; CHAPUIS Yves, « La transplantation d'utérus », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 145.

245 Il existe des hommes qui souhaitent, comme les femmes sans utérus, porter un enfant, cf. le propos de l'un d'entre eux dans GROSS Martine, MEHL Dominique, « Homopaternalité et gestation pour autrui », in *Enfances, familles, générations*, n°14, 2011, p. 100. Certains auteurs ont envisagé cette hypothèse, non de la transplantation mais de la gestation extra-utérine (ce qui n'est pas la même chose) hypothèse généralement promptement écartée, soit parce que « les savants objectent pourtant qu'en l'état actuel de la science, la grossesse masculine se heurte à d'insurmontables obstacles », TERRE François, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, p. 64 ; soit parce que les hommes ne seraient ni intéressés ni prêts pour être enceints, TONG Rosemarie, « Feminist Bioethics: Toward Developing a "Feminist" Answer to the Surrogate Motherhood Question », *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol 6, n°1, March 1996, p. 50.

246 « Le Comité recommande également l'interdiction de toutes recherches ayant pour objet la transplantation

qu'elle a exactement les mêmes justifications éthiques que les gestations envisagées pour les personnes sans utérus déclarées femmes à l'état civil, car entre deux corps sans utérus confrontés à un problème identique, rien ne justifie juridiquement une discrimination entre les hommes et les femmes.

Retraduire politiquement l'acte par lequel la transplantation d'utérus est envisagée dans l'ouvrage de Frydman *et alii* conduit à la contester sur deux fondements : une atteinte à l'intégrité répondant à un problème mais qui n'a pas de justification thérapeutique et une rupture d'égalité entre hommes et femmes dans l'accès aux techniques.

*Les gestations extra-corporelles ensuite.* Si la protection de l'intégrité corporelle des femmes était la priorité, comme l'égalité entre les sexes, l'ectogenèse serait présentée comme une alternative viable à la gestation pour autrui (et il faudrait alors impérativement la rendre possible). Cette technique a été présentée par H. Atlan en 2005 comme un « *problème de tuyauterie très compliqué* »<sup>247</sup> mais réalisable dans la mesure où les difficultés certaines n'ont « rien de fondamental ». Le recours à cette technique serait donc, comme le reconnaît un récent rapport parlementaire, un moyen par lequel le « *risque d'exploitation des femmes les plus vulnérables serait de fait écarté* »<sup>248</sup>, mais J.-F. Mattéi immédiatement cité par la suite estime que cela reviendrait à déshumaniser la maternité<sup>249</sup>. De son côté le CCNE « considère que n'ont aucun fondement scientifique, aujourd'hui, les recherches dont la finalité serait la réalisation d'une gestation complète in vitro (ectogenèse) »<sup>250</sup>. Cette position, partagée par certaines féministes essentialistes<sup>251</sup>, ne semble pas davantage avoir la faveur de la doctrine<sup>252</sup>, quand certains parlementaires jugent la pratique « vertigineuse » et invitent à « *maintenir des gardes*

---

d'embryons entre l'homme et l'animal ainsi que celles concernant la gestation masculine », [avis n°8 du 15 décembre 1986](#), p. 12. Le rapport explique cette position : « Il n'y a pas lieu d'insister longuement sur la justification éthique de l'interdiction de recherches ou prétendues recherches, sans intérêt thérapeutique, susceptibles en revanche d'ébranler profondément les esprits quant aux structures fondamentales de l'anthropologie et de l'identité du sujet, que sont la gestation maternelle, la distinction de l'homme et de l'animal, l'altérité des sexes, dont la transgression fut-ce au stade de la recherche, confine à la déraison, alors que tant d'autres maux véritables appellent des recherches plus utiles » (p. 39). Cette prise de position est celle qui est également énoncée par BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>247</sup> ATLAN Henri, *L'Utérus artificiel*, Paris, Seuil, 2005, p. 37. Pierre JOUANNET a récemment souligné que « Ce n'est pas tant l'utérus artificiel qui pose problème que la mise au point d'un placenta artificiel », « Quelle procréation pour demain ? », *Pour la science*, décembre 2012, p. 72.

