

La Gestation pour Autrui : chronique d'une violence familiale annoncée

Céline Kuhn

► **To cite this version:**

Céline Kuhn. La Gestation pour Autrui : chronique d'une violence familiale annoncée. Alizés : Revue angliciste de La Réunion, Faculté des Lettres et Sciences humaines (Université de La Réunion), 2017, Expériences et représentations de la maternité : comprendre pour prévenir les violences intrafamiliales, pp.25-39. hal-02339406

HAL Id: hal-02339406

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02339406>

Submitted on 30 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La Gestation pour Autrui : chronique d'une violence familiale annoncée

L'une des questions auxquelles sont confrontés les parents est la fameuse : « Dis Maman, comment on fait les bébés ? ». En fonction de l'âge de l'enfant, le parent choisira ses mots pour répondre au mieux à cette interrogation. Imaginons la réponse faite à un enfant né dans le cadre d'une Gestation pour Autrui : « Avec ton père, nous sommes allés sur un site Internet qui présentait une galerie de jeunes mères porteuses potentielles, nous avons choisi Jenny qui était très belle, dans une forme physique parfaite et mangeait bio... un vrai gage de réussite pour une grossesse menée jusqu'à son terme dans de bonnes conditions !

Cette réponse pourrait faire sourire si elle n'était pas d'une cruelle réalité. Aujourd'hui, la Gestation pour Autrui est une entreprise qui ne connaît pas la crise. La zone océan Indien est loin d'être épargnée par cette nouvelle activité dont l'Inde fait figure de pionnière. L'on ne compte plus les articles de presse dénonçant l'existence de véritables usines à bébés, permettant de fournir le monde entier, un *hub* mondial du bébé. La Thaïlande qui elle aussi s'est lancée sur le marché, annonçait des prix inférieurs de 20% !

« Science sans conscience n'est que ruine de l'âme » n'a jamais été autant d'actualité.

Les lois adoptées en France le 29 juillet 1994¹ ont pour ambition de donner un cadre légal à la bioéthique, la science du vivant. Les praticiens, les médecins, les chercheurs sont eux-mêmes demandeurs de limites dans ce monde judiciarisé qui est le nôtre aujourd'hui où les actions en justice intentées contre les professionnels de tout poil affluent. Qu'est-ce qu'on peut faire, où est la limite ? Sont les questions posées au Législateur et derrière le Législateur, c'est la société qui est interpellée. Qu'est-ce que la société française est prête à un moment donné à accepter, à tolérer ou au contraire continue de refuser ?

¹ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et 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.

La France est l'un des rares pays au monde qui présente un tel ensemble de règles relatives à la question de la bioéthique. Les premières pierres ont été posées en 1994 puis comme le Droit est toujours à la traîne, d'autres lois sont venues tenter de corriger le retard pris par les textes : la loi n°2004-800 du 6 août 2004, la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 et plus récemment la loi n°2013-715 du 6 août 2013 relative à la bioéthique autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires. Tout un programme !

Il est difficile de dégager une tendance du Droit français car si, dans certains domaines, une plus grande permissivité semble retenue comme c'est le cas des recherches sur embryon puisqu'en l'espace de 20 ans on est passé du principe de l'interdiction absolue au principe de la recherche autorisée, il existe des points sur lesquels le principe ou l'absence de principe n'évolue pas.

Le contenu émotionnel voire passionnel de certaines thématiques peut expliquer ce *statu quo* ; ainsi, l'on n'a toujours pas de réponse franche à la question de la nature juridique de l'embryon : est-ce une personne ou une chose ? Peut-on admettre l'euthanasie qui au jour d'aujourd'hui demeure interdite dans sa forme active constituant une infraction pénale (empoisonnement, assassinat) ? Peut-on légaliser la convention de mère porteuse ?

Le régime juridique de la Gestation pour Autrui est présenté à l'article 16-7 du Code Civil. Ce texte issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 qui n'a pas été modifié depuis, dispose que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'interdiction est absolue : l'opération n'est pas valable, elle ne saurait produire d'effets juridiques. Cette interdiction civile connaît-elle une transcription pénale ?

