

La prohibition en droit français des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui : analyse critique à partir de quelques observations du droit québécois

Richard Ouedraogo

Volume 45, numéro 1, 2015

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1032040ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1032040ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ouedraogo, R. (2015). La prohibition en droit français des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui : analyse critique à partir de quelques observations du droit québécois. *Revue générale de droit*, 45(1), 269–320. <https://doi.org/10.7202/1032040ar>

Résumé de l'article

Au début du mois d'août 2014, le monde a été témoin d'un effroyable fait divers australo-thaïlandais, mettant en lumière les pires dérives de l'internationalisation des fameux « contrats de mère porteuse ». En effet, l'abandon par un couple « commanditaire » d'un enfant trisomique à sa mère porteuse a suscité une grande émotion; il a aussi mis en évidence la nécessité, en Occident comme partout ailleurs, de mener un débat de fond pour évoluer vers des législations plus responsables en matière de filiation, qui respectent la dignité et l'intérêt de l'enfant. C'est dans ce contexte que le présent article se propose de remonter aux origines de la prohibition par le droit français des contrats de mère porteuse, pour mettre en évidence les fondements et les conséquences pratiques pour les tribunaux. En procédant à une analyse comparée des récentes réponses apportées par les juges français et québécois à cette problématique de l'encadrement des contrats de mère porteuse, l'on tentera de proposer quelques pistes de réflexion pour contribuer au débat en cours aussi bien en France qu'au Québec.

La prohibition en droit français des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui : analyse critique à partir de quelques observations du droit québécois

RICHARD OUEDRAOGO*

RÉSUMÉ

Au début du mois d'août 2014, le monde a été témoin d'un effroyable fait divers australo-thaïlandais, mettant en lumière les pires dérives de l'internationalisation des fameux « contrats de mère porteuse ». En effet, l'abandon par un couple « commanditaire » d'un enfant trisomique à sa mère porteuse a suscité une grande émotion; il a aussi mis en évidence la nécessité, en Occident comme partout ailleurs, de mener un débat de fond pour évoluer vers des législations plus responsables en matière de filiation, qui respectent la dignité et l'intérêt de l'enfant. C'est dans ce contexte que le présent article se propose de remonter aux origines de la prohibition par le droit français des contrats de mère porteuse, pour mettre en évidence les fondements et les conséquences pratiques pour les tribunaux. En procédant à une analyse comparée des récentes réponses apportées par les juges français et québécois à cette problématique de l'encadrement des contrats de mère porteuse, l'on tentera de proposer quelques pistes de réflexion pour contribuer au débat en cours aussi bien en France qu'au Québec.

MOTS-CLÉS :

Contrat de mère porteuse, intérêt de l'enfant, filiation, droits de l'enfant, France, Québec.

ABSTRACT

At the beginning of August 2014, the world witnessed an appalling Australian Thai news story highlighting the worst excesses of the internationalization of the famous "surrogate motherhood contracts". Indeed, the abandonment by a couple "commissioner" of a child with Down syndrome to his surrogate mother triggered a public

* Docteur en droit de l'Université Paris VIII, auxiliaire de recherche à l'Université de Sherbrooke.

outrage; it also highlighted the need in the West, as elsewhere, to conduct a thorough debate to move towards more responsible legislations on filiation, which respects the dignity and the interest of the child. It is in this context that this article proposes to trace back to the origins of the prohibition by the French law of surrogacy contracts, in order to highlight the foundations and practical consequences for the courts. By conducting a comparative analysis of recent responses given by French and Quebec judges to this issue of the supervision of surrogacy contracts, we will suggest some courses of reflection to contribute to the ongoing debate both in France and in Quebec.

KEY-WORDS:

Surrogacy motherhood contracts, best interests of child, filiation, children's rights, France, Quebec.

SOMMAIRE

Introduction.....	271
I. Le cadre légal : la fermeté affirmée	274
A. Les lois de « bioéthique ».....	275
1. 1994 : la genèse.....	277
2. 2004 et 2011 : la continuité	279
B. Du « mariage pour tous » à la maternité pour autrui?	283
1. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : un alibi?	284
2. Vers un « droit à l'enfant »?.....	287
C. Quels enseignements tirer du modèle civiliste québécois?	292
II. Le cadre jurisprudentiel : l'incohérence constatée.....	295
A. Les contrats de mère porteuse conclus dans le pays	296
1. L'affirmation de l'illicéité de l'activité de promotion de la maternité de substitution.....	296
2. Le refus du détournement de l'institution de l'adoption.....	300
B. Les contrats de mère porteuse conclus à l'étranger	305
1. Le refus au nom de l'ordre public et en raison de la fraude à la loi	306
2. <i>Quid</i> de l'intérêt supérieur de l'enfant?.....	312
Conclusion	315

INTRODUCTION

Les conventions de gestation et de procréation pour autrui¹, encore désignées sous les appellations de « contrats de mère porteuse » ou de « conventions de maternité pour autrui », renvoient à toutes ces pratiques qui consistent à :

obtenir d'une femme, gratuitement ou moyennant rémunération, qu'elle porte un enfant pour une autre, en s'engageant à [le confier] à la naissance pour permettre au couple receveur de faire établir un lien de filiation à son égard, que l'enfant soit conçu avec ses propres gamètes ou à partir des gamètes du couple receveur².

D'emblée, par cette définition, on peut observer que le concept même de gestation pour autrui recouvre des situations très différentes les unes des autres. En effet, dans une première hypothèse, la mère de substitution accouche d'un enfant conçu par insémination artificielle, avec son propre ovocyte et le sperme du père intentionnel, ce dernier ayant effectué une reconnaissance *ante natale*. Dans une seconde hypothèse, une mère seulement gestatrice porte un embryon conçu *in vitro* par les parents génétiques de l'enfant et replacé par transfert dans son utérus. Et dans une troisième hypothèse, la mère gestatrice porte un embryon conçu *in vitro* avec les ovocytes d'une donneuse et le sperme du père intentionnel³.

1. Une subtile distinction doit être opérée entre la gestation pour autrui, *stricto sensu*, et la procréation pour autrui. Dans le premier cas, une femme se charge de « porter » l'enfant jusqu'au terme de la grossesse, pour ensuite le remettre aux parents d'intention. Dans le second, il ne s'agit pas seulement pour la mère porteuse de porter l'enfant biologique du couple d'intention, mais d'en être aussi la mère génétique, car les parents « d'accueil » ne disposent pas des capacités physiques permettant la conception de l'embryon (soit pour des raisons de stérilité, soit parce qu'il s'agit d'un couple homosexuel). Sur cette distinction, voir par exemple : Virginie Larribau-Terneyre, « La régularisation des sans-papiers » (2013) 3 Dr fam 1. Dans cette étude, nous emploierons indistinctement l'expression « gestation pour autrui » pour désigner toutes les pratiques ayant pour objet la maternité pour le compte d'autrui, c'est-à-dire toutes ces situations dans lesquelles une femme, appelée la « mère porteuse », accepte de mener une grossesse pour une ou plusieurs personnes et accepte ensuite de se détacher de l'enfant à la naissance au profit de ces dernières qui sont généralement qualifiées de « parents commanditaires ». Voir : Cécile Petit, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger » (2013) D 2377.

2. François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil : La famille*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2011, n° 813 à la p 756.

3. Geneviève Delaisi De Parseval, « La gestation pour autrui peut-elle devenir une indication d'assistance médicale à la procréation ? » dans Georges David et al, dir, *La gestation pour autrui*, coll « Rapports de l'Académie nationale de médecine », Paris, Lavoisier, 2011, 147 à la p 147.

Pour la présente étude, le choix a été fait d'employer indistinctement les expressions de « contrat de mère porteuse », « convention de procréation et de gestation pour autrui », « maternité de substitution » et « maternité pour autrui », qui traduisent toutes l'idée qu'une femme accepte de porter un enfant pour ensuite confier la parenté à un couple dit « commanditaire ».

Le droit français, d'abord par un arrêt très remarqué de la Cour de cassation rendu en 1991⁴, puis par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, dite « loi bioéthique »⁵, a adopté une attitude de fermeté à l'égard de ces conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Il a en effet frappé ce type de contrat d'une nullité d'ordre public. Une réponse somme toute logique quand on sait que le *Code Napoléon* clame solennellement, depuis 1804, qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »⁶.

Sans nécessairement revisiter le « vieux » débat doctrinal portant sur la non-patrimonialité du corps humain⁷, principe justifiant que le droit réfute, à juste titre, toute idée de marchandisation du corps de la femme par l'entremise de contrats ayant pour objet une procréation ou une gestation pour le compte d'autrui, il est tout de même possible

4. Cass Ass plén, 31 mai 1991, n° 90-20.105 : (1991) JCP II 21752 (conclusion Dontenwille et note Terré); Yves Chartier, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une "mère porteuse" » (1991) D 417; Dominique Thouvenin, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance » (1991) D 417; (1991) Defrénois I 1267 (obs J-L Aubert); Danièle Huet-Weiller, « Détournement de l'adoption » [1991] RTD civ 517. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait clairement rejeté la pratique des mères porteuses en affirmant la nullité de la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance, une telle convention contrevenant, selon la haute juridiction, tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

5. Cette loi a introduit dans le *Code civil français* l'article 16-7, considéré comme une disposition d'ordre public, et qui prohibe toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

6. Art 1128 C civ.

7. Voir, à ce propos : Sandra Lavroff-Detrie, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, thèse de doctorat en droit privé, Paris I, 1997; également, Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) » [1992] RTD civ 489. Pour cette dernière, les principes qu'invoque la Cour de cassation dans l'arrêt du 31 mai 1991 ne vont guère de soi, en ce sens qu'ils n'ont pas véritablement une existence effective en droit positif. Voir cependant, pour un avis contraire : Terré et Fenouillet, *supra* note 2, n° 814 à la p 758, qui soutiennent que les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes avaient déjà été retenus en jurisprudence, qu'ils étaient souvent invoqués pour expliquer diverses solutions positives, et qu'ils semblaient bien prohiber une telle pratique.

de s'interroger aujourd'hui sur l'efficacité réelle du cadre légal (I), surtout quand on sait que cette fermeté à laquelle demeure attaché le législateur français n'empêche pas un empilement de solutions jurisprudentielles aussi disparates qu'incohérentes (II). En clair, même si l'enthousiasme des uns⁸ quant à une évolution (prochaine?) de la loi pour faire sauter le verrou de la prohibition totale des conventions de mère porteuse ne semble pas, pour l'heure, éclipser les inquiétudes des autres⁹ quant aux effets pervers, voire néfastes, d'une légalisation de la gestation pour autrui, force est de constater que la position actuelle du droit français n'est plus tenable. Les Françaises et les Français, à l'instar des Australiennes et des Australiens, s'envolent de plus en plus vers d'autres cieux pour conclure des conventions de mère porteuse. On parle d'ailleurs depuis longtemps de « tourisme procréatif »¹⁰. De ces contrats parfaitement licites à l'étranger naissent chaque année, devant les juges, des litiges aux enjeux très complexes tant sur le plan humain que juridique. Il n'est plus possible d'ignorer ces situations. L'heure de la réforme a sonné. Il faut agir, et vite. Il ne suffit pas de légiférer idéologiquement en faveur d'un groupe quelconque : c'est l'intérêt de l'enfant — et donc celui de la famille et de la société — qui est en jeu. Et il faut bien garder à l'esprit que, sur cette question hautement sensible, des règles clairement définies dans les droits des États sont la garantie d'une meilleure appréciation par les juges de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Signe d'ailleurs que cette problématique de la maternité de substitution touche à l'ensemble des systèmes de droit occidentaux, la Chaire du notariat et la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil de l'Université de Montréal ont par exemple organisé, le 3 octobre 2014, une conférence autour de ce thème. Les passions que soulève ce débat au Québec nous conduisent donc à explorer, comparativement au régime juridique français, le cadre légal ainsi que quelques récentes décisions de tribunaux québécois sur la réception en droit positif des effets des contrats de mère porteuse.

8. Voir, par exemple: Farouk Miloudi, « La gestation pour autrui : un refus circonstancié? », obs sous CE, 8 juillet 2011, n° 350486, (2011) AJ Fam 499, qui estime qu'afin d'éviter que la gestation pour autrui ne soit soumise à une jurisprudence « aussi incertaine que circonstanciée, il appartient au législateur d'intervenir. L'intérêt supérieur de l'enfant appelle une évolution et une modification de la législation pour éviter la création de situations hybrides dont pourrait souffrir l'enfant ».

9. Voir, sur ce point, la position défendue par Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013 à la p 13 [Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*].

10. Jean-Jacques Lemouland, « Le tourisme procréatif » (2001) 62 Petites Affiches 24.

I. LE CADRE LÉGAL : LA FERMETÉ AFFIRMÉE

L'interdiction de la gestation pour autrui a été affirmée de manière ferme par le législateur français pour la première fois en 1994. Puis, la problématique d'une révision de ce principe de fermeté s'est posée récemment — du moins implicitement¹¹ — à l'occasion des débats sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe¹².

De 1994 à 2013, plusieurs avis et rapports se sont pourtant prononcés en faveur du maintien de l'interdiction légale de la gestation pour autrui. On peut citer, par exemple, le rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques¹³, le rapport du Conseil d'État sur la révision des lois de bioéthique de juin 2009¹⁴, l'avis n° 110 de 2010 du Comité consultatif national d'éthique relatif aux « problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui »¹⁵, ou encore le rapport de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique n° 2235 du 20 janvier 2010¹⁶.