<sup>248</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, LEONETTI Jean (Président), CLAEYS Alain (Rapporteur), [Rapport d'information n°2235 au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique](#), 20 janvier 2010, p. 171.

<sup>249</sup> Le même argument a été récemment avancé par Marie-George Buffet, plaçant l'utérus artificiel du côté des dérives contraires à l'humain dans la procréation, avec la GPA et le clonage, plutôt que d'y voir une alternative à la GPA, cf. 1<sup>er</sup> séance du 5 février 2013, [JOAN du 6 février 2013](#), p. 1215.

<sup>250</sup> [Avis n°8](#) précité, p. 12. On pourra répondre que l'utérus artificiel n'est pas désirable parce qu'il remet en cause la frontière entre les personnes et les choses. Mais il est possible d'y opposer que l'embryon occupe déjà cet entre-deux quant à l'inverse les auteurs plus favorables à la GPA qu'à l'embryon artificiel, d'une part ont peu d'égard pour l'intégrité corporelle des femmes (qui ont à supporter une grossesse), d'autre part lorsqu'ils souhaitent autoriser la circulation contractuelle d'enfants, ne semblent pas prendre la mesure de ce qu'ils admettent de traiter des enfants précisément comme des choses (par cession, vente, etc.).

<sup>251</sup> FOUQUE Antoinette, « La gestation pour autrui, paradigme du don », *op. cit.*, p. 23.

<sup>252</sup> HAUSER Jean « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in MUZNY Petr, *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, 2010, p. 92 ; M. Fabre-Magnan ne semble pas avoir compris que le but n'est pas de transformer les femmes en machines mais de l'éviter, *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 85.

*fous éthiques* »<sup>253</sup>. Ils ont pu encore écarter cette possibilité ne l'envisageant qu'à travers un renversement complet (elle deviendrait la norme) pour éviter de poser la question de son encadrement justifié par une impossibilité de procréer<sup>254</sup>. Il serait pourtant possible de l'envisager dans ce cas<sup>255</sup>, ce qui constituerait une alternative à la GPA. Aujourd'hui la technique n'est pas au point. Néanmoins, les réticences à la faire évoluer conditionnent évidemment l'avancée des recherches.

Il semble ainsi que si actuellement seules les femmes peuvent porter des enfants, c'est encore parce qu'il n'existe pas d'alternative viable, mais que demain seules les femmes continueront à le faire, parce que presque tous estiment que les femmes *doivent* être les seules à en porter (en rejetant les alternatives présentées). Plutôt qu'une évidence naturelle, il semble plus juste de constater que des choix politiques sont déjà opérés, à travers la manière dont des questions qui ne sont pas encore pratiquement posées sont déjà théoriquement appréhendées.

En second lieu, cette nouvelle possibilité, régulièrement présentée comme un « [droit de disposer de son corps](#) » pour les femmes, pose une sérieuse difficulté. Une femme pourrait se voir demander ou se demander, *parce que c'est une femme et pour cette seule raison*, de porter l'enfant de quelqu'un d'autre. Il faut ici distinguer deux cas.

Dans le premier, le modèle d'encadrement tel que celui du don d'organes entre vifs, les femmes se voient poser la question. Nombre de femmes pourraient ainsi se voir sollicitées, pour un service qui est loin d'être neutre. Ce modèle nous semble devoir être rejeté car outre l'inégalité d'accès (problème du modèle familial exposé ci-dessus), il autorise d'interroger des personnes qui n'ont rien demandé, ce qu'elles n'ont pas à supporter, ainsi que d'éventuelles pressions intrafamiliales que les femmes et elles seules seraient susceptibles de subir.