Dans la logique du Législateur français dès qu'il entend protéger certaines valeurs, est créée une infraction pénale qui confirme l'importance que revêt à ses yeux le principe en question. De nombreuses dispositions des lois de bioéthique ont été intégrées dans le Code Pénal aussi bien dans le Livre II qui présente les crimes et les délits contre les personnes que dans le Livre V qui comprend par exemple les infractions en matière d'éthique biomédicale (protection de la législation en matière de dons d'organes articles 511-2 et ss du CP).

Et en matière de Gestation pour Autrui ? Il faut se tourner vers l'article 227-12 du Code Pénal qui sanctionne l'organisation d'une telle entreprise même si l'expression « gestation pour autrui » n'apparaît pas :

Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.

Ce texte fait partie du Chapitre VII du Livre II du Code Pénal. Le Chapitre VII est intitulé « Des atteintes aux mineurs et à la famille », cela montre que le Législateur considère que la convention de mère porteuse ne respecte pas les règles de la filiation, c'est-à-dire les bases légales du lien existant entre un enfant et ses parents.

La Gestation pour Autrui (GPA) comme la Procréation pour Autrui (PPA) sont des violences juridiques et c'est ce que veut interdire et sanctionner le Droit français. Ces contrats violent des principes fondamentaux de notre Droit ce qui explique l'aversion dont ils sont l'objet.

Quelle est la différence entre la GPA et la PPA ?

La GPA : la mère porteuse se contente d'être mère porteuse, c'est-à-dire qu'elle n'a fourni aucun matériel génétique, l'enfant peut être génétiquement celui du couple s'ils n'ont pas eu recours à l'ovule d'une donneuse ou au sperme d'un tiers donneur. Dans la Gestation pour Autrui, c'est la fonction matricielle qui est sollicitée, c'est ce qu'on appelle en langage courant la location d'utérus.

La PPA : la mère porteuse est également mère génétique de l'enfant qu'elle porte. Cela signifie que la convention ne porte pas uniquement sur la maturation de l'embryon mais intègre toutes les dimensions de la reproduction humaine, à savoir la création de l'embryon, son implantation dans l'utérus et son développement *in utero*.

Peu importe l'existence ou pas d'une contrepartie financière, sur le principe, le contrat est interdit par la loi française. Ce n'est pas une simple question d'argent. Ce n'est pas une question simple. Le développement d'un véritable tourisme reproductif sévit et ce sont les femmes qui vont en subir les conséquences. Le choix d'accepter de participer à une telle entreprise ne semble pas relever du choix mais plus de l'obligation : certaines femmes y verront une façon de gagner une somme

d'argent importante et l'on se situera dans de la violence économique, d'autres y seront obligées car entraînées dans un esclavage gestationnel dont il ne faut pas taire l'existence.

Certains pays ont fait le choix de légaliser cette pratique et le cadre légal varie énormément d'une législation à l'autre : si la contrepartie financière est possible, ce n'est pas le cas partout. Ainsi, en Amérique du Nord, la Californie continue d'admettre des contrats de mères porteuses à titre onéreux, avec contrepartie financière, alors que le Canada l'a interdit en 2004 et ne semble tolérer que les contrats à titre gratuit. Le Québec a affirmé le même positionnement que la France dans l'article 541 de son Code Civil : « Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

Toute réflexion consacrée à la prévention de la violence au sein de la famille doit également comporter une dimension prospective et se demander si la naissance d'un enfant entourée par tant de violences – violations juridiques n'augure t'elle pas des violences intrafamiliales.

Pour le Droit français, la réponse est affirmative : OUI, la GPA est un facteur de violence, de déstabilisation de la famille. Pourquoi ? Parce que la GPA remet en cause nos représentations et porte atteinte à la condition de la Femme (I) ainsi qu'à celle de l'Enfant (II).

