

Quelques évidences vraies ou fausses sur la GPA

[Stéphanie Hennette Vauchez](#) 16 juillet 2015 / (mise à jour : 16 juillet 2015)



Dominique Boren et Jérôme Gourod à la Cour de Cassation, au Palais de Justice de Paris, le 19 juin 2015, lors de l'examen de la requête du couple qui demande à ce que leur fils né sous GPA en Russie soit inscrit sur les registre de l'Etat civil en France. Ils ont obtenu gain de cause. Photo Eric Feferberg.

Le 3 juillet 2015, la Cour de cassation se réunissait en assemblée plénière pour juger que l'homme qui était le géniteur d'une enfant née par GPA en Russie, qui avait fait devant l'officier d'état civil français une reconnaissance anticipée de sa paternité, et qui figurait dans les actes d'état civil russes en qualité de père, était bien... le père de l'enfant. Lapalissade ou révolution?

Le débat sur la GPA ne cesse de rebondir : si la question de la transcription en droit français d'actes d'état civil obtenus à l'étranger suite à la naissance d'enfants issus de GPA constitue

un véritable serpent de mer du débat judiciaire depuis le début des années 1990, la question s'est, depuis, fragmentée en une multitude de satellites : laissez-passez pour que les enfants privés de filiation puissent rentrer en France, certificats de nationalité suite à la « circulaire Taubira », congé maternité de la mère commanditaire... ([sur l'ensemble de ces difficultés lire Catherine Mallaval](#)).

Et que le débat rebondisse sans cesse s'explique aisément. La GPA soulève évidemment des questions ardues : relations entre le droit et le fait (existe-t-il une autre posture que celle de l'acceptation du fait accompli, puisque la GPA comme pratique médicale et sociale ne cesse de s'étendre et de se globaliser ?), (ré)assignation des femmes à leur fonction reproductive (ré)érigée en essence première, inégalités de toutes sortes (de genre, de race, de classe)...

Mais ce débat rebondit peut être aussi sans cesse parce qu'il est partiellement mal posé. Nombreux sont en effet les arguments qui y sont versés qui, plutôt qu'ils ne permettent d'avancer, sont faits de fausses évidences qui bloquent ou entravent toute progression.

Il en va ainsi, par exemple, de l'affirmation récurrente selon laquelle la GPA serait interdite en France. Il est incontestable que l'[article 16-7 du Code civil](#) dispose que « toute convention relative à la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Mais à bien y regarder, cette disposition législative est de peu d'effet : elle emporte simplement la nullité d'une convention de GPA, de sorte qu'une telle convention ne saurait être exécutée en cas de désaccord ou conflit entre les parties ; mais aucune sanction autre ne s'ensuit. En particulier, cette disposition civile n'est pas complétée par une interdiction pénale. Il existe bien, c'est là aussi incontestable, une incrimination pénale de délit d'[abandon d'enfant](#) (qui inclut la provocation et l'entremise à l'abandon d'enfant) et une autre qui sanctionne la [supposition d'enfant](#). Mais elles ne saisissent la GPA, au mieux, qu'indirectement. La première pourrait permettre de sanctionner agences et intermédiaires en tous genres –mais pas les principaux intéressé-es, personnes ou couples commanditaires, gestatrices. La seconde pourrait fonder la sanction de la remise par une femme de l'enfant dont elle a accouché à d'autres en vue qu'ils le déclarent comme leur, mais il faut concéder que cette incrimination est bien antérieure à la GPA (v. [Marcela Iacub, L'empire du ventre, Fayard, 2004](#)) et ne saurait être lue comme la visant à titre principal. De sorte que l'affirmation selon laquelle la GPA est interdite est bien moins évidente qu'il y paraît à première vue...

Il y a bien eu une tentative récente de créer une authentique incrimination pénale visant toute(s) personne(s) obtenant ou tentant d'obtenir la naissance d'un enfant par GPA, en France comme à l'étranger : la [proposition de loi](#) présentée par Jean Leonetti en octobre 2014 avait au moins le mérite de la clarté ; mais elle a vite été rejetée, et on comprend pourquoi (v. les débats en [séance publique](#) le 4 décembre 2014). En effet, son objet était notamment de permettre l'application d'une incrimination pénale visant toute tentative ou obtention d'une naissance par GPA à des Français qui se rendraient pour ce faire dans un autre pays ; il s'agissait donc de permettre l'application extraterritoriale de la loi pénale française, en faisant de la GPA un délit spécial, susceptible d'être sanctionné même lorsque commis dans un pays tiers et même lorsque légale dans ledit pays tiers. Or un tel choix paraît soulever des difficultés d'au moins deux ordres. Sur la forme : est-il réaliste d'instaurer un tel mécanisme bien agressif à l'encontre des Etats où la GPA est légale ? Des impératifs de diplomatie juridique ne rendent-ils pas cette perspective illusoire ? Au fond : est-il justifié de traiter semblablement GPA et certains délits particulièrement graves qui, eux aussi, sont soumis à un tel régime d'extraterritorialité de la loi pénale (comme par exemple le tourisme sexuel) ? Et

aussi : est-il pertinent d'envisager de sanctionner par l'emprisonnement des parents commanditaires de GPA ? Qu'advierait-il alors des enfants qui seraient ainsi nés ?