Dans le second, il n'est pas possible de demander à ses proches ou ses amis, puisque le modèle serait ouvert : on ne demande pas à quelqu'un mais on trouve une personne qui a déclaré vouloir le faire. On quitte alors le modèle promu pour faire échapper la pratique au marché. Toute femme ne pourrait en aucun cas se voir poser la question, mais toute femme ayant un utérus devient tout de même susceptible de se la poser. La question dès lors n'est pas tant de savoir pourquoi une femme le ferait pour des inconnus (nous ne doutons pas de l'existence de comportements généreux), mais s'il est possible ou souhaitable d'échapper à la rémunération dans ce contexte. Nombre d'auteurs admettent la gestation pour autrui, si les femmes le souhaitent, mais rejettent la rémunération pour éviter l'exploitation. Mais généralement, les mêmes auteurs s'accordent pour affirmer que si le don est souhaitable, il ne saurait

---

<sup>253</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, PECRESSE Valérie, BLOCHE Patrick, [Rapport n°2832 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants](#), 25 janvier 2006, p. 40-41. Il nous semble évident qu'il faille garder des « gardes fous éthiques », mais il aurait fallu les expliciter (contre quel risque ?).

<sup>254</sup> OPECST, CLAEYS Alain, VIALATTE Jean-Sébastien, Rapport *La loi bioéthique de demain*, Tome I, [Rapport sur l'évaluation de l'application de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique](#), Assemblée nationale (n°1325), Sénat (n°107), 2008, p. 179-180.

<sup>255</sup> La question d'un choix pour toutes les femmes est posée. Pour certains, le risque est que cette nouvelle liberté se transforme en pression pour que les femmes ne portent pas leur enfant, notamment dans l'environnement professionnel, CANTO-SPERBER Monique, FRYDMAN René, *Naissance et liberté...*, *op. cit.*, note 3 p. 267. Pour notre part, si le processus était admis, il faudrait alors strictement l'encadrer en ne l'autorisant que dans le cadre des hôpitaux publics, ce qui ferait obstacle à une pratique généralisée.

impliquer un coût, ce qui les conduit à opposer rémunération et indemnisation. Une compensation trouve alors sa justification. Dans cette logique, les auteurs du rapport du Sénat proposent un « dédommagement raisonnable » fixé par le juge<sup>256</sup>. Se pose alors la question du montant faisant passer l'indemnisation à la rémunération, et la question du contrôle de la somme versée<sup>257</sup>, les auteurs favorables à la GPA ne proposant pas d'anonymat, certains même y voyant une impossibilité. À titre d'exemple, le modèle anglais censé garantir la gratuité n'a pas fait obstacle à une jurisprudence récente ayant autorisé de qualifier d'indemnisation un « cadeau » de 12 000 livres<sup>258</sup>. D'autres propositions émergent suggérant pour éviter l'exploitation d'exclure de la pratique les plus pauvres<sup>259</sup>. Mais on peut également penser que la rémunération n'est pas un problème, parce que, dans une société libérale, chacun met ses capacités au service du groupe : « les talents de chacun doivent être rémunérés de telle manière que la collectivité puisse en bénéficier le mieux possible. Lorsqu'elle est replacée dans le contexte d'une coopération démocratique, la rémunération des grossesses n'est pas un indicateur de la perpétuation des rôles genrés traditionnels, mais un aspect de la valorisation des dons des individus dans le cadre d'une coopération entre égaux »<sup>260</sup>. Mais à cela il nous semble possible de répondre que les talents dans une société libérale ne sont pas biologiquement définis. La possibilité d'une rémunération n'impliquera pas que toutes les femmes qui le font seront contraintes, mais elle conduira nécessairement à faire de la gestation une activité à laquelle il sera possible d'être contraint à cause d'une situation de pauvreté et de l'absence d'alternative. Une femme au chômage dans un couple qui connaît des difficultés financières devra justifier de ne pas le faire alors que cela permettrait d'obtenir une rémunération tout en restant au foyer pour s'occuper des enfants<sup>261</sup>. De la valorisation du

<sup>256</sup> À la charge du couple demandeur, SENAT, *Contribution à la réflexion...*, op. cit., p. 6, 30, 78. Proposition reprise par l'Académie, HENRION Roger, JOUANNET Pierre, « Propositions complémentaires », *Bulletin de l'Académie nationale de médecine*, 2009, 193, n°3, p. 618 ; idem PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, *Accès à la parenté*, op. cit., p. 81.

<sup>257</sup> Contrôle des rémunérations directes ou indirectes impossible selon le Conseil d'État (*La révision des lois de bioéthique*, op. cit., p. 62) ; GAUMONT-PRAT Hélène, *Bioéthique et droit...*, op. cit., p. 169 et FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui*, op. cit., p. 65, 103 ; difficile, selon HAUSER Jean « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », op. cit., p. 97.