LA FEMME

Le Droit est mal à l'aise avec la question du corps qui est relativement nouvelle pour lui. En effet, pendant longtemps, le corps humain n'est pas traité par le Droit ou de façon indirecte, avec les thématiques de la naissance et de la mort des personnes physiques. Les progrès scientifiques et particulièrement dans le domaine médical, ont invité presque de force le corps humain dans le domaine juridique. Les lois de 1994 ont essayé de construire un régime juridique protecteur du corps humain en s'inspirant des solutions précédemment dégagées par la Jurisprudence et la Doctrine (A). Le contrat de mère porteuse organise la location de l'utérus d'une femme qui accepte à l'avance le principe de sa non-maternité. L'abandon programmé d'un enfant est une atteinte à un grand principe du Droit français : l'indisponibilité de l'Etat (B).

L'association entre protection du corps humain et indisponibilité de l'Etat sert à fonder l'interdiction du contrat de mère porteuse. Ce double fondement a été utilisé par l'Assemblée Plénière de la Cour de

Cassation dans son arrêt *Alma Mater*¹ du 31 mai 1991² qui est l'arrêt de principe en la matière³ :

(...) 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 ; (...).

La protection du corps humain

L'organisation d'une location d'utérus viole les principes protecteurs du corps humain que sont l'indisponibilité du corps (1) et la dignité humaine (2).

L'indisponibilité du corps humain

L'interdiction de la convention ou du contrat de mère porteuse est justifiée par le principe classique d'indisponibilité du corps. Ce principe interdit que le corps humain, ses éléments (les organes) et ses produits (les éléments produits qui se régénèrent comme le sang) soient l'objet d'un contrat.

Créé par les Tribunaux et la Doctrine, il n'a pas véritablement été consacré par le Législateur. En effet, lors de l'adoption des deux grandes lois fondatrices du Droit de la bioéthique en date du 29 juillet 1994, le Législateur a choisi de ne pas être aussi restrictif et radical car l'indisponibilité interdit toute opération juridique portant sur le corps humain, ses éléments et ses produits⁴ : tout acte même sans contrepartie comme un don d'organe ne pourrait plus être juridiquement valable. Par conséquent, pour assurer l'existence juridique de l'activité médicale, l'alinéa 3 de l'article 16-1 du Code Civil prononce uniquement une condamnation de la valeur : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Cette idée est reprise à l'article 16-5

¹ *Alma Mater* (mère nourricière en Latin) était le nom de l'association qui mettait en contact des couples avec des jeunes femmes, futures mères de substitution.

² H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.I, Dalloz, 11^e édition, 2000, n°49, p. 264 *sqq.*

³ Cette décision a plus qu'inspiré le Législateur en 1994 qui en a repris l'esprit et le principe dans l'article 16-7 du Code Civil que nous connaissons aujourd'hui.

⁴ R. Cabrillac, « Le corps humain », in *Libertés et Droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 13^e édition, 2007, p. 165 *sqq.*

du Code Civil¹ qui autorise les opérations juridiques sur le corps à partir du moment où elles sont à titre gratuit. Ainsi, le principe retenu semble être celui de la non-patrimonialité². Le Droit interdit le prix car le corps humain n'est pas à vendre, il n'est pas dans le marché.

L'article 16-7 du Code Civil fait alors figure d'exception car le texte le précise bien : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Dans la lignée de la Jurisprudence *Alma Mater* de 1991, l'interdiction ne comporte pas de demi-mesure : tout contrat de mère porteuse est prohibé et le fait qu'il soit à titre gratuit, sans contrepartie, n'entre pas en ligne de compte. C'est une mesure d'Ordre public.

Le principe de Dignité humaine permet également de fonder l'interdiction des contrats de mères porteuses (2).

Le principe de sauvegarde de la dignité humaine

L'article 16 du Code Civil³ créé par la loi du 29 juillet 1994 proclame le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ce principe a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le 27 juillet 1994⁴ à l'occasion de l'étude des futures lois dites de bioéthique. Ce principe signifie que la personne humaine doit être respectée en tant telle car elle appartient à l'Humanité, aucun acte dénigrant ou niant cette réalité ne saurait être toléré.