Afin de bien percevoir l'incidence de la dernière réforme du mariage sur le droit de la filiation et, plus précisément, les conséquences juridiques de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe sur le devenir de la prohibition de la maternité de substitution (**B**), il est important de remonter aux origines des lois de bioéthique qui ont posé cette interdiction dans la loi (**A**). On s'aperçoit ainsi que, si le principe demeure un refus pur et simple de la procréation et de la gestation pour le compte d'autrui, les appels à une véritable « révolution »

11. Signalons que le gouvernement français avait, lors des débats, précisé que la loi se limiterait à donner la possibilité à tous les couples (hétérosexuels comme homosexuels), la possibilité de se marier, les questions trop sensibles portant sur la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui devant faire l'objet d'une loi ultérieure. Mais en réalité, ces questions étaient omniprésentes dans les débats parlementaires, certains opposants à la loi ayant accusé ouvertement le gouvernement de vouloir préparer les esprits à une légalisation imminente de la gestation pour autrui.

12. Ces débats ont abouti au vote de la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013*, JO, 18 mai 2013, 8253, qui a conféré le droit au mariage aux couples homosexuels.

13. France, Assemblée nationale, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, par Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte, rapport n° 1325 (17 décembre 2008), en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-off/i1325-tl.asp>>.

14. France, Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique_ok.pdf>.

15. France, Conseil consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Avis n° 110. Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, en ligne : <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf>.

16. France, Assemblée nationale, *Rapport d'information*, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2235-t1.asp>>.

des mœurs en matière de filiation se font de plus en plus pressants¹⁷. Le même constat peut d'ailleurs être fait aujourd'hui au Québec, où la législation en la matière n'est guère sensiblement différente de celle de la France (C). Dans un contexte de débat, la Cour d'appel du Québec, dans un jugement du 10 juin 2014 sur lequel nous reviendrons dans la deuxième partie du présent article (*Adoption—1442*), remarquait que les législatures de plusieurs provinces canadiennes ont aussi adopté des lois afin d'encadrer le recours aux mères porteuses. Ainsi, dans certaines provinces, il est possible de soumettre au tribunal une déclaration de filiation, ce qui a comme conséquence la radiation du nom de la mère porteuse de l'acte de naissance initial. Dans certaines provinces, on exige qu'au moins un des parents d'intention soit un parent génétique de l'enfant¹⁸, alors qu'ailleurs, il faut que les deux parents d'intention soient les parents génétiques de l'enfant¹⁹. Parfois aussi, le lien génétique est même inutile²⁰. Une comparaison avec le régime québécois devrait donc permettre d'ouvrir la réflexion sur les enjeux croisés de la régulation par les différentes lois étatiques des contrats de mère porteuse.

Il ne saurait plus être question d'interdire pour interdire : le droit doit en effet s'adapter de plus en plus à une certaine libéralisation « démocratique » des mœurs familiales. Cela contribue, inexorablement, à lui conférer une certaine légitimité. Mais il doit aussi, dans le même temps, se structurer autour de certaines valeurs comme la dignité humaine, l'égalité, le non-asservissement du corps humain ou encore l'intérêt de l'enfant. C'est en cela que le droit est une « science » noble au service de l'humain, de l'humanité et de l'humanisme.

A. Les lois de « bioéthique »

Que signifie vraiment « bioéthique » pour le législateur?

17. Voir, par exemple, France, Sénat, *Rapport d'information sur la contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, par Michèle André, Alain Milon et Henri de Richemont, rapport n° 421 (25 juin 2008), qui prônait une légalisation encadrée de la gestation pour autrui, en ligne : <www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>.

18. C'est le cas en Alberta (*Family Law Act*, SA 2003, c F-4.5) et en Nouvelle-Écosse (*Birth Registration Regulations*, NS Reg 390/2007 et *Vital Statistics Act*, RSNS 1989, c 494).

19. Cela semble être le cas au Manitoba (*Loi sur l'obligation alimentaire*, CPLM, c F-20).

20. C'est le cas en Colombie-Britannique (*Family Law Act*, SBC 2011, c 25) et en Ontario (*Loi sur les statistiques de l'état civil*, LRO 1990, c V.4 et *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, LRO 1990, c C.12).

D'entrée de jeu, on reconnaîtra que la définition n'est guère aisée. On peut, par exemple, se laisser tenter par une décomposition du terme lui-même. « *Bios* », en grec, renvoie à la « vie » au sens large, tandis que « *ethos* », assez proche de la « morale »²¹, s'appréhende généralement comme l'ensemble des principes qui sont à la base de la conduite de chacun²². La bioéthique, ou « éthique de la vie » (ou encore « éthique du vivant »), serait donc l'ensemble des normes qui ont pour objet et pour finalité de réguler par la morale les rapports de l'humain à la Science. Sa vocation est, entre autres, de nous rappeler que « tout ce qui est scientifiquement possible n'est pas humainement souhaitable »²³. Pour le *Lexique des termes juridiques*²⁴, la bioéthique désigne encore la discipline qui réfléchit à la question de la régulation morale devant gouverner les recherches médicales ainsi que leurs applications pratiques à l'être humain.

Le moins que l'on puisse dire c'est qu'à travers ces définitions, on peut appréhender toute la complexité qui entoure le terme de « bioéthique ». Et le choix porté par le législateur français sur cette notion pour désigner une série de lois en rapport avec l'être humain n'est pas anodin. En effet, le domaine de la bioéthique paraît très large, puisque englobant tous les questionnements politiques, juridiques, philosophiques, anthropologiques et religieux touchant à la gestation pour autrui, à la procréation médicalement assistée, aux dons d'organes, à la possibilité de procéder à des recherches sur l'embryon, à l'euthanasie et, d'une manière générale, à tout ce qui a trait au corps et à la dignité de l'être humain.

Trois dates-clés ont marqué l'évolution des lois de bioéthique en France. D'abord, la genèse, en 1994²⁵, avec ce qu'on a qualifié de « passage délicat (du législateur) de l'éthique au droit »²⁶. Ensuite, la loi

21. Pour Edwige Rude-Antoine, « Clarification des concepts d'éthique et de déontologie : l'intérêt du questionnement éthique en protection juridique des majeurs » dans Edwige Rude-Antoine et Marc Piévic, dir, *Éthique et Famille*, t 1, Paris, L'Harmattan, 2011, 139 à la p 141, si le concept d'« éthique » vient du grec *éthos*, et celui de « morale », du latin *mores*, tous deux ont le même sens. Ils désigneraient les mœurs, les habitudes de vie et les coutumes.

22. Pierre Verdier, « Morale, éthique, déontologie et droit » (1999) 276/277 Les Cahiers de l'Actif 17, en ligne : <http://www.actif-online.com/fichiers/articles/art_verdier_276_277.pdf>.

23. Jean Leonetti, « Préface » dans Jean-René Binet, *La réforme de la loi bioéthique : commentaire et analyse de la Loi du 7 juillet 2011*, Paris, Lexisnexis, 2012 à la p XII [Binet, *La réforme*].

24. 19^e éd, Paris, Dalloz, 2012.

25. *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, JO, 30 juillet 1994, 11056.

26. Selon le mot du ministre de la Justice de l'époque, Pierre Méhaignerie, (1994) 149 Petites Affiches 3.

de 2004²⁷, qui accoucha d'un texte « quantitativement et qualitativement important »²⁸, sans toutefois apporter des innovations majeures en matière de filiation. Enfin, la loi de 2011²⁹, qui est venue consacrer, selon la doctrine, « une réforme à la fois significative et prudente »³⁰.

Ces lois, on ne le dira pas assez, sont l'expression des peurs de notre société quant à l'attitude que le droit devrait avoir vis-à-vis des incertitudes générées par les évolutions scientifiques et sociales. Mais on ne s'attardera pas ici sur toutes les dispositions qui y sont contenues. De nombreuses études y sont déjà consacrées³¹. On se contentera d'analyser la genèse de l'interdiction des conventions de maternité pour autrui (1), puis on tentera de comprendre pourquoi le législateur a maintenu sa position de fermeté dans les lois de bioéthique de 2004 et de 2011 (2).

1. 1994 : la genèse

À la faveur de la loi bioéthique de 1994, ou plutôt « des lois bioéthiques » de 1994³², l'article 16-7 du *Code civil* dispose désormais que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Une telle formule n'est pas seulement porteuse de conséquences pratiques en droit; elle promeut également des valeurs éthiques, qui sont pourtant loin de susciter un consensus.

Il semblerait au fond que trois types d'arguments éthiques sous-tendent l'interdiction par le législateur des conventions de mère porteuse³³ : d'abord, l'idée que le corps humain est « non commercialisable »,

27. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, JO, 7 août 2004, 14040.

28. Selon le terme de Jean-Christophe Galloux, « La loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique » (2004) D 2379.

29. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, JO, 8 juillet 2011, 11826.

30. Daniel Vigneau, « La nouvelle loi bioéthique » dans *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, Paris, Éditions législatives, bulletin spécial, septembre 2011, n° 218-1.

31. Parmi les travaux les plus récents, on citera, à titre d'illustration, les ouvrages de Xavier Dijon, *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, et de Valérie Sebag-Depadt, *Droit et bioéthique*, 2^e éd, Bruxelles, Larcier, 2012.

32. Trois lois ont en effet été votées par le Parlement en juillet 1994 : d'abord, la Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé; ensuite, la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, et enfin, 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.

33. Georges David, « La filiation gagnée par l'artifice » dans Hélène Gaumont-Prat, dir, *Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, Paris, Les Études Hospitalières, 2012, 219 à la p 222.

et qu'il ne peut faire l'objet d'un droit « patrimonial ». Ensuite, l'idée que la gestation pour une autre femme serait un « asservissement ». Et, enfin, l'idée que la gestation pour autrui serait en elle-même un « ébranlement du statut de la filiation » qui, en ce qui concerne la femme, est défini par la mise au monde.

Dans l'absolu, cet interdit légal a eu évidemment le mérite de rappeler un principe qui était déjà connu du droit français, celui de la non-patrimonialité du corps humain, qui exclut par exemple le droit de disposer de son propre corps à titre onéreux³⁴.

Mais il convient de restituer les choses dans l'ordre.

En réalité, le législateur français a posé cet interdit des conventions de mère porteuse à la suite d'une série de décisions d'une importance capitale, rendues par le Conseil d'État et la Cour de cassation³⁵.

Dans un arrêt du 22 janvier 1988, *Association Les Cigognes*, le Conseil d'État avait en effet considéré que l'activité d'une association consistant à promouvoir la maternité de substitution était pénalement répréhensible³⁶. Puis, dans son arrêt du 13 décembre 1989, la Cour de cassation se rallia à cette position, en prononçant, en raison de l'illicéité de son objet, la nullité de l'association *Alma Mater*, qui accueillait les mères porteuses volontaires et les mettait en relation avec des couples demandeurs³⁷. Ensuite, le 31 mai 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rejeta catégoriquement la pratique des mères porteuses en affirmant la nullité de la « convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », une telle convention étant contraire « tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain

34. Voir cependant, sur le caractère non consensuel de ce principe de non-patrimonialité du corps, Stéphanie Henneville Vauchez, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, coll « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2004.

35. On reviendra beaucoup plus longuement sur ces décisions dans la seconde partie de notre étude.

36. Louis Dubouis, « Les mères porteuses et le Conseil d'État : illicéité des associations ayant pour objet de permettre la maternité de substitution » (1988) 2 RDSS 317.

37. Cass civ 1^{re}, 13 décembre 1989, (1989) Bull civ I, 260, n° 387; Jacques Massip, « L'illicéité des associations tendant à favoriser les maternités de substitution » 1990 D 273; (1990) RDSS 733 (obs Élie Alfandari); Jacqueline Rubellin-Devichi, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint » [1990] RTD civ 254.

qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes»³⁸. La même solution fut reprise trois ans plus tard par la première chambre civile³⁹.

De toutes ces prises de position jurisprudentielles, découlait en quelque sorte une conception éminemment éthique de l'être humain : le droit ne peut concevoir l'idée que le corps de la femme et celui de l'enfant puissent faire l'objet d'une transaction onéreuse ou gratuite. La maternité pour autrui, si elle était autorisée, créerait une « rupture » fondamentale dans nos valeurs occidentales. C'est cet esprit qui a animé le législateur français en 1994. Aussi, l'illicéité de la maternité pour autrui ne viserait-elle qu'à protéger un principe philosophique plus large, qui est celui de la dignité humaine entendue comme une valeur marquant « l'appartenance irréductible de l'homme à l'humanité »⁴⁰. En somme, c'est au nom du respect dû à la dignité de la femme et de l'enfant que le principe de l'interdiction des contrats de maternité pour autrui a été consacré dans le *Code civil français*.

Ce sera rediscuté en 2004, puis en 2011 lors des révisions des lois de bioéthique, mais sera tout de même préservé.

2. 2004 et 2011 : la continuité

Initialement prévue pour 1999, soit cinq ans après l'adoption des lois de bioéthique de 1994, la première révision de ces lois n'a pu se faire que dix ans plus tard, c'est-à-dire en 2004⁴¹. Toutefois, le législateur a choisi de ne pas toucher à l'interdiction de la gestation pour autrui. L'article 16-7 du *Code civil* sortit donc indemne de cette première réforme. Les motivations sont *grosso modo* les mêmes qu'en 1994 : contenir, autant que possible, « les désirs d'instrumentalisation de la vie humaine »⁴².

38. Cass Ass plén, 31 mai 1991, n° 90-20.105 : Dontenwille et Terré, *supra* note 4; Chartier, *supra* note 4; Thouvenin, *supra* note 4; Aubert, *supra* note 4; Huet-Weiller, *supra* note 4.