<sup>258</sup> STEINER Eva, « La Gestation pour Autrui en Droit Anglais : entre Permission et Prohibition », op. cit., p. 43.

<sup>259</sup> Ce qui est déjà parfois le cas aux États-Unis (exemple de l'Utah cité par MERCHANT Jennifer, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 188, voir également l'article de B. Andrews cité par FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui*, op. cit., p. 88). Logique que l'on comprend mais qui ne manquera pas de poser des difficultés. Deux propositions en ce sens : incitative de la part du Sénat qui, inspiré par le modèle anglais, suggère que l'indemnisation pourrait être fixée comme au Royaume-Uni : le montant varie, les anglais refusant toute rémunération, mais admettant les compensations de salaire, font ainsi varier le montant (7 à 15 000 £) en fonction du salaire d'origine de la personne (les plus pauvres étant les moins dédommagés pour éviter de les inciter), SENAT, *Contribution à la réflexion...*, op. cit., p. 30-31. L'académie de médecine quant à elle considère qu'en cas d'autorisation, la gestatrice « ne devrait pas être dans un état de totale dépendance financière », HENRION Roger, JOUANNET Pierre, « Propositions complémentaires », *Bull. acad. nat. méd.* 2009, 193, n°3, p. 616, voir aussi NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », in MUZNY Petr, *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, 2010, p. 80.

<sup>260</sup> GUILLARME Bertrand, « Louer son ventre », *Raisons politiques*, n°12, 2003, p. 81.

<sup>261</sup> Risque très tôt dénoncé : « le mari ou le compagnon peut en être l'instigateur, voire même exercer des pressions, pour des raisons économiques par exemple, sur sa femme ou sa compagne pour qu'elle se livre à cette activité », ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, op. cit., p. 93. Cela est vrai pour toute activité, néanmoins ici l'avantage « objectif » réside dans fait de n'avoir pas à arbitrer entre les frais de garde des enfants et le salaire perçu.

talent à l'assignation d'une place, il n'y a qu'un pas. Or faire de la gestation une activité rémunérée pose deux difficultés. La première, c'est la rupture totale avec le mouvement féministe dont l'objet a été historiquement et a pour objectif de déssexualiser les professions (égal accès à chacune, égale représentation au sein de chacune). Ce courant renoue avec une « profession exclusivement pour les femmes »<sup>262</sup>. L'autre problème, c'est qu'il ne nous semble pas tenable de comparer la mise à disposition de son corps dans un contrat de gestation et dans les autres contrats de travail (comme celui d'un ouvrier). Mais la difficulté ne réside plus alors dans le fait que seules les femmes soient concernées : il réside dans les éléments du contrat.

**3-L'argument libéral (2<sup>e</sup> volet). Les éléments du contrat.** Cet argument se décline sous deux aspects. D'une part, les droits des femmes, d'autre part, la liberté au travail.

\*La question de l'avortement. Pour éviter qu'un individu (ou les droits sur lui) ne fasse l'objet de conventions, donc pour rendre envisageable la gestation pour autrui, la solution nous semble être de redéfinir la maternité comme on a redéfini pour l'AMP avec tiers donneur la paternité et d'exiger, pour les futurs pères et futures mères, une procédure en amont. Dans ce cadre, les parents sont à la naissance de l'enfant ceux qui l'ont voulu dès l'origine du processus, avant la conception, parce qu'ils se sont engagés. Il n'y a pas d'enfant, mais l'enfant accouché naît à ses seuls parents<sup>263</sup>. De l'autre côté, le droit d'interrompre sa grossesse est une liberté publique pour deux raisons qui dans le cas de la GPA se contredisent. Une femme peut vouloir avorter quand elle veut parce que c'est son corps. En ce sens, aucun contrat de gestation pour autrui ne peut contraindre une femme à renoncer à son droit. Mais une femme peut aussi vouloir avorter parce qu'elle ne veut pas ou plus d'enfant. Or les deux, si l'on invente un mécanisme préalable, sont ici dissociés. Cela implique que le couple à l'origine du projet puisse souhaiter interrompre la grossesse au cours de celle-ci, ou ne plus vouloir de l'enfant (parce qu'il se sépare dans les 12 semaines ou après, parce que l'enfant est handicapé...) <sup>264</sup>. Or, soit le droit est celui de la femme gestatrice sur son corps, comme le suggère le Sénat, mais alors elle peut imposer un enfant non désiré à un couple qui n'en veut pas (puisque celui-ci ne peut la contraindre à avorter) <sup>265</sup>. Soit le droit est