Le contrat de mère porteuse est une atteinte à la dignité humaine car la femme n'est envisagée que sous l'angle matriciel : elle est réduite à son utérus, à sa fonction dans le processus de reproduction. Elle n'est plus considérée *in globo* comme une personne mais uniquement en tant que matrice. Elle est réifiée, transformée en chose. Paradoxalement, son humanité la dessert puisqu'elle est un rouage essentiel à la procréation humaine et ce constat crée les conditions de son asservissement.

¹ Article 16-5 du Code Civil : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humains, ses éléments et ses produits sont nulles ».

² F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, collection « Droit fondamental », PUF, 2006, n°291 *sqq.*, p. 255 *sqq.*

³ Article 16 du Code Civil : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

⁴ Décision du 27 juillet 1994 : « (...) La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle (...) », D. 1995, 237, note Mathieu.

Asservissement à titre onéreux ou à titre gratuit ? L'absence de contrepartie rend-elle plus tolérable la GPA ? La réponse est NON. Comme le dit très justement le professeur Astrid Marais, « la servilité gratuite n'en est pas moins servile...¹ » et ne doit pas être tolérée. Au nom de quoi le serait-elle d'ailleurs : de l'envie des autres d'être parents, du désir d'enfant, du consentement à être mère porteuse ?

La dignité humaine est une notion juridique récente au regard de l'histoire du Droit. La notion entre dans le vocabulaire juridique après la Deuxième Guerre Mondiale avec l'infraction de crime contre l'humanité. La dignité humaine se diffuse par la suite dans toutes les matières juridiques ne se cantonnant pas uniquement au droit pénal. Elle sert de fondement aux limites de la liberté individuelle comme en témoignent les fameux arrêts du Conseil d'Etat en date du 27 octobre 1995 relatifs à l'affaire du lancer de nains². Le Droit peut donc interdire une activité même si les personnes ont consenti à nier leur propre dignité humaine en se soumettant volontairement à des activités qui y portent atteinte. L'adhésion des personnes, leur consentement ne renverse pas l'interdiction qui est justifiée par le respect de l'Ordre Public. Cette logique est présente en matière de Gestation pour Autrui : le contrat est interdit car il réifie la femme et le consentement de celle-ci ne saurait en faire tomber l'illicéité.

La réification est le préalable à toutes les violences. La GPA en focalisant sur la fonction gestationnelle de la femme réalise une réification de l'être humain. La banalisation de ce processus est à bannir, la GPA l'encourage et c'est pour cette raison que le Droit français conscient de ce danger interdit ce contrat.

Se concentrer sur le corps humain ne doit pas faire oublier que le contrat de mère porteuse constitue également une violation du principe de l'indisponibilité de l'Etat (B).

¹ A. Marais, « Genre et maternité pour autrui » in *Genre et Bioéthique*, dir. A.-F. Zattara-Gros, LGDJ, 2013, p. 151 *sqq.*

² CE, ass., 27 octobre 1995 : « (...) L'attraction de « lancer de nains », qui consiste à faire lancer un nain par des spectateurs en utilisant comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle, pore atteinte, par son objet même, à la dignité humaine (...) », D 1996, 177, note Lebreton ; JCP 1996 II 22630 note F. Hamon.

L'indisponibilité de l'Etat

L'indisponibilité de l'Etat signifie que la volonté ne saurait avoir d'emprise sur les informations qui permettent d'identifier les individus comme le nom, le prénom, le sexe mais également les éléments liés à la filiation, c'est-à-dire les relations familiales.

Le Droit est en recherche de données fiables afin de construire ses raisonnements et pendant très longtemps et encore maintenant la référence en matière de filiation : c'est la mère, *Mater semper certa* est (1). Comment construire le droit de la famille lorsque la notion de mère apparaît diluée ?

Mater semper certa est

La femme française a le droit de ne pas être mère. Ce choix, elle peut l'exprimer avant la conception en prenant des contraceptifs ou en ayant recours à une intervention de ligature des trompes qui condamne toute maternité future. Elle peut aussi prendre cette décision après la conception dans le strict cadre de la législation relative à l'avortement, interruption volontaire de grossesse¹ ou interruption médicale de grossesse² en fonction de la situation. Ainsi, le Droit français ne réduit pas la femme à l'état de mère, la maternité est conçue dans notre pays comme un choix. La femme a seule le pouvoir de décider et sa volonté influe sur son état de mère ou de non-mère. Le principe de l'indisponibilité de l'Etat apparaît d'ores et déjà à nuancer.