39. Cass civ 1^{re}, 29 juin 1994, (1994) Bull civ I, 165, n° 226; Yves Chartier, « La maternité de substitution constitue un détournement de l'adoption » (1994) D 581; Jacqueline Rubellin-Devichi, « La nullité de l'adoption d'un enfant né de mère porteuse ou la précaution inutile » (1995) JCP II 22362.

40. Félicité Mbala Mbala, *La notion philosophique de dignité à l'épreuve de sa consécration juridique*, thèse de doctorat en sciences juridiques, Université de Lille 2, 2007, n° 4 à la p 2, en ligne : HAL <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00370926/document>>.

41. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, *supra* note 27.

42. Jean-René Binet, « La loi relative à la bioéthique. Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^e partie » (2004) Dr fam, étude n° 28, 7.

Même fermeté affichée en 2011, lors de la seconde révision des lois bioéthiques⁴³. Cette fois-ci, les débats ont été beaucoup plus mouvementés.

En effet, les partisans d'une levée de l'interdiction totale de la maternité pour autrui, tout comme les opposants à ce projet, avançaient des arguments à la fois d'ordre médical et éthique⁴⁴. Pour les premiers, du point de vue médical, cette pratique ne serait qu'une forme d'assistance médicale à la procréation — autorisée sous certaines conditions en droit français — avec tiers donneur. Et pour les seconds, la pratique engendrerait des risques majeurs pour la santé physique et psychologique de la mère gestationnelle.

Du point de l'éthique, les divergences portaient sur les conceptions que le droit devrait avoir vis-à-vis des notions d'intérêt de l'enfant et de dignité de la femme. On invoqua tour à tour :

- des « arguments historiques » : la maternité pour autrui aurait été pratiquée dans la Rome antique, et la Bible en donnerait des exemples⁴⁵!
- des « arguments de droit comparé » : certains pays toléreraient, ou recevraient explicitement cette pratique (Belgique, Pays-Bas, Grèce, Royaume-Uni, Canada, quelques États américains, Israël)⁴⁶!
- un « argument de liberté » : celle de la femme d'utiliser son corps comme elle l'entend⁴⁷!
- des « arguments de disponibilité » : celle de son corps par la femme⁴⁸!

43. *Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, supra* note 29.

44. Sebag-Depadt, *supra* note 31, n° 477 à la p 236.

45. Terré et Fenouillet, *supra* note 2, n° 822 à la p 767, répondent que « c'est oublier que le temps a passé depuis, que le statut de la femme, de l'enfant et de la filiation en droit français contemporain n'a guère de rapport avec celui qui caractérisait ces temps anciens, et que les exemples bibliques attestent le lien entre maternité pour autrui et servitude ».

46. *Ibid*, n° 822 à la p 766 répondent encore que « c'est oublier tous ceux qui la rejette, et ils sont tout aussi nombreux (Allemagne, Italie, Espagne, Suisse, Québec, nombreux États américains) ».

47. *Ibid*, n° 823 à la p 767 répondent que c'est plutôt à un « asservissement procréatif » qu'une légalisation de la maternité pour autrui risquerait de conduire.

48. *Ibid* répondent que « la libre disposition du corps concerne le rapport de soi à soi; le corps humain reste en revanche bien indisponible, en principe, dans le rapport juridique à autrui, sauf nécessité légitime (ainsi du don d'organe) ».

- des « arguments d'égalité » : il y aurait discrimination homme/femme puisque la loi autorise par exemple la paternité pour autrui, mais non la maternité pour autrui; il y aurait discrimination entre femmes stériles puisque la loi offre un « remède » aux femmes qui sont inaptes à concevoir un enfant avec leurs propres ovules (don d'ovule ou don d'embryon), mais refuse son assistance à celles qui ne peuvent pas porter un enfant⁴⁹!

Et on pourrait d'ailleurs, tout en soulignant l'incidence du discours religieux dans les débats ayant précédé cette révision des lois de bio-éthique⁵⁰, multiplier à l'infini les arguments des uns et des autres...

Du point de vue du féminisme, enfin, il est tout aussi intéressant de noter le paradoxe qui habite l'une ou l'autre position du droit face à cette question de la maternité de substitution. Pour Louise Langevin⁵¹, par exemple, « la maternité de substitution peut être vue comme permettant une plus grande liberté individuelle : la liberté de femmes qui veulent être mères porteuses et la liberté des couples infertiles qui veulent des enfants ». Cependant, ajoute l'auteure :

cette technique peut aussi miner la liberté individuelle, celle des femmes qui se sentent obligées d'être mère porteuse — pression sociale, familiale, financière — la liberté des personnes infertiles qui subissent la pression de leur conjoint de recourir à la maternité de substitution plutôt que l'adoption.

49. *Ibid*, n° 823 à la p 768 répondent également que :

le recours au sperme d'autrui ou à l'ovule d'une donneuse est sans rapport avec le recours à une femme porteuse. La gestation est lourde de signification, pour tous : pour les adultes, la mère porteuse avant tout, mais aussi la mère d'accueil, ou le père d'accueil, ou le conjoint ou concubin de la mère porteuse; pour les enfants aussi, l'enfant ainsi conçu avant tout, mais aussi les autres enfants de la mère porteuse. On connaît l'importance des échanges intra-utérins; on sait les désastres psychologiques que l'accouchement sous X cause chez les enfants qui en sont victimes; on sait combien la conception et la gestation engagent une femme au plus profond d'elle-même. Un don d'enfant est sans commune mesure avec un don de sperme ou d'ovule.

50. Sur ce point, on ne peut que rallier la position de Brigitte Feuillet-Liger et Philippe Portier, « Religion et bio-droit en France. Vers une post-sécularité juridique? » dans Brigitte Feuillet-Liger et Philippe Portier, dir, *Droit, éthique et religion : De l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 343 aux pp 375-76, pour qui l'analyse de la production du bio-droit en France montre qu'on se trouve bien, quant à la relation entre droit et religion, dans une situation évolutive, marquée par la républicisation du religieux. Puis, ces auteurs de rajouter que la loi en France demeure encore attachée, en partie, au tissage culturel dans lequel le catholicisme a tenu durant tant de siècles la société française.

51. Louise Langevin, « Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec : une difficile réconciliation » (2010) 26:1 Rev Can dr fam 171 à la p 194.

En France, les défenseurs de l'interdiction de la maternité pour autrui et leurs opposants se sont surtout « affrontés » lors des auditions par la Mission parlementaire d'information⁵² des chercheurs, des professionnels de la santé, des juristes, des philosophes, des représentants d'associations de malades ou d'autorités religieuses ou spirituelles, puis lors des *États généraux de la bioéthique*⁵³. Le législateur a juste retenu de ces consultations que les principes et l'architecture du droit français en matière de bioéthique ne nécessitaient pas d'être retouchés en profondeur⁵⁴. Pour ce qui est donc de la gestation et de la procréation pour le compte d'autrui, c'est la continuité qui est consacrée. L'article 16-7 du *Code civil* maintiendra *in fine* l'interdiction totale de ces pratiques, malgré le souhait de quelques parlementaires de les légaliser tout en les encadrant strictement⁵⁵. La doctrine parla alors d'une consécration de « la primauté de l'intérêt de l'enfant sur les désirs des adultes »⁵⁶. L'interdiction légale serait conforme à l'état d'esprit de la majorité des Français, puisque ceux-ci se seraient majoritairement prononcés contre une réforme en la matière lors des *États généraux de la bioéthique*.

De toute évidence, cette forme de « résistance sans concessions de l'ordre public face à certains intérêts particuliers »⁵⁷ montre finalement qu'en matière de bioéthique, il y a des valeurs et des principes qui guident le sens de la loi et qui peuvent constituer en soi une sorte de révolte face à l'arbitraire des mœurs.

Mais, en matière de filiation, et plus généralement en matière familiale, la position d'extrême fermeté ne convient peut-être plus aux discours juridiques des temps présents. On a presque envie de dire

52. Cette Mission, comprenant 32 députés, a été créée le 17 juin 2008.

53. France, États généraux de la bioéthique, *Rapport final*, 2009, en ligne : <http://www.etsatsgenerauxdelabioethique.fr/uploads/rapport_final.pdf>.

54. Jean-René Binet, « La bioéthique à l'épreuve du temps » (2011) 29-34 JCP 1410, act 846.

55. Binet, *La réforme*, *supra* note 23, n° 128 à la p 55, qui rappelle que lors des débats en 2011, plusieurs amendements ont été déposés par des députés appartenant à des groupes politiques différents (Verts, Nouveau centre et Parti socialiste), mais que la majorité parlementaire de droite s'est unanimement prononcée en faveur d'un maintien de l'interdiction totale de la gestation pour autrui.

56. *Ibid*, n° 122 à la p 52.

57. Selon la formule utilisée par Bérengère Legros, « La loi du 7 juillet 2011 ou le fragile maintien de la substance des principes fondamentaux du droit de la bioéthique » dans *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2013, 269 à la p 272.

que ce qui compte, à l'avenir, c'est que chaque famille ait « son droit »⁵⁸. Car, chacun en conviendra, le droit « souple » embrasse dorénavant toutes les sphères des liens familiaux; il se nourrit à la fois de la vertu de la prudence et de l'éthique de la discussion. Bien entendu, l'esprit des lois de bioéthique réside dans l'idée qu'il faut tenter de « calmer des passions fort diverses et souvent contradictoires, pas seulement en admettant ou en rejetant, mais aussi, là où ni l'une ni l'autre attitude n'est satisfaisante, en conseillant ou en déconseillant, en incitant ou en dissuadant ou encore en aménageant des expérimentations et des mesures transitoires »⁵⁹. Et la question de la maternité pour autrui contient justement des enjeux tellement complexes sur le plan humain que le droit ne peut plus se permettre aujourd'hui de se contenter d'user de l'absolue fermeté pour l'interdire... Le compromis devrait dorénavant présider aux choix du législateur. C'est sans doute pourquoi la récente ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels a remis à l'ordre du jour de grandes réformes envisagées en matière familiale, cette épineuse problématique de l'encadrement des contrats de mère porteuse. On verra par exemple qu'au Québec, où la question est également débattue au sein de la doctrine juridique⁶⁰, la position du législateur suscite des interrogations assez similaires à celles en cours en France.

B. Du « mariage pour tous » à la maternité pour autrui?

Le 17 mai 2013, la France a ouvert aux couples de personnes de même sexe la possibilité de se marier et d'adopter des enfants⁶¹. Le chemin fut long pour en arriver là. C'était une promesse du président François Hollande lors des campagnes pour la présidentielle de 2012. La promesse a tout de même été tenue dans un climat social très tendu. Et quoi qu'on en dise, le vote de la loi n'a ni permis de calmer les ardeurs de ses opposants ni mis fin aux débats sur les grandes orientations en matière familiale.

58. Selon la formule de Jean Carbonnier, « À chacun sa famille, à chacun son droit » dans Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd, Paris, Defrénois, 1995, 181.

59. François Terré, « De l'esprit des lois de bioéthique » dans Gaumont-Pratt, *supra* note 33, 343 à la p 343.

60. Voir notamment : Suzanne Philips-Nootens et Carmen Lavallée, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question » dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir, *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 337 à la p 352.

61. *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013*, JO, 18 mai 2013, 8253.

En clair, si désormais le droit d'accès au mariage appartient à tous, la maternité pour autrui reste également fermée à tous. Et c'est notamment sur ce point que se cristallisent désormais les attentes et les inquiétudes des uns et des autres.

D'aucuns estiment, à tort ou à raison, que la faculté offerte aux homosexuels de se marier et d'adopter des enfants ne serait qu'une étape vers la levée de nombreuses interdictions, parmi lesquelles celle de la maternité pour autrui. L'argument suit une logique imparable : si le législateur français donne désormais la possibilité aux homosexuels de se marier et d'adopter des enfants, c'est parce qu'il entend prononcer, *de facto*, « l'arrêt de mort du mariage, en tant qu'union sexuée en vue de la procréation et de la constitution d'une famille »⁶². Il y aurait par conséquent, à l'avenir, une nette distinction à faire entre la procréation naturelle et la parenté, d'une part, et entre la procréation naturelle et le mariage, d'autre part.

Reste à voir si l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels (1) permettront réellement de répondre positivement aux attentes de ceux qui, depuis bien longtemps, luttent pour une reconnaissance du fameux « droit à l'enfant » (2).

1. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : un alibi?

L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels a suscité la crainte ou l'espoir que cette loi ne soit au fond qu'une étape avant une prochaine levée de l'interdiction de la gestation pour autrui.

Il est vrai que la publication de la très controversée Circulaire du 25 janvier 2013⁶³ adressée par la Garde des Sceaux, M^{me} Christiane Taubira, aux procureurs de la République et aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, avait déjà été perçue par beaucoup comme une « provocation », alors même que le Parlement débattait déjà du projet de loi portant sur l'ouverture du mariage aux couples de personnes de

62. Virginie Larribau-Terneyre, « La loi doit-elle être bonne pour tous ? » (2013) 1 Dr fam 1.

63. France, ministère de la Justice, *Bulletin officiel*, n° 2013-01, Circulaire JUSC1301528C du 25 janvier 2013 relative à « la délivrance des certificats de nationalité française; convention de mère porteuse; état civil étranger » (31 janvier 2013). Voir notamment, sur ce texte, les commentaires de Claire Neirinck, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non. Pourquoi ? » (2013) 1 Dr fam 10 [Neirinck, « Accorder le mariage »]; Isabelle Corpart, « La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui » (2013) 3 RJPF 31 à la p 34.

même sexe. Ce texte invite en effet les greffiers en chef des tribunaux d'instance à délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du *Code civil*.