---

<sup>262</sup> Comme l'a également constaté Muriel FABRE-MAGNAN, la question n'est donc pas la même que pour la prostitution, dans la mesure où le pouvoir sur le corps n'est pas identique (*La gestation pour autrui, op. cit.*, p. 77) et parce que cela implique que seules les femmes sont mises à contribution (p. 81).

<sup>263</sup> Il n'y a donc pas, dans ce cadre, vente d'enfant mais service rendu par une femme porteuse, il n'est ainsi pas « évident qu'acheter une gestation revient à acheter un bébé », contrairement à ce qui est avancé par AGACINSKI Sylviane, in VEIL Simone, *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, La documentation française, 2009, p. 118. Il est évident en revanche que dans ce cadre, la femme porteuse ne peut décider de garder l'enfant.

<sup>264</sup> Ce sont les questions soulevées par le Rapport de l'Académie de Médecine et M.-T. Hermange : « *en cas de grossesse multiple, pour décider d'une réduction embryonnaire, en cas de grande prématurité, pour décider du bien-fondé de l'arrêt éventuel de la réanimation, en cas de malformation mortelle ou d'anomalie très grave, en cas de handicap sévère, en cas de malformation opérable à la naissance, en cas d'atteinte d'une morphologie externe du fœtus, en cas d'un retard mental. Qui prendra la décision ?* », HERMANGE Marie-Thérèse, « Discussion pour la gestation pour autrui (GPA) », in DAVID Georges, et al. *La Gestation pour autrui, op. cit.*, p. 78. Voir : « [une mère porteuse abandonnée témoigne de son expérience](#) », Radio Canada, le 13 septembre 2011 : conflit négatif alors que le couple se sépare, ni la gestatrice ni les futurs parents ne voulaient de l'enfant.

<sup>265</sup> Cf. les questions de la LDH, *op. cit.*, p. 7.

celui de décider d'avoir ou non cet enfant, mais alors le couple peut contraindre une femme à avorter comme d'ailleurs la contraindre à renoncer à avorter. Un pouvoir sur le corps d'autrui jusqu'ici non admis - mais qui semble exister dans certains États qui admettent la pratique<sup>266</sup>-, avorter étant une liberté publique (certes conditionnée par des délais et une procédure, mais une liberté publique). Une législation peut bien sûr trancher dans l'un ou dans l'autre sens. Elle nous semble acceptable, d'un point de vue féministe, que si la personne qui porte l'enfant prend toutes les décisions sur son corps. Mais il est alors possible de produire des problèmes nouveaux qui seront certes marginaux mais qui peuvent survenir (si la gestatrice ne veut pas avorter un fœtus de 8 mois handicapé mais ne veut pas non plus assumer la responsabilité de garder l'enfant, elle l'impose au couple. Celui-ci peut l'abandonner –mais encore faut-il l'assumer). En outre, si l'anonymat n'est pas préservé, avorter ou non pourra donner lieu à des marchandages privés dont femmes et couples seront difficilement préservés<sup>267</sup>.