Qui est la mère ? Pour le Droit, la mère est celle qui accouche. L'accouchement est un fait tangible qui permet d'associer un enfant à une femme. Le lien se fait et peut être repris comme information fiable. C'est pourquoi l'accouchement a toujours eu une place particulière car il assure la traçabilité de l'enfant. Cette association naturelle entre la femme qui accouche et son enfant est consacrée dans l'adage : *Mater semper certa est* ; on est toujours sûr de l'identité de la mère. Pour le père, c'est moins évident... A partir du lien maternel, le Droit construira pour la paix des ménages la présomption de paternité : le mari de la mère est censé être le père de l'enfant. Voilà les données de base du jeu juridique.

Lorsqu'un contrat de mère porteuse s'en mêle, la donne change car l'accouchement ne peut plus servir de référence (2).

¹ Articles L2212-1 et suivants du Code de la Santé Publique.

² Articles L2213-1 et suivants du Code de la Santé Publique.

Mater semper incerta est

Enfant de... de qui ? Une femme a donné un ovule, une autre a porté l'enfant enfin une dernière l'élève. Qui est la mère ? Le Droit peut hésiter, là où le contrat de mère porteuse est clair, la mère est celle qui a payé : on lui donne le nom de mère d'intention, espérons que le rôle de mère n'est pas qu'une intention tout de même !

La mère génétique

Rares sont les cas de Procréation pour Autrui puisque le couple ne souhaite pas que la mère porteuse ait un lien génétique avec l'enfant. Par conséquent, la formule qui se rencontre le plus souvent est la Gestation pour Autrui, la femme qui a donné l'ovule n'est pas celle qui porte l'enfant. L'absence de lien génétique sert à la fois à créer une distance intellectuelle entre la mère porteuse et l'enfant et également à empêcher toute reconnaissance de maternité de la mère porteuse puisque celle-ci ne peut pas en être la mère biologique. En outre, l'anonymat de la donneuse d'ovule protège le couple de parents d'intention, l'enfant ne pourra jamais établir de filiation avec sa mère génétique.

La mère gestationnelle

La femme qui a porté l'enfant, n'en est pas la mère. L'accouchement ne remplit plus son rôle de lien entre une femme et un enfant. Le Droit français connaît déjà cette réalité avec l'accouchement sous X. La femme peut décider de ne pas être la mère de l'enfant qu'elle a porté. L'article 326 du Code Civil précise que : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». L'enfant est alors considéré comme né *ex nihilo* à défaut de reconnaissance anténatale réalisée par son père biologique. On se situe dans de l'exception exceptionnelle car rares sont les cas d'accouchement anonyme ou sous X. L'enfant sera par la suite déclaré pupille de la Nation et pourra être adopté.

La différence avec la GPA est de taille. Dans le cadre de l'accouchement sous X, la femme qui se découvre enceinte ne souhaitant pas réaliser un avortement, poursuit sa grossesse et décide d'abandonner son enfant au terme de celle-ci. Dans une GPA, le principe de l'abandon des

droits de la mère porteuse fait partie du marché. La femme qui accouche, a accepté à l'avance de renoncer à ses droits sur l'enfant, elle s'interdit d'en revendiquer la qualité de mère. C'est cet engagement avant même l'accouchement et même l'insémination qui heurte le principe de l'indisponibilité de l'Etat. Comment admettre qu'une renonciation anticipée à la qualité de mère puisse être formalisée dans un contrat ? *Ab initio*, la femme qui accepte d'être mère porteuse sait que l'enfant qu'elle portera, ne sera pas le sien. Même si certains contrats semblent lui reconnaître un droit de rétractation qui lui permettrait de garder l'enfant, l'on peut imaginer que les conséquences financières attachées à ce choix (comme le remboursement des sommes versées par le couple de donneurs d'ordre ou la non perception de l'indemnité finale) ne feront pas hésiter très longtemps la jeune femme.