On a ainsi parlé d'un texte à la « légalité douteuse », dans la mesure où cette circulaire constituait un contournement d'une « disposition d'ordre public international et d'un principe essentiel du droit de la filiation... »⁶⁴. Le Conseil d'État⁶⁵ vient pourtant d'écarter cet argument, en jugeant que la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenu au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du *Code civil* et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁶⁶. On a aussi soutenu que ce texte pouvait être envisagé soit comme une façon de régler la question de l'interdiction des conventions de mère porteuse « en encourageant à faire ailleurs ce que l'on interdit en France », soit comme une stratégie visant à « préparer les conditions d'une légalisation ultérieure » de cette pratique⁶⁷.

Mais c'est surtout la loi du 17 mai 2013 qui a focalisé toute l'attention. La plupart des opposants à la légalisation de la pratique des mères porteuses ont en effet vu en cette réforme, sinon une ruse du législateur, en tout cas un alibi pour convaincre les Françaises et Français de la nécessité d'octroyer des droits identiques à tous les individus qui désirent devenir parents sans forcément en avoir les facultés

64. Nicolas Mathey, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions » (2013) 7 JCP 292-93.

65. CE, 12 décembre 2014, *Association juristes pour l'enfance et autres*, Décision en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-12-decembre-2014-Association-Juristes-pour-l-enfance-et-autres>>.

66. Voir Conseil de l'Europe, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/005.htm>>.

67. Jean-René Binet, « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes » (2013) JCP 289 à la p 291.

biologiques. Et la gestation pour autrui en serait un moyen privilégié. En clair, en conférant à des couples de personnes de même sexe le droit de se marier, la logique reviendrait à leur donner la possibilité de jouir pleinement des mêmes « privilèges naturels » que ceux dont jouissent traditionnellement les couples hétérosexuels. La maternité de substitution permettrait ainsi aux couples homosexuels de revendiquer un droit à fonder une famille « en bonne et due forme », c'est-à-dire, en réalité, un droit fondamental à avoir des enfants comme de nombreux couples hétérosexuels⁶⁸.

Mais peut-on réellement, à partir des craintes exprimées par certains à la suite du vote de la loi du 17 mai 2013⁶⁹, imaginer que le législateur français préparerait le terrain pour une future légalisation de la gestation pour autrui? Rien n'est moins sûr.

D'emblée, on peut déjà relever que l'interdiction légale de la maternité pour autrui ne vise pas uniquement les couples de personnes de même sexe. De nombreux couples hétérosexuels ne peuvent malheureusement pas procréer pour de multiples raisons. Parmi ceux-là, qu'ils soient mariés ou non, il est fort à parier qu'un certain nombre souhaite également, depuis bien longtemps, la levée ou l'assouplissement de l'interdiction légale.

Et puis, il faut aussi souligner que dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013⁷⁰, le Conseil constitutionnel français a clairement affirmé que, d'une part, les dispositions contestées de cette dernière loi n'avaient ni pour objet, ni pour effet, de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du *Code civil*, et qu'en ce qui concernait les griefs relatifs à l'éventuelle incitation à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour le compte

68. En ce sens, Isabelle Corpart, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants » (2013) AJ Fam 340.

69. Voir par exemple l'étude de François Chénéde, « ... Et demain, la gestation pour autrui? » (2013) 7-8 Dr fam 27 à la p 40. L'auteur rappelle d'abord que même si la gestation pour autrui ou, de manière plus générale, la maternité de substitution était absente du projet de loi, elle fut pourtant omniprésente dans les débats parlementaires et doctrinaux. Puis, de souligner que de nombreux détails (domaine, conditions et effets juridiques probables de la maternité de substitution) ne devront toutefois pas être négligés dans l'hypothèse d'une légalisation encadrée de cette pratique.

70. Cons, 17 mai 2013, Frédéric Dieu, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience? » (2013) D Chron 1643; François Chénéde, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel » 2013 AJ Fam 332; Jean Hauser, « Mariage asexué : tout va très bien madame la marquise... » [2013] RTD civ 579.

d'autrui en fraude à la loi française, il appartient aux autorités compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques. L'argument selon lequel la loi ouvrant le mariage aux couples homosexuels serait un alibi pour une future révision de l'article 16-7 du *Code civil* semble décidément tenir du mythe, à en croire en tout cas les « Sages ».

Quoi qu'il en soit, depuis cette loi du 17 mai 2013, les couples de même sexe peuvent devenir ensemble et simultanément les parents d'un même enfant. Ce droit existe au Québec depuis 2002. Le droit est également ouvert à l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe⁷¹. Même si « adoption » n'est pas synonyme de « convention de gestation ou de procréation pour autrui », cette évolution est lourde de conséquences, puisqu'elle sort de l'ombre des milliers de familles⁷². Il s'agit là, pour reprendre les termes utilisés par la professeure Annick Batteur⁷³, d'une « véritable révolution » et d'un bouleversement des fondements traditionnels du droit français de la filiation. Et cette évolution conduira inéluctablement, dans le futur, à une réforme de la maternité pour autrui, afin de tenir compte de certaines situations très particulières. Elle s'inscrit dans un processus plus large tenant, d'une part, à la mutation de la place de l'enfant dans la famille et la société modernes et, d'autre part, à l'éclosion des droits subjectifs dans notre système juridique familial. En somme, au-delà du délicat arbitrage que devra opérer le législateur entre des positions aussi tranchées que divergentes, c'est du sort de l'enfant dont il sera désormais question. Mais pour bon nombre d'auteurs, la légalisation de la maternité pour autrui serait aujourd'hui revendiquée en toute méconnaissance de l'intérêt de l'enfant, au nom du fameux « droit à l'enfant ».

2. Vers un « droit à l'enfant » ?

Le paradigme du « droit à l'enfant » n'est pas vraiment nouveau. Il ne se pose d'ailleurs pas uniquement dans le seul contexte français.

71. Une première autorisation d'adoption plénière de deux enfants a même été accordée le 17 octobre 2013 par le tribunal de grande instance de Lille à la conjointe de la mère des enfants. Voir : Sans auteur : Actualités « Première adoption de l'enfant du conjoint dans une famille homoparentale » (2013) 11:3 RJPF 5.

72. Annick Batteur, « L'adoption et la loi du 17 mai ouvrant le mariage aux personnes de même sexe » (2013) 133 Petites Affiches 29, n° 21 à la p 35.

73. *Ibid.*

Au Québec, le juge Yves-Marie Morissette, dans le jugement *Adoption—145* de la Cour d'appel, a par exemple reconnu qu'il n'existe pas un « droit à l'enfant », et que l'expression est d'ailleurs dépourvue de connotation juridique. Et même en France, cette expression n'est pas apparue à l'occasion du débat sur le « mariage pour tous ». Le « droit à l'enfant » s'appuierait sur des théories féministes inspirées notamment de la philosophie des droits de la personne⁷⁴. Quant aux fondements textuels, deux dispositions de la *Convention européenne des droits de l'Homme*⁷⁵ sont particulièrement invoquées. Il s'agit d'abord de l'article 2 de ce texte, qui consacre le droit de toute personne à la vie, et qui est habituellement interprété comme impliquant le droit de tout être humain de donner la vie ainsi que la liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie⁷⁶. Il s'agit ensuite de l'article 8, qui consacre le droit au respect de la vie privée, et qui est aussi interprété comme induisant un droit à l'intimité. Ce droit à l'intimité ne serait rien d'autre qu'un droit pour tout être humain à disposer d'une faculté de choix et d'action dans les domaines qui touchent fondamentalement sa personne et en particulier la procréation.

Mais chacun en conviendra, l'argument du droit naturel qu'aurait chaque couple en âge de procréer à fonder une famille n'est pas juridiquement très pertinent⁷⁷. Tandis que les uns dénoncent, au moyen de ce « droit à l'enfant », une interprétation (trop) libérale de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*⁷⁸, les autres regrettent que l'enfant soit réduit à un simple objet de droit⁷⁹. En clair, il existe un véritable risque qu'apparaissent certaines formes d'inégalités « comme

74. En ce sens, voir : Dominique Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002 à la p 84 et s.

75. Voir Conseil de l'Europe, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/005.htm>>.

76. Youf, *supra* note 74. L'auteur reprend ici, tout en la critiquant, l'argumentation de l'ancien Garde des Sceaux Robert Badinter.

77. Terré et Fenouillet, *supra* note 2, n° 814 à la p 757.

78. Voir Legifrance, en ligne : <<http://legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Bernard Edelman et Catherine Labrusse-Riou, note sous CA, Paris, 15 juin 1990, (1991) JCP II 21653. Voir également, plus récemment : François Chénéde, « Le droit à l'épreuve des droits de l'Homme » dans Frédéric Bicheron et Gérard Champenois, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, 139, n° 23 à la p 182, qui dénonce, quant à lui, une instrumentalisation des droits de l'Homme, à l'origine érigés comme une « protection contre l'arbitraire », au profit d'une nouvelle « promotion des désirs » égoïstes.

79. Pierre Raynaud, « L'enfant peut-il être objet de droit? » (1988) D Chron 109.

la marchandisation des enfants » et la reproduction de « hiérarchies sociales et raciales »⁸⁰.

Et si l'on va au bout de la logique, pourquoi ne consacrerait-on pas, après tout, un droit fondamental à « l'enfant normal »⁸¹, c'est-à-dire un droit à l'enfant qui serait soigneusement sélectionné par ses (futurs) parents sur la base de ses qualités physiques ou génétiques? Là, fort heureusement a-t-on envie de dire, on se heurterait aux résistances les plus farouches de ceux qui récusent globalement toute idée d'importer aveuglement en France les droits fondamentaux de l'être humain⁸².

Mais si cet argument du « droit à l'enfant » est très discuté en doctrine, l'argument du droit à l'égalité des couples, assez pertinemment développé par des auteurs au Québec⁸³, mérite une attention particulière. En effet, puisque « le recours à une mère porteuse est la seule façon, pour un homme homosexuel, d'avoir un enfant grâce à l'apport génétique d'une femme qui ne serait pas partie à son projet parental », il va de soi qu'il existe une « différence de traitement entre les femmes homosexuelles qui, pour avoir un enfant, peuvent légitimement avoir recours à la procréation assistée et les hommes, qui eux ne le peuvent pas »⁸⁴. D'où le constat fait par ces auteurs que la possibilité de former un projet parental avec assistance à la procréation, tel qu'il est défini à l'article 538 CcQ, est donc réservée aux femmes ou aux couples hétérosexuels!

Pour nuancer en tout cas les critiques adressées à l'encontre des partisans d'une levée prudente de l'interdiction légale de la maternité pour autrui, il convient alors de rappeler que tous ceux qui espèrent un encadrement éthique de cette pratique ne se fondent pas nécessairement sur l'argument philosophique tiré du fameux « droit à l'enfant » ou sur l'argument juridique tiré du droit au traitement égalitaire pour tous les couples. Par exemple, la maternité pour autrui peut aussi

80. Langevin, *supra* note 51.

81. Danielle Moysé et Nicole Diederich, *Vers un droit à l'enfant normal? L'arrêt Perruche et l'impact de la judiciarisation sur le dépistage prénatal*, Paris, Éres, 2006.

82. Gilles Lebreton, « Critique républicaine des "droits fondamentaux" de la personne humaine » dans Isabelle Dauriac et al, *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, 359 à la p 360. L'auteur va jusqu'à soutenir que les droits fondamentaux « reposent sur un système de valeurs que le peuple français semble rejeter ».

83. Notamment, Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, n° 424 à la p 682 et s.

84. *Ibid.*

être envisagée comme un procédé thérapeutique, c'est-à-dire comme une technique d'assistance médicale à la procréation permettant de pallier les insuffisances utérines de femmes en mesure de concevoir des enfants, mais empêchées de les porter pour des raisons d'ordre pathologique⁸⁵. Elle permettrait alors à des couples infertiles, ou dont la fertilité génétique est tenue en échec par un obstacle purement physiologique, d'avoir des enfants génétiquement issus de l'un au moins de leurs deux membres.

Et certaines histoires, certes peu nombreuses, mais humainement très touchantes, pourraient faire vaciller prochainement la fermeté du législateur français... Une d'elles est, par exemple, racontée par Geneviève Delaisi De Parseval⁸⁶, une psychanalyste et chercheuse en sciences humaines particulièrement connue des juristes français pour ses travaux en bioéthique :

Il s'agit d'une jeune femme qui, à la suite d'un accouchement dramatique, a dû subir une hystérectomie. Le bébé, une petite fille, a heureusement été sauvé. Après un long travail personnel, ce couple a désiré donner à leur enfant un frère ou une sœur. Confrontés à l'interdit français, ces parents se sont décidés à faire appel à une gestation pour autrui. Après un essai infructueux en Grande-Bretagne où la législation a finalement réservé cette solution à des couples résidant en Angleterre, ils sont allés aux États-Unis et ont pu avoir, grâce à une « nounou » (une gestatrice), un petit garçon à partir d'un embryon conçu par fécondation *in vitro* avec leurs propres gamètes. L'acte de naissance américain, parfaitement valide, les désigne comme les parents de ce bébé. Mais il leur est

85. Monique Bandrac, Geneviève Delaisi De Parseval et Valérie Sebag-Depadt, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui? » (2008) D Chron 434, n° 21 à la p 440. Pour ces auteures, *ibid*, n° 23 :

d'un point de vue plus concret, les travaux des psychanalystes qui ont une clinique de la gestation pour autrui font apparaître que, pour l'enfant à naître, tout d'abord, le recours à ce procédé, ne présente pas de risques supérieurs à ceux liés à d'autres procédés d'assistance médicale à la procréation, autorisés et légalement encadrés, comme le don d'ovocyte et, *a fortiori*, l'accueil d'embryon. Dans la mise en œuvre de ces techniques, la mère d'intention est bien la femme qui accouche, mais le capital génétique de l'enfant dont elle est accouchée est fourni soit par un couple qui lui est étranger, en cas de don d'embryon, soit par une autre femme, en cas de don d'ovule. Il semble donc que le principe de l'admission de techniques d'assistance médicale à la procréation susceptibles de perturber l'histoire prénatale de l'enfant soit d'ores et déjà admis par le législateur [français].