\*La question du travail. Notre question est de savoir si l'on peut penser un contrat type défendable sur le plan politique. À cette fin, il semble d'abord qu'il faille éliminer toutes les expressions qui font obstacle à la pensée de la relation. Par exemple, une gestatrice ou femme porteuse ne loue pas son ventre, pas plus qu'elle ne loue son utérus, et elle ne réalise pas davantage un « don de gestation »<sup>268</sup> ni ne fait « don de ses fonctions gestationnelles »<sup>269</sup> comme elle ferait don d'un organe. La location comme le don supposent la possibilité de séparer une partie de l'ensemble (pour le louer comme pour le donner) pour la mettre à disposition d'un tiers<sup>270</sup>. Or il s'agit comme dans le cadre d'une relation de travail, par fiction, de louer sa « force de travail »<sup>271</sup> (ce qui n'est pas la location d'une partie du corps -ses bras, son ventre, etc.- mais implique tout le corps). La question est dès lors celle des contrats que le droit peut admettre, le droit du travail étant ici envisagé du point de vue des libertés publiques. La comparaison avec le travail nous semble poser deux difficultés. D'un côté la gestation pour autrui impliquerait une aliénation bien plus importante que toute autre relation de travail. En effet, dans ce cadre, une personne se met au service d'une autre pour un temps pendant lequel il sera impossible de séparer l'espace-temps propre de l'espace-temps pris par la contrainte contractuelle. À la différence de la prostitution, l'acte pouvant durer quelques minutes, ou d'une activité salariée, la gestation dure toujours entre 6 et 9 mois sans interruption. En d'autres termes, l'ouvrier dépossédé pendant sa vie au travail, conserve sa vie organique et un espace pour lui en rentrant, hors travail<sup>272</sup>, ce qui n'est pas le cas dans

---

<sup>266</sup> En cas de malformation, d'anomalies graves, certaines clauses permettent aux parents de contraindre la femme d'avorter, BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, op. cit., p. 129.

<sup>267</sup> Négociation de l'avortement si l'enfant est handicapé, pressions pour avorter s'il se sépare, etc. etc.

<sup>268</sup> Cass. civ, 1e, 13 décembre 1989, JCP, 1990, II, 21526.

<sup>269</sup> Note DEPADT-SEBAG Valérie sous TGI Créteil, 30 novembre 2004, *D.*, 2005, p. 479.

<sup>270</sup> LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain...* op. cit., p. 354.

<sup>271</sup> « Son obligation est donc davantage une obligation de « faire » qu'une obligation de « donner ».

Et si une indemnité est prévue, cette indemnité correspond davantage à une rémunération pour un service rendu, un travail, qu'à un prix », LABBEE Xavier, *Condition juridique du corps humain...*, op. cit., p. 389

<sup>272</sup> MARX, *Les Manuscrits de 1844*, Éditions sociales, 1972, p. 60, cité par AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, op. cit., p. 96-97 ; ANDORNO Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses...*, op. cit., p. 271 ; MARWAY Herjeet, « La gestation pour autrui commerciale : droit et éthique », in *Travail, genre, sociétés*, 2012/2, p. 179.



le cadre d'une gestation. Mais, de l'autre côté, la gestation pour autrui impliquerait un contrat bien moins aliénant que l'activité salariée classique. Car il n'est pas vrai que la gestation absorbe toute la vie. La preuve en est que les femmes enceintes travaillent et ont des activités propres pendant leur gestation. Sauf en cas de mauvais déroulement de la grossesse, qui peut impliquer d'être éventuellement alitée pendant plusieurs semaines (ce qui peut se produire), la gestation n'est pas appelée à envahir toute la vie. La comparaison avec le temps de travail subordonné ne tient donc pas complètement.

Il s'agit d'une expérience particulière, qui défie toutes les comparaisons, et qui implique moins une relation de travail qu'une renonciation continue, pendant tout le temps de la gestation, à certains droits.

Pour admettre le fait que les femmes puissent renoncer par contrat à certains droits durant plusieurs mois, l'argument de l'existence de contrats qui impliquent de telles renonciations est invoqué. Ainsi historiquement la légalité des contrats de nourrices, qui ont impliqué des pouvoirs et un contrôle sur le corps démesurés<sup>273</sup>. Ainsi aujourd'hui les sportifs de haut niveau, à qui l'on impose une hygiène de vie qui implique par définition des contraintes sans séparation possible des temps de la vie (travail, non travail)<sup>274</sup>. De fait, du point de vue du droit des obligations, le contrat de gestation « ne se démarque sans doute pas substantiellement du contrat qu'un sportif de haut niveau passe avec son club ou du contrat de mannequinat »<sup>275</sup>. On pourrait également prendre l'exemple des sous-marinières dont les conditions de vie compromettent parfois toute vie sexuelle pendant plusieurs mois. Les contraintes imposées à la gestatrice en amont (interruption de sa vie sexuelle 8 semaines pour garantir que le futur père soit bien le géniteur<sup>276</sup>) comme pendant la grossesse (suivi médical, pas d'alcool, de tabac, limitation de certains produits alimentaires, interdictions de diverses activités)<sup>277</sup> peuvent paraître moindres. Il faudra selon certains types de contrats, pour qu'elle puisse avoir des relations sexuelles avec son partenaire, que lui-même fasse des tests et s'engage à être monogame<sup>278</sup>. Tous ces éléments posent de multiples problèmes en matière de responsabilité<sup>279</sup>.