La mère d'intention

Le contrat prévoit que le lien de filiation devra être établi avec les membres du couple, donneurs d'ordre. Ils sont « programmés » pour être les parents juridiques de l'enfant. Les interrogations sont nombreuses quant aux conséquences de cette assignation conventionnelle de la qualité de parent : peut-on être parents sur commande ou en fonction d'une commande ? Et si les parents d'intention refusent au dernier moment de prendre l'enfant, que se passe-t-il ?

Par ailleurs, que penser par exemple, des GPA à titre gratuit qui ne sont autorisées que dans le contexte familial ? L'inceste n'est pas loin ; symboliquement, il est même présent. Faudra-t-il tout dire à l'enfant et lui révéler que sa tante par exemple est la femme qui l'a porté ou alors créer un secret de famille ? Mais l'on connaît les conséquences désastreuses des secrets de famille et leurs implications dans la question des violences intrafamiliales.

La Gestation pour Autrui est un sujet passionnel. Les intérêts en présence opposent d'une part, les attentes d'un couple en mal d'enfant et d'autre part, la représentation de la femme dans la société. La femme n'est ni un objet sexuel ni un *utérus sur pattes*, la GPA véhicule ce second stéréotype. Cette réification est dangereuse pour la condition de la femme dans la société, dans la famille, dans son couple mais également pour l'enfant qui tend à devenir un objet de consommation (II).

L'ENFANT

L'enfant né d'une Gestation pour Autrui a du souci à se faire : il va devoir se battre pour son Etat (A) mais également pour sa condition d'être humain (B).

L'Etat de l'enfant

Quel est l'Etat d'un enfant né d'un contrat de mère porteuse ? Quel est son nom, son prénom et qui sont ses « vrais » parents ? Peut-on tirer des conséquences juridiques d'un contrat interdit sur notre sol mais qui est admis sur le territoire du pays dans lequel l'enfant a été conçu, porté et né ? Les juridictions françaises ont été amenées à se pencher sur l'Etat-civil de certains de ces enfants. Quelle est leur identité (1) ? Quelle solution le Droit français propose-t-il (2) ?

La recherche d'identité

Les juridictions françaises ont eu à se positionner sur l'Etat-civil d'enfants nés dans le cadre d'un contrat de mère porteuse conclu à l'étranger. La Cour de Cassation dans trois arrêts en date du 6 avril 2011¹ a refusé de transcrire l'acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère sur les registres de l'Etat-civil français.

En l'espèce, un jugement américain a prononcé l'adoption de l'enfant né d'une GPA en faveur des membres du couple français qui avait eu recours à ce contrat. Le jugement constate également la décision d'abandon de la mère de l'enfant – la femme qui a porté et a accouché de l'enfant est qualifiée dans le jugement de mère. Ainsi, suite à cette décision, un acte de naissance a été établi et les deux membres du couple français apparaissent en qualité de père et mère de l'enfant. Cet acte a été retranscrit sur les registres de l'Etat-civil du consulat puis enregistré comme toute naissance d'un Français à l'étranger au Service Central de l'Etat-civil de Nantes. Un contentieux est né quant à l'annulation de cette retranscription sur les registres de l'Etat-civil français. La Cour de Cassation précise que doit être supprimée la mention de Madame Y en tant que mère, ce

¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011 : D. 2011, 1064, obs. X. Labbé ; RTDCiv. 2011, 340, obs. Hauser ; JCP 2011, n°441, obs. Violla et Reynier.

qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le Droit [américain] lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X en France, ne porte atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (...).

Même si certaines juridictions du fond ont déplacé le débat sur le strict terrain de la validité de l'acte de naissance étranger et donc essayé de faire abstraction du contexte de la GPA pour autoriser une telle transcription¹, la Cour de Cassation les a rapidement sanctionnées en renouvelant son interdiction de principe. Ainsi, dans un arrêt de la Première chambre civile du 13 septembre 2013², il est réaffirmé que

(...) en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés [16-7 et 16-9 du Code Civil] (...).