86. Delaisi De Parseval, *supra* note 3 à la p 149.

actuellement impossible d'obtenir la transcription de cet acte établi aux États-Unis. Privé d'état civil sur le territoire français, l'enfant ne peut figurer sur le livret de famille de ses parents. Il n'est par conséquent non seulement pas reconnu comme frère de sa sœur, mais est de plus dépourvu de toute filiation maternelle et sa filiation paternelle ne peut être établie qu'en tant qu'enfant adultérin! [...]. Dans cette histoire, les parents ont été présents pendant une partie de la grossesse de la gestatrice ainsi qu'à l'accouchement, et les deux couples, les deux familles (la « nounou » est elle-même mariée et mère de deux enfants), ont noué des relations fortes qui se sont poursuivies bien au-delà de l'accouchement. La mère française a allaité son bébé comme elle l'avait fait pour son premier enfant.

De lege lata, on voit bien que si l'argument du « droit à l'enfant » ne semble pas pertinent pour justifier la levée de l'interdiction de la maternité pour autrui, la réalité de ces pratiques doit faire réfléchir sur l'attitude raisonnable que devrait à l'avenir avoir le législateur français sur la question. Certes, il convient de donner raison à la professeure Claire Neirinck⁸⁷, qui avait observé que sous l'habillage d'un « mariage pour tous », le législateur chercherait peut-être à « supprimer l'exigence, jusqu'à présent impérative, de l'altérité sexuelle en lien direct avec la procréation ». Dans le même temps, la loi ne peut ignorer la réalité des pratiques illicites de mère porteuse pour lesquelles il n'y a pas vraiment de statistiques fiables en France. Ces pratiques existent depuis fort longtemps et continueront sans doute d'exister au cours des prochaines années. Et qu'il s'agisse de les sanctionner ou de tolérer certains de leurs effets, les juges français comme leurs collègues québécois doivent sans cesse faire preuve de beaucoup d'imagination. Dit autrement, de nos jours, la jurisprudence, tout en exhibant l'arme de la fermeté, oscille entre réprobation et rafistolage juridique permanent. On assiste ainsi, malheureusement, au règne de l'incohérence sous toutes ses facettes, ce qui constitue inévitablement une source d'insécurité juridique pour les justiciables.

Mais avant d'analyser les réponses jurisprudentielles, il n'est pas inutile de se référer au droit comparé pour tenter de croiser les expériences de deux systèmes juridiques partageant la même tradition civiliste. Le choix est ici porté sur le régime québécois, qui présente

87. Neirinck, « Accorder le mariage », *supra* note 63 à la p 10.

certaines similitudes avec la législation française et qui pourrait être porteur de nombreux enseignements pour le législateur et les juges français.

C. Quels enseignements tirer du modèle civiliste québécois?

On vient de voir que le *Code civil français* a intégré l'interdiction de la maternité pour le compte d'autrui depuis la loi bioéthique de 1994⁸⁸. Au Québec aussi, la rédaction de l'article 541 du *Code civil du Québec* est on ne peut plus claire sur les intentions du législateur : « 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 ». La similitude entre les deux systèmes s'arrête pourtant là : les législateurs québécois et canadien ont pris le soin, contrairement au législateur français, d'édicter au fil des années un certain nombre de règles qui viennent compléter, préciser, voire atténuer le principe de prohibition des contrats de mère porteuse.

D'une part, la loi de 2002 instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation⁸⁹ est venue poser « l'intention comme fondement essentiel du lien filial dans un contexte de procréation assistée »⁹⁰. D'autre part, la *Loi sur la procréation assistée*⁹¹, adoptée par le législateur fédéral, a conféré, à son article 3, une définition — inexistante en droit français — de la « mère porteuse » en tant que « [p]ersonne de sexe féminin qui porte un embryon ou un fœtus issu d'une technique de procréation assistée et provenant des gènes d'un ou de plusieurs donneurs, avec l'intention de remettre l'enfant à un donneur ou à une autre personne à la naissance ». Ce faisant, cette loi confère une figure bien humaine et bien réelle à la « mère porteuse », permettant de l'intégrer dans l'imaginaire du droit pour lui assurer une sorte de considération, voire de protection. On peut d'emblée regretter l'absence d'une telle démarche chez le législateur français, qui a choisi de réduire le sort de la mère porteuse à celui de la sanction affectant

88. *Supra* note 32.

89. Sur cette réforme, voir notamment : Benoît Moore, « Les enfants du nouveau siècle » dans *Développements récents en droit de la famille*, n° 176, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 75.

90. Benoît Moore, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois » dans *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, 859 à la p 861 [Moore, « Maternité de substitution »].

91. LC 2004, c 2.

le contrat qu'elle conclut avec les parents d'intention, moyennant ou sans « rétribution ».

De plus, cette loi a prévu, à l'instar de la loi pénale française, des sanctions criminelles⁹² à l'encontre de toute personne accordant une « rétribution » à une mère porteuse⁹³. Ces dispositions sont d'ailleurs à rapprocher de celles contenues dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹⁴ et qui prohibent, sous peine de sanctions⁹⁵, le fait de donner, recevoir, offrir ou accepter de donner ou de recevoir, directement ou indirectement, un paiement ou un avantage, soit pour donner ou obtenir un consentement à l'adoption, soit pour procurer un placement ou contribuer à un placement en vue d'une adoption, soit pour obtenir l'adoption d'un enfant⁹⁶.

Si, comme on le voit, dans leur forme ces lois ne semblent guère éloignées de celles en vigueur dans le *Code civil* et le *Code pénal français*, dans l'esprit, on peut entrevoir une volonté de changement de paradigme au Québec dans l'interdiction de la maternité de substitution. En effet, depuis 2002, la terminologie de « projet parental », également absente du vocabulaire du législateur français, déplace le curseur de l'interdit dans le cadre de la procréation assistée vers la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant en matière d'établissement de la filiation. Ce qui compte, finalement, ce n'est plus tant l'idée d'interdire la maternité de substitution que de régler les conséquences de cette pratique pour l'enfant. Et l'idée est majoritairement partagée par bon nombre de juges au Québec, selon laquelle la notion même d'ordre public sur laquelle repose l'interdiction de la maternité de substitution ne doit pas demeurer un monopole du législateur. Pour l'honorable Jean-Louis Baudouin⁹⁷, cité par les honorables Claude Tremblay⁹⁸ et Dominique Wilhelmy⁹⁹:

92. *Ibid*, art 60:

Quiconque contrevient à l'un ou l'autre des articles 5 à 7 et 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité: a) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines; b) par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.

93. *Ibid*, art 6 (1), (2) et (3).

94. LRQ, c P-34.1.

95. *Ibid*, art 135.1.3.

96. *Ibid*, art 135.1 (a).

97. *Godbout c Longueuil (Ville de)*, [1995] RJQ 2561, 1995 CanLII 4750 (QC CA).

98. *Adoption—09185*, 2009 QCCQ 8703 (disponible sur CanLII).

99. *Adoption—10539*, 2010 QCCQ 21132 (disponible sur CanLII).

l'ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les Chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu (arts 9, 1373, 1413 CcQ). L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination. Les tribunaux ont le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant en compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution [note omise].

On peut donc retenir que le système québécois apparaît dans son esprit plus complet, plus cohérent et même plus pragmatique, en ce qu'il semble en nette rupture avec l'approche presque « absolutiste » du modèle français, caractérisée notamment par un interdit intangible et inflexible des conventions de gestation et de procréation pour le compte d'autrui. Mieux, le régime en vigueur au Québec « prend en considération l'intérêt *a posteriori* de l'enfant »¹⁰⁰, en ce qu'il est favorable justement à l'adoption de l'enfant né du contrat de maternité de substitution soit par la conjointe du père biologique (en cas de respect par les parties des termes du contrat), soit notamment par un tiers, si la mère porteuse décidait de le placer en adoption dans l'hypothèse, par exemple, où le couple demandeur refusait de le prendre. Comme l'a très justement relevé Michelle Giroux¹⁰¹, dans ce dernier cas, de façon curative, le droit tiendra compte de l'intérêt de l'enfant pour prononcer ou refuser de prononcer l'adoption de l'enfant en question, en fonction des circonstances de l'espèce.

Mais les mêmes défis juridiques se posent et se poseront des deux côtés de l'Atlantique. D'abord, on l'a vu récemment au Québec avec « l'affaire Joël Legendre », la question du financement public des traitements de procréation assistée se posera inéluctablement dans les deux sociétés au cours des prochaines années. Ensuite, non seulement les juges doivent aujourd'hui, dans ces deux systèmes, concilier l'interdiction légale du recours aux mères porteuses avec des situations complexes qu'ils sont amenés à juger au quotidien, mais aussi la doctrine est par exemple extrêmement divisée sur les réponses à apporter à la problématique de l'accès aux origines pour les enfants issus des techniques de procréation assistée. L'analyse comparée du

100. Michelle Giroux, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant » (1997) 28:4 RGD 535 à la p 546.

101. *Ibid.*

cadre jurisprudentiel révélera bien d'autres enjeux, qui dépassent d'ailleurs le seul cadre de la prohibition des contrats de mère porteuse.

II. LE CADRE JURISPRUDENTIEL : L'INCOHÉRENCE CONSTATÉE

Si l'on devait résumer en une seule formule la position de la jurisprudence française sur la question de la prohibition des conventions de gestation et de procréation pour le compte d'autrui, le terme adéquat serait sans nul doute « l'incohérence ».

Ainsi qu'on l'a indiqué dans la première partie de la présente étude, les autorités françaises ont été amenées à se prononcer sur des cas de gestation pour autrui bien avant l'intervention du législateur en 1994. Elles ont, d'une certaine manière, tracé le chemin qu'a ensuite emprunté le législateur lorsqu'il a formulé les termes de l'article 16-7 du *Code civil*.

Pour autant, à regarder de près l'ensemble des décisions rendues en matière de maternité de substitution, on peut tout de même déceler de nombreux tâtonnements non seulement dans l'appréciation des diverses formes que peuvent prendre ces pratiques, mais également dans le régime des sanctions.

Il convient alors de distinguer deux situations : selon que le contrat de mère porteuse a été conclu dans le pays **(A)** ou à l'étranger **(B)**, la réaction de la jurisprudence n'a pas toujours été la même.

Alors que dans le premier cas, la position de fermeté a très vite été affirmée, dans le second, compte tenu des particularités liées aux multiples manifestations de la pratique des mères porteuses, les juges ont parfois été tentés de tirer certaines conséquences juridiques tantôt dans l'intérêt de l'enfant, tantôt pour préserver un certain nombre de valeurs auxquelles le droit de la filiation demeure fermement attaché. C'est surtout sur ce second aspect que la jurisprudence semble avoir du mal à concilier pragmatisme et réalisme. Et c'est aussi sur ce second aspect que la référence aux solutions des juges québécois s'avère très pertinente. En effet, en analysant de manière comparée deux régimes juridiques de tradition civiliste se situant dans des contextes sociaux et anthropologiques assez singuliers, on peut espérer mettre en évidence, à partir de certains points convergents et divergents, des paradigmes fédérateurs à même de contribuer utilement au débat doctrinal dans les deux sociétés.

A. Les contrats de mère porteuse conclus dans le pays

Précisons, d'entrée de jeu, que l'essentiel des litiges portant sur la maternité de substitution qui ont donné lieu à des décisions au sein des instances juridictionnelles françaises ne portait pas vraiment sur des conventions de gestation pour autrui conclues sur le territoire français. Faute de chiffres officiels, on a donc du mal à percevoir l'ampleur du phénomène en France étant donné que toutes les affaires ne sont évidemment pas portées devant les tribunaux. Néanmoins, à l'analyse des décisions qui ont été rendues à ce jour, on peut observer que les juridictions suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation) ont, dans un premier temps, affirmé l'illicéité de l'activité consistant à promouvoir la procréation et la gestation pour autrui (1); puis, dans un second temps, c'est la Cour de cassation qui a opposé son refus catégorique face au détournement de l'institution d'adoption que pouvait engendrer la pratique des mères porteuses (2).

1. L'affirmation de l'illicéité de l'activité de promotion de la maternité de substitution

Deux décisions importantes ont été rendues à la fin des années 1980 par le Conseil d'État¹⁰² et la Cour de cassation¹⁰³ dans des circonstances à peu près similaires. Dans l'arrêt du Conseil d'État, il était demandé à la haute juridiction administrative de se prononcer sur le caractère licite ou non d'une association, *Les Cigognes*, dont les objectifs étaient, à en croire ses fondateurs : 1) la défense des intérêts moraux et matériels des femmes qui se proposent d'aider une femme stérile en portant pour elle sa grossesse; 2) la promotion et la valorisation morale de cette démarche; 3) la recherche et la diffusion d'information dans ce domaine; 4) la mise en œuvre de tous moyens susceptibles de concourir directement ou indirectement aux objets définis ci-dessus.