---

<sup>273</sup> BRUNET Laurence, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in DAVID Georges, et al. *La gestation pour autrui*, op. cit., p. 112.

<sup>274</sup> GUILLARME Bertrand, « Louer son ventre », *Raisons politiques*, n°12, 2003, p. 83 ; BRUNET Laurence, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in DAVID Georges et al., *La gestation pour autrui*, op. cit., p. 113 ; NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », op. cit., p. 80.

<sup>275</sup> BELLIVIER Florence, NOUVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> avril 2008, n° 2, p. 550.

<sup>276</sup> « si la « mère de substitution » est mariée ou entretient des rapports sexuels avec d'autres hommes, nul ne peut garantir que l'enfant sera conçu par insémination ni, par conséquent, garantir la paternité génétique ; le cas s'est récemment présenté à l'étranger. Le procédé supposerait donc d'impossibles garanties sur la chasteté de la femme jusqu'à ce qu'elle soit enceinte ; à défaut, de difficiles conflits de paternité peuvent surgir », ALNOT Marie-Odile et al., *Les procréations artificielles*, op. cit., p. 93. Jean Bernard témoigne d'une expérience de cet ordre: l'enfant naît anormal, le père n'en veut pas, elle avait des rapports avec son mari, et l'examen révèle que malgré l'insémination, l'enfant est celui du mari, Communication de BERNARD Jean, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 377. Pour les 8 semaines, cf. HENRION Roger, JOUANNET Pierre, « Propositions complémentaires », *Bull. acad. nat. méd.* 2009, 193, n°3, p. 617.

<sup>277</sup> Interdiction des sports dangereux, devoir d'information en cas de voyage, ne pas porter de poids lourds, boire trop de café, etc., voir BELLIVIER Florence, NOUVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », op. cit., p. 549 ; BAUDOUIN Jean-Louis, LABRUSSE-RIOU Catherine, *Produire l'homme...*, op. cit., p. 200, p. 129.

<sup>278</sup> BELLIVIER Florence, NOUVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse... », op. cit., p. 548.

Mais notre problème est ici un problème de logique argumentative : tous ces contrats sont problématiques. Le raisonnement avancé ici est relativiste en partant du pire ou une logique de la « pente glissante » inversée<sup>280</sup>. La rhétorique justifie, par exemple, de risquer sa vie dans des expérimentations médicales, pour la science, parce qu'on admet que les personnes risquent leur vie pour la patrie<sup>281</sup>. Et puis, après tout, on a bien admis qu'il y ait un mort en transplantation hépatique, pourquoi ne pas en faire d'autres, en gestation ?<sup>282</sup> Ces rhétoriques argumentatives, prenant pour étalon des conduites admissibles les plus problématiques sur le plan éthique nous semblent devoir être totalement rejetées. Que ces contrats (militaires au combat, sportif de haut niveau, sous-marinier) ou ces pratiques (prélèvements d'organes sur vivants) existent, on ne peut que le reconnaître. Se réjouir de leur existence est encore autre chose, quand les prendre comme norme d'évaluation pour déterminer ce qui serait acceptable juridiquement ne nous paraît pas pouvoir prétendre s'inscrire dans une démarche progressiste.