La Cour de Cassation maintient son positionnement en le radicalisant puisque le refus concerne désormais tant la filiation maternelle que la filiation paternelle qui était en l'espèce pourtant biologique. Le principe semble fixé en témoignage l'arrêt du 19 mars 2014³ qui reprend mot pour mot la solution de droit précitée.

Interdit en France, licite dans certains pays, quelle solution le Droit français peut-il proposer (2)?

La solution du Droit français

La France a été condamnée le 26 juin 2014⁴ dans l'affaire *Menesson* par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour refus de transcrire sur les registres de l'Etat-civil français l'acte de naissance de l'enfant né d'une GPA licite réalisée à l'étranger. L'arrêt est devenu

¹ CA Rennes, 21 février 2012 : RG n°11/02758 ; D. 2012, 878, obs. Mirkovic.

² Cass. 1^{ère} civ., 13 septembre 2013 : D. 2013. 2170, obs. Gallmeister ; Dr. fam. 2013, no 151, obs. Neirinck.

³ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014 : *Bull. civ. I*, n°45.

⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c./ France* : JCP G 2014.877, obs. Gouttenoire.

définitif depuis le 26 septembre 2014 puisque la France n'a pas fait appel. La Cour européenne ne reconnaît pas l'atteinte à la vie familiale des membres du couple mais retient que ce refus constitue une atteinte à la vie privée des deux jeunes filles nées d'une GPA (violation de l'article 8 de la Convention). Cette condamnation est financière puisque l'Etat doit verser des dommages et intérêts mais c'est surtout une condamnation morale du Droit positif français en ce que cela témoigne d'une inadéquation pour les juges européens de notre Droit aux textes et à l'esprit de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

Pour essayer de trouver une solution, Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, avait fait prendre une circulaire le 25 janvier 2013 tentant peut-être d'éviter la condamnation annoncée de la France. Cette circulaire montre tout l'embarras dans lequel est le Droit français. Il s'agit de faciliter l'obtention du certificat de nationalité pour les enfants nés dans le cadre d'une GPA. Dès lors que « les actes de l'Etat-civil local attestant du lien de filiation avec un Français (...) sont probants (...) »¹, le certificat de nationalité ne peut être refusé sur le seul soupçon du recours à une convention de mère porteuse.

Les enfants en question pourraient avoir un document officiel attestant qu'ils ont acquis la nationalité française car au moins l'un de leurs parents est Français comme cela apparaît sur les actes de l'Etat-civil étranger mais ces actes de l'Etat-civil ne pourraient pas en tant que tels être retranscrits sur les registres français...²

Quelle est la marge de manœuvre du Droit français ? Distinguer entre l'opération de mère porteuse qui est illicite et le statut de l'enfant qui n'a rien demandé à personne ? C'est la logique qui a été retenue en matière par exemple d'enfants adultérins lesquels depuis la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001, disposent des mêmes droits sur la succession de leur auteur que leurs demi-frères ou demi-sœurs. Les enfants adultérins n'ont pas à subir les conséquences des choix des adultes. Avant cette loi, ils n'avaient vocation qu'à une demi-part et la France avait été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 1^{er} février 2000 dans l'affaire Mazurek³.

¹ Extraits de la circulaire du 25 janvier 2013.

² Voir les critiques quant à la légalité de cette circulaire : N. Mathey, « Circulaire Taubira, Entre illusions et contradictions », JCP G 2013. 162.

³ CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c./ France : D. 2000, 332, note Thierry ; RTDCiv. 2000, 311, obs. Hauser.

Séparer le statut de l'enfant de la GPA, c'est-à-dire, faire abstraction du contexte de sa naissance, était la démarche de la Cour d'appel de Rennes. Le débat juridique était centré sur la question de la validité de l'acte de naissance établi à l'étranger. Le recadrage de la Cour de Cassation qui s'en est suivi, montre que la Haute Cour ne semble pas partager ce raisonnement, *Fraus omnia corrumpit...* Il n'y a rien à sauver de l'opération de Gestation pour Autrui.