Pour le préfet du Bas-Rhin, autorisé par la loi locale à exercer un contrôle de légalité sur la constitution des associations¹⁰⁴, les activités de l'association *Les Cigognes* contrevenaient manifestement aux

102. CE, 22 janvier 1988, Dubouis, *supra* note 36.

103. Cass civ 1^{re}, 13 décembre 1989, *supra* note 37.

104. Selon l'article 61 du *Code civil* local, l'autorité administrative peut en effet s'opposer à l'inscription de toute association qui serait, d'après les règles du droit public sur le droit d'association, illicite, ou lorsqu'elle poursuit un but politique, social-politique ou religieux.

dispositions du *Code pénal*, et notamment à l'ancien article 353-1. Cet article du *Code pénal* disposait que :

sera puni de dix jours à six mois d'emprisonnement et de 500 F à 20 000 F d'amende : 1) quiconque aura, dans un esprit de lucre, provoqué les parents ou l'un d'eux à abandonner leur enfant né ou à naître; 2) toute personne qui aura fait souscrire ou tenté de faire souscrire, par les futurs parents ou par l'un d'eux, un acte aux termes duquel ils s'engagent à abandonner l'enfant à naître, qui aura détenu un tel acte, en aura fait usage ou aura tenté d'en faire usage; 3) quiconque aura, dans un esprit de lucre, apporté ou tenté d'apporter son entremise pour faire recueillir ou adopter un enfant.

En l'espèce, le Conseil d'État a commencé par observer que la réalisation de l'activité des maternités de substitution faisait intervenir quatre associations suivant un dispositif assez sophistiqué. En effet, l'association *Les Cigognes* regroupait les femmes qui se portaient volontaires pour être mères porteuses, l'association *Sainte-Sarah* réunissait les couples stériles, le CEFER (Centre d'exploitation fonctionnel et d'études de la reproduction) fournissait la banque de sperme et les médecins, enfin, l'association *Alma Mater* assurait la « gestion » de l'opération, mettant en relation les partenaires et veillant au bon déroulement des démarches sur le plan médical, mais aussi juridique et financier. C'était également à cette dernière que le couple stérile réglait le montant de l'opération dans lequel était comprise une somme de 50 000 F, déposée dès le début de la grossesse, et qui était destinée à être remise à la mère porteuse « lorsque tout était terminé ».

Puis, du constat de ce dispositif, le Conseil d'État a relevé que la participation de l'association *Les Cigognes* à la réalisation de ces pratiques illégales était clairement établie, ce qui entraînait logiquement l'illicéité de l'association pour violation de l'alinéa 2 de l'article 353-1 du *Code pénal*.

Comme l'a si bien observé le professeur Louis Dubouis¹⁰⁵, ici :

la maternité de substitution repose nécessairement sur un engagement — quelle qu'en soit la forme ou la portée — d'abandon de l'enfant à naître : la femme qui accepte d'être fécondée, moyennant une indemnisation forfaitaire de 50 000 F à percevoir au terme de l'opération, en est tout aussi

105. CE, 22 janvier 1988, Dubouis, *supra* note 36 à la p 324.

consciente que le couple stérile qui finance l'opération et dont l'homme fournit les paillettes de sperme nécessaires à la fécondation.

Et c'est la raison pour laquelle cette décision du Conseil d'État semble parfaitement fondée en droit. Le but poursuivi par l'association *Les Cigognes* était clairement de poser des actes que le droit pénal français réprime, d'où le caractère illicite de sa constitution.

S'agissant, maintenant, de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 décembre 1989, *Association Alma Mater*, l'analyse des juges était d'une tout autre nature, même si les faits étaient pratiquement identiques. En l'occurrence, cette structure — dont l'objet était, selon ses statuts, de gérer « des problèmes pratiques, notamment comptables, posés par les prêts d'utérus... » entre, d'une part, les membres de l'association *Sainte-Sarah*, association qui regroupait les couples dont la femme était stérile, désireux d'accueillir un enfant (ou toute association similaire) et, d'autre part, les membres de l'association *Les Cigognes* (ou toute autre similaire) qui regroupait les « volontaires mères porteuses » en se proposant de les aider les uns et les autres — œuvrait en étroite collaboration avec l'association *Les Cigognes*. C'est donc sur le fondement du caractère illicite de ses activités que le procureur général d'Aix-en-Provence avait également demandé au juge judiciaire de prononcer sa nullité.

Sans surprise, par un jugement du 16 décembre 1987, le tribunal de grande instance de Marseille a effectivement accueilli la requête du procureur et prononcé la nullité de cette association. Ce jugement a été confirmé en appel par un arrêt rendu le 29 avril 1988 par la Cour d'Aix-en-Provence. Un pourvoi fut formé par les fondateurs de l'association *Alma Mater*.

En rendant son arrêt du 13 décembre 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation va clore les débats en affirmant que sont nulles, en application de l'article 1128 du *Code civil*¹⁰⁶, les conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition de parents stériles des fonctions reproductrices d'une « mère porteuse » et sur l'enfant à naître. Et la Cour de rajouter que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde

106. On rappellera que l'article 1128 du *Code civil* dispose expressément qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère.

Il s'agit là d'un ralliement tout à fait logique et salutaire à la position du Conseil d'État, donc.

On remarquera, cependant, que cet arrêt de la Cour de cassation livre de précieux renseignements quant au régime juridique des sanctions encourues par ce type d'associations illicites. On a déjà eu l'occasion de préciser, dans les observations portant sur la décision du Conseil d'État, que le droit français prévoyait des sanctions pénales assez sévères à l'encontre des « praticiens » de la gestation pour autrui. Il convient au passage de souligner que, *de lege lata*, l'article 227-12 du *Code pénal français* prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende pour la provocation à l'abandon, l'entremise en vue d'adoption ainsi que « 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 »¹⁰⁷. La similitude avec les sanctions contenues dans la loi québécoise sur la protection de la jeunesse est très frappante¹⁰⁸.

En mars 2013, une proposition de loi française visant à sanctionner le fait de promouvoir ou de faciliter par l'usage d'un moyen de communication la conception d'un enfant pour autrui a même été déposée à l'Assemblée nationale française par plusieurs députés¹⁰⁹. Elle pourrait aboutir prochainement à une aggravation des sanctions déjà existantes dans le *Code pénal*.

Bien entendu, des sanctions civiles existaient également à l'encontre des associations illicites qui promeuvent cette pratique de la maternité pour autrui, mais aussi à l'encontre des contrats passés entre les uns et les autres, mères porteuses et parents d'intention, et les contrats entre les associations et les parents : il s'agit de la nullité d'ordre public ! C'est, de toute évidence, la sanction la plus appropriée aux situations de graves entorses aux principes fondamentaux des droits français et québécois. Et c'est d'ailleurs cette sanction qui a été prononcée par la

107. Sur le détail de ces dispositions pénales, Françoise Monéger, dir, *Gestation pour autrui: surrogate motherhood*, coll « Colloques vol 14 », Paris, Société de législation comparée, 2011 à la p 164.

108. *Supra* note 92.

109. France, Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 806*, 13 mars 2013. Voir (2013) 5 Dr fam, alerte 27 à la p 4.

Cour de cassation dans son arrêt du 13 décembre 1989 à l'encontre de l'association *Alma Mater*¹¹⁰.

Il n'en demeure pas moins que, dans cet arrêt de la Cour de cassation, ce qui est particulièrement remarquable, c'est la technique utilisée pour conférer une filiation à l'enfant obtenu par la pratique de la maternité de substitution. En effet, l'association servait précisément d'intermédiaire entre les parents d'intention et la mère porteuse en vue d'une future adoption de l'enfant à naître. Le procédé était assez simple : dès sa naissance, l'enfant était remis à ses parents d'intention, lesquels enclenchaient aussitôt une procédure d'adoption. Mais pour la juridiction suprême, cette activité qui tend délibérément à créer une situation d'abandon et dont l'objet même est de favoriser la conclusion et l'exécution de ces conventions aboutissait clairement à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objectif qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. La démonstration était imparable d'un point de vue juridique. Elle fut d'ailleurs vigoureusement reprise avec une remarquable clarté par l'Assemblée plénière, dans son célèbre arrêt du 31 mai 1991¹¹¹.

2. Le refus du détournement de l'institution de l'adoption

Dans l'arrêt précité du 31 mai 1991, la Cour de cassation était amenée à se prononcer sur un pourvoi formé par le procureur général « dans l'intérêt de la loi ». En l'espèce, deux époux avaient sollicité l'aide de l'association *Alma Mater* pour devenir parents, par l'entremise de la technique déjà décrite de la maternité dite « de substitution ». Né d'une mère de substitution qui l'avait abandonné à la naissance, un enfant avait effectivement été déclaré à la naissance comme étant né de l'époux, Louis G., sans indication de filiation maternelle.

Par jugement du 28 juin 1989, le tribunal de grande instance de Paris rejeta la requête en adoption plénière formée par l'épouse, en estimant notamment que la renonciation de la mère se heurtait au principe d'ordre public de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, et que l'adoption plénière aurait pour effet de consacrer une pratique illicite de maternité de substitution. Mais ce jugement fut infirmé par la Cour d'appel de Paris le 15 juin 1990. La Cour a effectivement reconnu

110. Sur le régime juridique de l'action en nullité, voir encore : Monéger, *supra* note 107 à la p 164.

111. Cass Ass plén, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *supra* note 4.

la validité de la technique de maternité pour autrui, ce qui a incité le procureur général à former un pourvoi dans l'intérêt de la loi.

Et l'Assemblée plénière, tout en se refusant d'affirmer la nullité de l'adoption plénière qui avait été prononcée au profit de la mère d'intention, a livré un raisonnement riche en enseignements. Elle a en effet, de manière concise et sans ambiguïté, condamné la technique de la maternité substituée opérée au moyen de l'adoption plénière d'un enfant mis au monde par une mère porteuse. Elle a ainsi estimé que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil en son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un « détournement de l'institution de l'adoption ».

Cette motivation peut parfois être lue dans certains jugements au Québec, dans des affaires où les faits sont sensiblement les mêmes. Par exemple, dans une cause entendue en 2009 par l'honorable Michel Dubois¹¹², le tribunal devait se prononcer sur une demande d'ordonnance de placement d'une enfant en vue de son adoption. La requérante et son conjoint avaient eu recours à une mère porteuse pour donner naissance à l'enfant en question. On peut citer ici quelques passages instructifs de ce jugement :

[13] Le couple n'a signé aucun papier avec la mère porteuse, mais une entente contractuelle verbale en bonne et due forme est intervenue comportant une rémunération pour services rendus.

[14] Il a d'abord été convenu que c'est par le moyen de l'insémination artificielle du sperme du père de l'enfant que l'on procéderait et c'est ce qui est survenu.

[15] Le couple a aussi convenu de verser la somme de vingt mille dollars (20 000 \$) à la mère porteuse pour couvrir les « inconvénients et dépenses » disent la requérante et son conjoint.

[16] Une fois l'entente conclue, les démarches ont été entreprises et la mère porteuse leur a annoncé être enceinte.

[17] Tout au long de la grossesse, la requérante a maintenu une communication étroite avec la mère porteuse, s'informant

112. *Adoption—091*, 2009 QCCQ 628 (disponible sur CanLII).

régulièrement de l'évolution de la grossesse et créant peu à peu un lien de confiance mutuelle au point d'en arriver à ce que la mère biologique consente à la présence de la requérante et du père de l'enfant à l'accouchement du bébé le [...] 2008 dans un hôpital de la ville A.

[18] La somme d'argent convenue a été versée à la mère porteuse par la requérante et le père de l'enfant et le bébé a donc été « livré » en bonne santé.

La requête a donc été rejetée par le tribunal, le juge Dubois expliquant que toute la démarche conçue et réalisée dans l'illégalité aboutirait finalement à un résultat légal, grâce à l'utilisation commode du critère passe-partout de l'intérêt de l'enfant. Il n'y a donc pas lieu, selon lui, de donner effet au consentement du père à l'adoption de l'enfant dans ces circonstances.

En 2012¹¹³, dans des circonstances assez similaires, c'était au tour de l'honorable Dominique Wilhelmy d'invoquer l'idée d'un détournement de l'institution d'adoption pour conclure qu'une « décision permettant le placement en vue de l'adoption de l'enfant aurait notamment pour effet de permettre à la requérante et son conjoint de contourner les dispositions du *Code civil du Québec* puisque le consentement de la mère de l'enfant est vicié »¹¹⁴.

Le « détournement d'institution » renvoie finalement à l'idée que l'adoption a pour objectif exclusif, en principe, de conférer un lien de filiation à un enfant qui en est dépourvu, et qu'il ne saurait en être autrement. Donc, dès lors que l'on admet que la maternité de substitution constitue un montage juridique visant à anticiper l'adoption future de l'enfant à naître, on se trouve bien dans une hypothèse de perversion volontaire de l'institution.

Bien entendu, et contrairement aux jugements québécois que l'on vient de citer, la décision en France n'a eu aucune incidence sur l'état civil de l'enfant puisque l'adoption plénière ne fut pas remise en cause; l'intérêt de l'enfant y était par conséquent préservé.

Reste cependant qu'on ne peut, d'un côté, interdire les conventions de maternité de substitution et, de l'autre, accepter de faire produire des effets juridiques à ce qui est prohibé. De toute évidence, l'adoption

113. *Adoption—12464*, 2012 QCCQ 20039 (disponible sur CanLII).

114. *Ibid* au para 64.

paraît inadaptée au sort de l'enfant issu de la maternité pour autrui. En effet, employée dans la phase finale de la maternité de substitution, elle a pour objet de rompre, et de rompre définitivement, le lien biologique, celui qui unit l'enfant et la mère qui l'a porté; elle a pour fin d'effacer en quelque sorte l'anormalité de la filiation au regard du but poursuivi¹¹⁵. C'est sans doute pourquoi la solution de cet arrêt a pu avoir un retentissant intérêt au-delà des faits de l'espèce. Il fallait clairement isoler le problème de l'adoption de celui de la validité du contrat, ou en tout cas du processus d'ensemble qui en constituait le support, et considérer qu'en présence d'un enfant abandonné par sa mère, l'intérêt était en réalité de permettre son adoption plénière par la femme de son père afin qu'il apparaisse, autant que faire se peut, comme l'enfant du couple, et ce, quelles que soient les circonstances de sa conception.