## CONCLUSION

La gestation pour autrui est aujourd'hui interdite essentiellement sur le fondement de deux arguments d'ordre public : l'indisponibilité de l'état des personnes et l'indisponibilité du corps humain, qui relèvent tous deux d'une conception naturaliste de la famille. Écarter ces registres argumentatifs revient à constater qu'il y a, de fait, conflit entre l'intérêt de l'enfant qui est celui de voir établir son double lien de filiation, et les droits des femmes. L'invocation de l'intérêt de l'enfant contre les refus de transcription des actes établis à l'étranger justifie, dans certains discours, la neutralisation des effets de l'interdiction. Cela revient à accepter bien volontiers une pratique à l'étranger pourtant prohibée en France. Force est alors de constater que l'intérêt de l'enfant né du désir d'être parents l'emporte sur le risque d'exploitation des femmes à l'étranger.

La question des droits des femmes n'apparaît pas dans les décisions, mais elle sous-tend régulièrement les prises de position dans les rapports ou les débats. Il serait possible de

---

<sup>279</sup> Voir les développements de Muriel FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*, *op. cit.*, p. 55-66.

<sup>280</sup> BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse... », *op. cit.*, p. 551.

<sup>281</sup> Analogie à laquelle procédait Bongrand en 1905. Après avoir fait part dans sa thèse de son admiration suscitée par ces quelques « martyrs volontaires » (p. 76), l'auteur transférant aux hommes le raisonnement que Claude Bernard avait mobilisé pour justifier l'expérimentation sur les animaux (on en use pour s'alimenter donc pourquoi ne pas expérimenter ?), suggère qu'il « serait bien étrange qu'on reconnût à l'homme le droit de payer d'autres hommes qui risqueront leur vie pour sa défense ou en se livrant à des métiers dangereux, comme les ouvriers qui, dans les usines d'allumettes, sont guettés par la nécrose, comme les peines que la céruse empoisonne, et qu'on lui défendît de les payer pour s'en servir pour s'instruire dans l'une des sciences les plus utiles à l'humanité », BONGRAND Pierre-Charles, *De l'expérimentation sur l'homme. Sa valeur scientifique et sa légitimité*, Thèse, Médecine, Imprimerie Cadoret, Bordeaux, 1905, p. 83. Idem, « S'il est permis à un général de faire massacrer des régiments entiers pour l'honneur de la patrie, c'est un préjugé de contester à un grand savant le droit de sacrifier quelques existences pour une découverte sublime, comme celle du vaccin de la rage ou de la diphtérie [...] Pourquoi ne pas admettre d'autres champs de bataille que ceux où l'on meurt pour le caprice d'un prince ou l'extension d'un pays ? », CURREL François, *Théâtre complet*, cité par BONAHE Christian, *Histoire de l'expérimentation humaine en France. Discours et pratiques 1900-1940*, Les belles lettres, 2007, p. 287. Voir aussi, sur l'argument comparatif, même ouvrage, p. 356.

<sup>282</sup> Évidemment l'auteur ne l'exprime pas comme cela, c'est pourtant la logique à l'œuvre, NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », *op. cit.*, p. 80.

faire de l'égalité des sexes un argument d'ordre public faisant obstacle à la pratique, parce que seules les femmes le feront, d'abord, parce que cette pratique les contraindra à renoncer à certains droits, ensuite. Les problèmes de discrimination des couples homosexuels masculins pourraient être résolus d'une part par une mesure de discrimination positive leur donnant une priorité sur les enfants adoptables nés en France, d'autre part en favorisant la recherche sur l'ectogenèse.

L'argument d'une interdiction au nom du principe d'égalité sera évidemment contestable et contesté, éventuellement au nom de ce même principe. Si des arguments contraires venaient à l'emporter, la légalisation de la pratique devrait passer par une procédure d'établissement de la filiation opérée en amont. Le risque d'admettre des conventions sur des enfants devrait suffire à repousser une détermination des parents une fois l'enfant né. En outre, sa légalisation en France, justifiée par un encadrement, devrait être indifféremment ouverte aux couples hétérosexuels ou homosexuels. Mais, ouverte, elle devrait alors conduire à la pénalisation du recours à une gestation pour autrui à l'étranger (par une pénalisation des futurs parents et une application extra-territoriale de la répression) ou en France si la pratique sortait du cadre. La filiation à l'inverse serait établie. Il reste à penser un tel cadre, respectueux des droits des femmes. C'est cela qui nous semble aujourd'hui devoir être contredit.

*Pour citer cet article*

Marie-Xavière Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant  
La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013  
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>