L'enfant apparaît victime¹ et risque d'être réduit à l'état de produit, d'objet (B).

Un être humain

Le terme reproduction signifie qu'on se recrée, il y a du narcissisme dans l'envie, le désir d'enfant : « Je veux non pas un enfant mais mon enfant, celui qui me ressemble, un moi en miniature ! ». Par conséquent, l'on comprend tout à fait que la Gestation pour Autrui ne remplit pas les mêmes attentes que l'adoption à laquelle elle conduit pourtant puisqu'au final, l'un des membres du couple va adopter l'enfant de son conjoint. La différence majeure est là : dans l'adoption, le couple adopte un enfant déjà créé et né ; dans la GPA, l'enfant est créé pour être adopté. La logique est renversée.

Qu'il est loin le temps où l'on disait « le bébé est une personne à part entière ». Un bébé est devenu un bien, un bien de consommation : il a une valeur, il existe un marché. Il est illicite de vendre un enfant mais ne joue-t-on pas sur les mots lorsque la mère porteuse en contrepartie d'une certaine somme d'argent accepte à l'avance d'abandonner l'enfant ? Cette renonciation est réalisée en faveur du couple. La comparaison avec le transfert de propriété est troublante car l'expression de renonciation *in favorem* – de renonciation en faveur – est utilisée en droit des biens pour expliquer le transfert de la qualité de propriétaire dans un contrat de vente par exemple. On se situerait dans le même processus de transfert...

¹ « Indépendamment de ce que l'on pense de la Gestation pour autrui, le droit ne peut pas faire payer à l'enfant le choix des adultes et cela va de son intérêt supérieur non seulement à avoir une nationalité française mais aussi à ce que la filiation à l'égard de ses parents (biologiques et/ou d'intention) soit clairement établie. Mais cela reste à construire. », D. Borillo, « La gestation pour autrui : l'intérêt supérieur de l'enfant », *Libération*, le 5 février 2013.

La réification est plus qu'en marche et l'on doit s'en inquiéter car tous les phénomènes de réification des êtres humains amènent de la violence.

Quel sera le statut de cet enfant s'il ne convient pas aux attentes du couple ? *Quid* du service après-vente ? La garantie contre les vices cachés s'applique-t-elle ? et la responsabilité des produits défectueux ?

Même si l'on ne sait pas exactement ce qui s'est passé dans l'affaire du petit Gammy, ce bébé trisomique gardé par sa mère porteuse thaïlandaise car les parents australiens n'en auraient pas voulu, les faits semblent d'une extraordinaire cruauté... La Thaïlande tente depuis de limiter de telles conventions avec une loi plus restrictive¹ en préparation.

La GPA rime avec violence. Violence des propos car le thème est passionnel ; violence des sentiments : on hésite entre l'empathie pour les couples stériles qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels et la condamnation ; violence des perceptions : l'enfant est un produit et la femme une matrice. Ce mal existait déjà, il n'est que ravivé. Le retour d'une vision déshumanisante des femmes est d'une triste réalité comme en témoigne l'enlèvement des jeunes lycéennes nigérianes qui ont été mariées par les membres de *Boko Haram* qui les avaient capturées : elles sont devenues des objets sexuels pour les partisans de cette secte et mères porteuses des futurs militants prêts à défendre la cause.

La Gestation pour Autrui instrumentalise l'humain et en cela est contraire aux grands principes du Droit français. La femme est un moyen pour accéder à la procréation et l'enfant est le moyen d'assouvissement d'une envie, d'un désir d'être parents. Dès lors que les êtres humains ne sont plus des fins mais des moyens, la violence est à la porte.

Céline KUHN²

¹ « L'encombrante usine à bébés thaïlandaises », in *Le Monde*, le 4 novembre 2014. La loi prévoirait de punir de dix ans de prison les infractions à l'interdiction de Gestation pour Autrui contre argent.

² Maître de conférences en Droit privé à la Faculté de Droit et d'Economie de l'Université de La Réunion.