La voie pénale, qui permettrait la clarification politique d'une hostilité du droit français à l'égard de la GPA, paraît donc bien difficilement praticable... Reste alors, pour le juge, à naviguer entre sa position, historiquement « dure »(formalisée dans l'[arrêt](#) rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991) et les questions nouvelles que font apparaître tant l'évolution du débat que la généralisation de la pratique. Cette dernière, on le sait, est marquée par sa forte internationalisation (ou globalisation) ; mais si la GPA se globalise comme pratique médicale et sociale, c'est d'abord parce que le monde se globalise – que les personnes circulent, aujourd'hui plus qu'hier, et que l'idée même de se rendre quelque part pour y obtenir légalement quelque chose qu'on ne peut obtenir chez soi (soit parce que c'est illégal, soit parce que c'est indisponible) est largement banalisée. Autrement dit, il n'est pas (plus ?) si simple de sanctionner le tourisme de contournement de la loi nationale.

Voilà le cadre dans lequel se prononçait la Cour de cassation, à nouveau réunie pour ce faire en assemblée plénière, le 3 juillet dernier. Jusqu'alors, elle tenait sur sa position dure, et considérait que le fait même de se rendre à l'étranger pour obtenir une GPA (ie. de contourner la loi française) était constitutif d'une fraude à la loi. Dès lors, en application de l'adage juridique *Fraus omnia corrumpit*, elle jugeait que ladite fraude corrompait (et rendait illégales et irrecevables) toutes les démarches ultérieures visant à en tirer les conséquences (notamment, les demandes de transcription des actes d'état civil étranger : [Cass. Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-30.138](#)).

Mais la haute cour semble évoluer sur ce point. En septembre 2014, déjà, la Cour de cassation jugeait que le fait pour un couple de femmes d'obtenir à l'étranger une PMA par insémination de sperme dans des conditions interdites en France n'était pas constitutif d'une fraude ; de sorte qu'elles pouvaient ensuite, à bon droit, bénéficier de l'adoption au sein d'un couple de personnes de même sexe en application de la loi du 17 mai 2013 ([voir ici](#)).

Le [3 juillet 2015](#), la même Cour a admis la reconnaissance de paternité du père commanditaire d'une GPA réalisée en Russie, et jugé qu'il n'y avait pas de raison juridique de s'opposer à la transcription en droit français de l'acte d'état civil qui le déclarait père d'une fillette née par GPA. Il est vrai qu'il était le père biologique (géniteur) de l'enfant, qu'il avait fait une reconnaissance anticipée de paternité devant l'officier d'état civil français et que c'est bien lui qui est désigné comme père dans les actes d'état civil russes... le père de l'enfant. Autrement dit, abstraction faite de la GPA (ie. une fois que le seul recours à la GPA n'est plus nécessairement considéré comme constitutif d'une fraude à la loi), il n'y avait aucune raison de dénier sa paternité.

Bien sûr, cette solution vaut que pour la transcription du lien de filiation paternelle ; la Cour n'est pas revenue sur sa position relative à l'impossible reconnaissance de la filiation de l'enfant avec la mère d'intention (configuration de l'affaire Mennesson).

Elle permet néanmoins de souligner cette question d'importance qu'est celle du tourisme (bio)médical qui constituera à n'en pas douter la forme privilégiée que prendra la question GPA dans les années qui viennent et ce, pour au moins deux séries de raisons. La première, empirique, a à voir avec le réel : qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, cette forme particulière de tourisme se développe à grande vitesse, dessinant, à travers le monde, d'authentiques « routes » : route du sperme, des ovocytes, de la GPA... La seconde, juridique,

tient au fait que la circulation des services et des personnes de part le monde est soutenue et protégée bien plus qu'elle n'est combattue par les ordres juridiques. Ceci est plus vrai encore au sein de l'espace que constitue l'Union Européenne, où la libre circulation est le principe fondateur et où la législation organise précisément la médecine transfrontalière (v. directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers)... Gageons que se présentera un jour, dans un futur non nécessairement éloigné, une « affaire » qui confrontera le juge français à une demande de transcription d'actes d'état civil grecs, britanniques ou néerlandais –pays où la GPA est légale. L'argument de la fraude pourra-t-il continuer à prospérer pour s'opposer à la reconnaissance de la filiation entre l'enfant et la mère d'intention, alors même que la convention de GPA aura eu lieu légalement, et au sein d'un espace où la libre circulation des personnes et des services est garantie ?