Ce principe a été réaffirmé par la première chambre civile le 29 juin 1994¹¹⁶, puis le 9 décembre 2003¹¹⁷, dans les mêmes circonstances. Dans les deux cas, une mère porteuse avait accepté d'être inséminée avec le sperme d'un homme marié à une femme stérile. Cette mère porteuse avait ensuite remis le nouveau-né aux parents d'intention, comme elle s'y était engagée. L'enfant, reconnu par le père, fut consenti en adoption plénière à son épouse. Reprenant le même raisonnement qu'en 1991, la Cour de cassation a déclaré l'adoption nulle dans les deux cas. Il s'agissait clairement, pour les hauts magistrats, d'un détournement de l'institution de l'adoption, réalisé au moyen d'une technique de maternité pour autrui dont le caractère illicite se déduisait des dispositions du *Code civil*.

Dans l'arrêt de 1994, l'enfant avait juste fait l'objet d'une adoption simple; cela n'a toutefois pas empêché la première chambre civile de relever que cette adoption constituait bien l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil en son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère.

115. Yves Chartier, rapport sous Cass Ass plén, 31 mai 1991, n° 90-20105, (1991) Bull civ n° 4; (1991) D 417 à la p 422.

116. Cass civ 1^{re}, 29 juin 1994, n° 92-13563, (1994) Bull civ I 165, n° 226; Jacqueline Rubellin-Devichi, « La nullité de l'adoption d'un enfant né de mère porteuse ou la précaution inutile » (1995) JCP II 22362.

117. Cass civ 1^{re}, 9 décembre 2003, n° 01-03927, (2003) Bull civ I 201, n° 252; Defrénois, (2004) n° 8, article 37926 aux pp 592-94 (note Jacques Massip).

De tout ce qui précède, on peut donc retenir que le refus opposé par les juges français au détournement de l'institution de l'adoption tient sur des équilibres en apparence très délicats : d'un côté, il faut préserver l'intérêt de l'enfant en garantissant à ce dernier une certaine stabilité filiale. De l'autre, il faut affirmer avec force l'attachement du système juridique français à l'interdit de la maternité pour autrui. Et, en cela, on peut observer que les juges québécois se livrent parfois aux mêmes arbitrages que leurs homologues français, avec les mêmes sensibilités. Par exemple, dans un jugement rendu le 7 janvier 2010¹¹⁸, l'honorable juge Dominique Wilhelmy a estimé que l'intérêt de l'enfant d'être adopté par la requérante (dans un dossier où cette dernière avait eu recours, avec son conjoint, à une mère porteuse) était bien réel, et que le tribunal devait donc favoriser les conditions les plus propices à son épanouissement¹¹⁹. Il est vrai que dans cette affaire, la mère porteuse reconnaissait avoir perçu des parents d'intention une somme d'argent variant entre 10 000 \$ et 15 000 \$ pour couvrir ce que les témoins ont désigné comme étant les inconvénients subis et le « remboursement des dépenses » engagées par la « mère porteuse »¹²⁰. Pour autant, en l'espèce, le tribunal n'a pas jugé utile de se prononcer sur la validité du contrat; il a plutôt cherché à faire bénéficier à l'enfant de sa « vraie filiation maternelle », celle conforme à la possession d'état. Les conditions légales de l'adoption étant ici réunies (le consentement spécial à l'adoption donné par la mère porteuse et le père biologique de l'enfant n'étant point vicié), rien n'empêchait logiquement le tribunal d'accueillir la requête pour ordonnance de placement de l'enfant en vue de son adoption.

Visiblement, la même philosophie habitait récemment les juges de la Cour d'appel du Québec lorsqu'ils ont accueilli la requête pour ordonnance de placement en vue de l'adoption d'une fillette née à la suite du recours par un couple à une donneuse d'ovule et une mère porteuse, toutes deux rémunérées par le couple « commanditaire »¹²¹. Pour la Cour, autoriser en l'espèce l'adoption de l'enfant par sa mère d'intention était la « solution qui respecte le mieux le principe fondamental énoncé à l'article 522 CcQ, qui veut que tous les enfants dont la filiation est établie aient les mêmes droits et les mêmes obligations,

118. *Adoption—10539*, 2010 QCCQ 21132 (disponible sur CanLII).

119. *Ibid* au para 57.

120. *Ibid* au para 13.

121. *Adoption—1445*, 2014 QCCA 1162 au para 68 (disponible sur CanLII).

quelles que soient les circonstances de leur naissance»¹²². Une telle solution semble être, ici, « la moins insatisfaisante »¹²³ au regard des enjeux en présence.

On peut par conséquent supposer qu'à l'avenir, les juges québécois se prononceront de plus en plus en faveur de l'adoption des enfants nés de mères porteuses « sur la base, tout à la fois de l'intérêt de l'enfant, de la bonne foi des parties, de l'égalité des enfants et du fait que la demande d'adoption ne constitue pas l'exécution d'un contrat nul, pas plus que cette nullité ne peut affecter d'autres personnes que les parties au contrat »¹²⁴. Et on peut aussi souhaiter que la même dynamique s'installe dans les raisonnements judiciaires en France, conduisant à distinguer systématiquement le « contrat » de la filiation de l'enfant. Un tel pari semble malheureusement, pour l'heure, loin d'être relevé, lorsqu'on s'intéresse plus précisément au sort réservé par les juges français aux contrats de mère porteuse conclus à l'étranger.

B. Les contrats de mère porteuse conclus à l'étranger

Le « tourisme procréatif » est né de la tentation de certains couples, confrontés au rejet par le droit français de la pratique des mères porteuses, de contourner l'interdit « en allant fabriquer des enfants dans des États autorisant la gestation pour autrui, puis en revenant en France pour forcer le droit français à reconnaître leur situation juridique »¹²⁵.

Le phénomène est assez connu dans tous les systèmes juridiques qui prohibent la maternité pour autrui¹²⁶, comme en témoignent les faits divers régulièrement rapportés dans la presse. Mais en France, c'est par l'entremise d'une série de décisions très commentées que la jurisprudence va tenter de construire une sorte de « théorie générale » du refus de faire produire, sur le territoire français, des effets juridiques

122. *Ibid.*

123. *Ibid* au para 66. Expression empruntée au professeur Benoît Moore, et employée par le juge Yves-Marie Morissette.

124. Moore, « Maternité de substitution », *supra* note 90 à la p 871.

125. Muriel Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », note sous Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, (2013) D 2384 à la p 2386 [Fabre-Magnan, « Le refus »].

126. Par exemple, sur le cas du Québec, voir l'édifiante étude de Marie-France Bureau et Édith Guilhermont, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois » (2011) 4:2 RD & santé McGill 45.

aux conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger. Elle dévoilera en réalité, lors de divers cas qui ont donné lieu à un rappel des principes essentiels de notre système de droit (principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe de l'indisponibilité du corps humain ou encore principe de dignité de la personne humaine), toute la complexité et surtout l'incohérence de l'état du droit positif français face à cette pratique des mères porteuses.

En effet, alors que d'un côté la plupart des solutions jurisprudentielles retiennent, sur le fondement de l'ordre public international et de la fraude à la loi, une nullité absolue des contrats de gestation pour autrui conclus dans des pays tiers (1), de l'autre, l'intérêt supérieur de l'enfant semble totalement relégué au second plan, notamment par le refus catégorique de transcrire sur les registres de l'état civil les actes de naissance de ces enfants nés de contrats de gestation pour autrui valablement conclus à l'étranger (2).

1. Le refus au nom de l'ordre public et en raison de la fraude à la loi

Les récentes évolutions de la jurisprudence, s'agissant de la réception en droit français des conventions de mère porteuse conclues à l'étranger, ont laissé apparaître un sentiment de malaise dans la communauté des juristes, et bien au-delà. La littérature abondante sur la question¹²⁷ nous contraint ici à limiter notre analyse à trois temps majeurs — correspondant à trois séries d'arrêts rendus par les plus hautes juridictions judiciaire et administrative, — qui illustrent bien l'incohérence du système français.

Acte 1. Par trois arrêts rendus simultanément en 2011¹²⁸, à propos de l'état civil d'enfants tous nés de mères porteuses américaines à la suite de contrats conclus avec des couples français, la première chambre civile de la Cour de cassation a catégoriquement opposé son refus à la transcription sur les registres français des actes de naissance des enfants concernés. Elle a clairement retenu qu'en l'état actuel du droit positif, il était contraire au principe de l'indisponibilité de l'état

127. La succession des décisions rendues entre 1994 et 2011, ainsi que le détail des faits et des procédures judiciaires en la matière, ont par exemple été remarquablement présentés par Monéger, *supra* note 107 aux pp 159-63.

128. Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011 : Denis Berthiau et Laurence Brunet, « L'ordre public au préjudice de l'enfant » (2011) D 1522; Marc Domingo, « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille » (2011) 132 Gaz Pal 13; (2011) JCP G, n° 441 (obs F Vialla et V Reynier).

des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public en France.

Dans le premier arrêt¹²⁹, il était question de reconnaître ou de ne pas reconnaître l'acte de naissance d'un petit garçon né le 30 mai 2001 dans le Minnesota. Un jugement du 4 juin 2001 avait en effet prononcé l'adoption de l'enfant par sa mère d'intention. Son acte de naissance américain désignait donc le couple comme étant son père et sa mère. Cependant, la transcription de cet acte de naissance a été refusée en France par les juges du fond.

Le second arrêt¹³⁰ concernait l'acte de naissance d'une petite fille née le 21 octobre 2001, dressé dans le Minnesota le 1^{er} novembre 2001. Cet acte indiquait les époux commanditaires comme étant ses père et mère. Une fois revenus en France, ces derniers avaient obtenu un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de la fillette. Mais le ministère public refusa de porter mention de l'acte de notoriété à l'état civil.

Quant au troisième arrêt¹³¹, il faisait suite à l'annulation de la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance californiens de deux jumelles nées en Californie le 5 octobre 2000 après que leurs parents aient eu recours à une mère porteuse.

Contre donc tous ces refus de conférer une validité aux actes de naissance des enfants nés hors du territoire français, les parents ont formé des pourvois en cassation, et espéraient une miraculeuse compassion de la part de la Cour de cassation.

Or, pour la Cour, accepter de transcrire ces actes parfaitement licites à l'étranger revenait à faire produire des effets juridiques aux contrats qui en sont à l'origine. Cette solution repose en fait, on le voit, sur l'affirmation du caractère illicite du contrat initial passé entre la gestatrice et le couple « commanditaire », contrat qui sert en réalité de fondement juridique aux actes d'état civil établis à l'étranger¹³².

129. Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, (2011) Bull civ I, n° 71.

130. Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, (2011) Bull civ I, n° 70.

131. Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, n° 10-19.053, (2011) Bull civ I, n° 72.

132. Claire Neirinck, « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né » (2011) 5 Dr fam 19.

Mais une telle position contient en même temps une part d'incertitude, s'agissant précisément de la situation des enfants. Selon la Cour de cassation, les enfants concernés ne sauraient être privés d'une filiation paternelle et maternelle reconnue par le droit étranger et ne sauraient être empêchés de vivre avec leurs parents désignés par le droit étranger. De ce fait, quoique frappé d'inefficacité, le droit étranger est logiquement amené à engendrer sur le territoire français des effets normatifs qui légitiment la vie familiale normale menée par les intéressés¹³³! Il n'y aurait donc, à lire la solution de la Cour, ni atteinte au respect de la vie privée et familiale ni atteinte à l'intérêt supérieur des enfants.

Et c'est justement ce dernier aspect qui caractérise le second « temps » de la construction prétorienne d'une incohérence face aux conventions de gestation pour autrui conclues hors du territoire français.

Acte 2. Un mois après ces trois arrêts de la Cour de cassation, c'était au tour du Conseil d'État de statuer cette fois-ci sur la paternité d'un homme qui avait eu recours aux prestations rémunérées d'une mère porteuse indienne¹³⁴.

Deux jumelles étaient nées à Bombay le 20 décembre 2010 de ce contrat de gestation pour autrui non réglementé par le droit indien. Le père français, ayant aussitôt reconnu les enfants, avait demandé au consulat de France à Bombay de transcrire les actes de naissance indiens et de délivrer deux passeports aux jumelles. Mais par une décision du 17 mars 2011, le procureur de la République du tribunal de grande instance de Nantes s'opposa à cette transcription. *Idem* pour le consul général de France à Bombay qui, sur instruction du ministère français des Affaires étrangères et européennes, refusa de délivrer les passeports sollicités par le père. Ce dernier saisit alors le juge des référés du tribunal administratif de Lyon, sur le fondement de l'article L. 521-2 du *Code de la justice administrative*.

Sans réelle surprise, le juge des référés admit effectivement l'urgence et l'atteinte aux droits familiaux des enfants, et enjoignit au ministère des Affaires étrangères de délivrer des documents de voyage

133. Bertrand Ancel, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée » dans *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, *supra* note 82, 1 à la p 8.

134. CE, 4 mai 2011, n° 348778, *Juris-data* n° 2011-007720.

aux enfants pour leur permettre d'entrer en France avec leur « père ». La décision fut toutefois contestée par les autorités administratives françaises, qui saisirent immédiatement le Conseil d'État pour en obtenir l'annulation. La réponse du Conseil d'État fut certes nuancée, mais assez ferme : le géniteur qui a reconnu les jumelles nées d'une gestation pour autrui pratiquée en Inde peut faire venir ses filles en France. La circonstance selon laquelle la conception de ces enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant.

La même solution est réaffirmée deux mois plus tard dans une autre affaire¹³⁵.

L'intérêt supérieur des enfants justifie donc que l'administration française octroie des documents d'identité permettant l'entrée des enfants en France, dès lors que ceux-ci sont accompagnés de l'homme qui est désigné par l'acte de naissance du pays étranger comme étant le père.

Et contrairement à ce qui a pu être écrit¹³⁶, nous sommes plutôt d'avis que l'arrivée des enfants en France n'entérine en rien le recours aux contrats de gestation pour autrui prohibés en droit français. Il ne s'agit pas ici de crier à une quelconque promotion du tourisme procréatif, mais de regarder, humainement et sereinement, la situation juridique de ces enfants qui auraient été empêchés de rentrer en France avec un père, certes « fraudeur », mais incontestablement géniteur comme l'ont démontrés les tests ADN effectués.

Pour autant, le « feuilleton indien » était loin d'être clos.

Acte 3. L'apothéose ! Lors de deux retentissants arrêts du 13 septembre 2013¹³⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation est revenue à la charge. Elle en a profité pour lever (ou semer, c'est selon)

135. CE, 8 juillet 2011, n° 350486, *Juris-data* n° 2011-013610.

136. Claire Neirinck, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », note sous CE, 4 mai 2011, n° 348778, (2011) 6 *Dr fam* 34, qui a même estimé, assez excessivement, que ce qui se jouait dans cet arrêt était « grave en termes de civilisation et de société ».

137. Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138, (2013) Bull civ I, n° 176; Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315, (2013) Bull civ I, n° 176.

l'incertitude concernant le statut du géniteur qui a recours aux services d'une mère porteuse pour procréer¹³⁸.

En retenant, en effet, que le géniteur ne pouvait pas devenir, en France, le père juridique de l'enfant conçu par le recours à une mère porteuse indienne — puisque sa naissance serait l'aboutissement, en fraude à la loi¹³⁹, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour autrui —, la Cour semble avoir définitivement scellé le sort de cet enfant.

Reprenons les faits dans ces deux espèces.

Des enfants sont nés à Mumbai, en Inde, et déclarés à l'état civil indien comme ayant un père français et une mère indienne. Il s'agissait, dans le premier cas, d'une petite fille, et dans le second, de deux jumeaux. Dans les deux cas, le futur père avait fait une reconnaissance prénatale en France. À la naissance, il avait ensuite demandé la transcription des actes de naissance au consulat de France, avec l'indication de la gestatrice comme mère et de lui-même comme père. Dans les deux cas, le procureur de la République avait formé une opposition aux demandes.

Par un arrêt du 10 janvier 2012, la Cour d'appel de Rennes a effectivement annulé la reconnaissance du père de la fillette, en rejetant, du même coup, la demande de transcription. Pour les juges, les circonstances de la cause démontraient l'existence non seulement d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public¹⁴⁰.

Par contre, la même Cour d'appel de Rennes a, dans une décision du 21 février 2012 à propos de l'autre affaire dite « des jumeaux », ordonné une transcription des actes de naissance des enfants concernés, en retenant que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. En clair, c'est le couple formé du père biologique et de la mère porteuse

138. Marie-Christine Le Boursicot, « Semer n'est pas récolter. Les déboires des géniteurs ayant recours à une "mère porteuse" » (2013) 11:5 RJPF 6.

139. Sur l'imprécision qui entoure cette notion de « fraude à la loi », voir notamment : Bernard Audit, *La fraude à la loi*, thèse Paris II, Paris, Dalloz, 1974, n° 11 et s. L'auteur y définit le terme de fraude comme un comportement par lequel le sujet tente de se soustraire à une règle obligatoire.

140. CA de Rennes, 10 janvier 2012, n° RG : 11/01846.

qui était désigné comme « parents » de l'enfant, et l'acte de naissance satisfaisait aux exigences de l'article 47 du *Code civil*¹⁴¹.

Le pourvoi en cassation a été formé, dans le premier cas, par le géniteur et la mère porteuse et, dans le second, par le procureur de la République près la Cour d'appel de Rennes.

La réponse de la première chambre civile, dans deux arrêts très commentés du 13 septembre 2013¹⁴², fut pourtant la même dans les deux cas :

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, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public.

Très clairement, la haute juridiction retient donc que, pour toujours, l'ordre public et la fraude à la loi font échec à toute réception dans notre système juridique de conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger. Elle réaffirmera cette position de principe le 19 mars 2014¹⁴³, dans des circonstances similaires¹⁴⁴, en jugeant que l'existence d'une convention de gestation pour autrui entre un Français et une jeune femme indienne caractérise « un processus frauduleux, dont la naissance de l'enfant [est] l'aboutissement ». Puis, la Cour de

141. CA de Rennes, 21 février 2012, n° RG : 11/02758.

142. Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, *supra* note 137; Fabre-Magnan, « Le refus », *supra* note 125 aux pp 2384-88; Le Boursicot, *supra* note 138; Claire Neirinck, « Fraude et ordre public contre reconnaissances paternelles et transcriptions des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui » (2013) 11 Dr fam 24 [Neirinck, « Fraude »]; Véronique Legrand, « Reconnaissance d'une convention de gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger : la Cour de cassation durcit le ton... » (2013) 196 Petites Affiches 7.

143. Cass civ 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, (2014) Bull civ I n° 45, comm 74 (note C Neirinck); Jeremy Heymann, « Convention de mère porteuse et refus de transcription de l'acte de naissance étranger : *bis repetita non placent* ! » (2014) 21-22 JCP 1051-54.

144. Dans cet arrêt, il était encore question de la naissance à Mumbai, en Inde, d'un enfant, Cylian, à la suite d'un contrat de mère porteuse conclu entre sa mère indienne et un homme de nationalité française qui l'avait reconnu. Ce dernier a demandé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil. Par un arrêt du 15 janvier 2013, la Cour d'appel de Rennes avait ordonné cette transcription, en jugeant que l'acte de naissance était tout à fait régulier et mentionnait bien comme « parents » l'homme français et la femme indienne. La Cour de cassation n'est pourtant guère de cet avis, et casse l'arrêt d'appel, au visa des articles 16-7, 16-9 et 336 du *Code civil*, pour refus de sanctionner la fraude résultant du processus même de la gestation pour le compte d'autrui.

conclure au rejet de la demande de transcription de l'acte de naissance par les autorités administratives françaises.

La doctrine de la jurisprudence française semble par conséquent définitivement tracée en ce qui concerne le sort des enfants issus de contrats de gestation pour autrui réalisés en pays étrangers : ils sont condamnés, sinon à ne pas avoir une identité juridique en France, en tout cas à mener une existence juridique incertaine. Et c'est bien cette situation d'incertitude qui constitue inéluctablement une sérieuse entorse à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Quid de l'intérêt supérieur de l'enfant?

L'intérêt supérieur de l'enfant est, chacun le sait, une notion à contenu dense, que ce soit en France ou au Québec. Non seulement le concept peut être perçu comme « à la fois le but légitime et la mesure de l'atteinte aux droits parentaux »¹⁴⁵, mais il peut aussi renvoyer à un objectif de nature politique, qui serait assigné aux États notamment par la *Convention internationale des droits de l'enfant*¹⁴⁶ du 20 novembre 1989¹⁴⁷. Rappelons, au passage, que la France et le Canada ont tous les deux signé et ratifié ce texte international¹⁴⁸, et que le Québec, après avoir procédé à une évaluation de sa législation, s'est engagé par décret du 9 décembre 1991 à le respecter¹⁴⁹.

Dans les décisions que l'on vient d'étudier, la prise en considération par la jurisprudence de l'intérêt supérieur de l'enfant aurait sans doute nécessité une appréciation *in concreto* de la situation de chaque enfant issu d'un contrat de mère porteuse. Bénéficiaire du privilège d'être juridiquement traité comme l'enfant de son géniteur — étant donné que la mère porteuse étrangère consent au fait que l'homme puisse rentrer en France avec son enfant — lui offrirait certainement davantage de sécurité juridique pour mener une existence sereine, loin de la polémique suivant laquelle il serait le produit d'une fraude ou encore d'un

145. Adeline Gouttenoire, « La *Convention internationale des droits de l'enfant* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » dans Patrick Courbe et al, dir, *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2007, 495 à la p 504.

146. RT Can 1992, n° 3, Rés AG 44/25 Annexe.

147. L'article 3 de cette Convention évoque en effet le fait que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une « considération primordiale » pour les États membres.

148. Le Canada a ratifié la Convention le 13 décembre 1991 (entrée en vigueur le 12 janvier 1992) et la France, le 2 juillet 1989 (entrée en vigueur le 6 septembre 1990).

149. *Convention relative aux droits de l'enfant*, D 1676-91, (1992) GOQ II, 51 (9 décembre 1991).

honteux trafic. De plus, permettre l'adoption de cet enfant, au nom de son intérêt supérieur, semble être « la solution la plus favorable au respect de ses droits fondamentaux »¹⁵⁰. En clair, puisque l'article 7 de la Convention de l'ONU reconnaît à l'enfant « le droit à une filiation, ainsi que celui de connaître ses parents et d'être élevé par eux », et que l'article 21 du même texte « reprend le principe directeur de l'intérêt supérieur de l'enfant [...] en l'appliquant, de manière primordiale, en matière d'adoption »¹⁵¹, refuser de prononcer l'adoption de cet enfant sous le seul prétexte qu'il est né à la suite d'une convention de mère porteuse apparaît pour le moins contraire à ses droits fondamentaux.

C'est notamment pour cette raison que lorsque l'on reprend justement les arguments juridiques invoqués pour neutraliser les effets de la réception en droit français d'une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue à l'étranger, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui poussent la Cour de cassation à persister à maintenir son point de vue quant à une situation visiblement boiteuse, et incompréhensible, au regard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, pour des enfants qui sont privés d'actes d'état civil.

En effet, certes l'argument de l'ordre public peut très bien servir à défendre les grands principes de justice universels considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue¹⁵². Toutefois, comme l'a parfaitement relevé un auteur¹⁵³, la prohibition de la maternité de substitution elle-même ne semble pas aujourd'hui une valeur intangible pour l'opinion française, pas plus qu'elle ne l'est pour l'opinion québécoise, par exemple. Au contraire, certains sondages montrent que la majorité des Français interrogés jugent la pratique des mères porteuses acceptable ou la croit déjà légale.

Il est vrai que, juridiquement, personne ne peut aujourd'hui soutenir que l'exploitation des facultés gestatrices des femmes est un droit de l'Homme, et que la vente des enfants est conforme à leur intérêt¹⁵⁴. Et

150. Michelle Giroux, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant » (2011) 70 R du B 511 à la p 543.

151. *Ibid* aux pp 541-42.

152. Suivant la formule de l'arrêt « Lautour », Cass civ, 25 mai 1948, (1949) Rev crit DIP 89 (note H Battifol).

153. Michel Farge, « Les jumelles *Menesson* issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible » (2010) 9 Dr fam 23 au n° 9.

154. Fabre-Magnan, « Le refus », *supra* note 125 à la p 2388.

personne ne peut non plus contester le fait que le recours à la procréation et à la gestation pour autrui implique, dans bien des cas, « l'exploitation d'un corps humain assimilé à un incubateur, le contrôle de la vie et de la liberté de la parturiente pendant la durée de la grossesse par le commanditaire, la procréation d'un enfant par contrat, la mise dans le commerce marchand des forces procréatrices humaines et la remise en cause de l'indisponibilité de l'état civil »¹⁵⁵.

Mais face à l'impasse juridique dans laquelle se trouvent les parents français à qui l'on refuse une transcription de l'état civil de leur enfant né à l'étranger à la suite d'un contrat de mère porteuse, il est possible d'imaginer une atténuation de l'ordre public international français, au nom justement de l'intérêt supérieur de l'enfant et du principe selon lequel l'enfant ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables¹⁵⁶. Une telle atténuation de l'ordre public est déjà en vigueur devant certains tribunaux au Québec.

Dès lors que la situation de « fraude » serait ainsi créée à l'étranger, le droit français n'aurait donc en principe qu'à en tirer les conséquences pratiques pour l'enfant, en validant le lien de filiation illicitement créé loin de nos frontières et de nos valeurs. Cela éviterait que l'enfant en question ne soit, en quelque sorte, un « handicapé de l'état civil », selon la formule du professeur Xavier Labbée¹⁵⁷.

Justement, en ce qui concerne l'argument tiré de la fraude à la loi¹⁵⁸, ultime arme déployée par la Cour de cassation pour éviter de confronter l'intérêt supérieur de l'enfant au principe de prohibition de la maternité pour autrui, il peut lui aussi être discuté au regard du désintérêt affiché par les arrêts à l'égard des droits fondamentaux des enfants conçus à la suite de contrats de mère porteuse conclus à l'étranger : peut-on, objectivement, faire peser sur ces enfants la

155. Neirinck, « Fraude », *supra* note 142.

156. Johanna Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? » dans *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, *supra* note 82 à la p 176 et les références qui y sont citées.

157. « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite » (2007) D 1251 au n° 18.

158. La fraude, ici, résulte du fait que les intéressés cherchent à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés, mais formellement légaux à l'étranger. C'est pourquoi, selon Aude Mirkovic, « Précisions de la Cour de la cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger » (2013) 39 JCP 1731, fermer les yeux sur la fraude reviendrait, pour la Cour de cassation, à accepter la violation des principes de dignité des personnes, d'indisponibilité du corps humain, sa non-patrimonialité, et à inciter à l'abandon d'enfant ainsi que la rémunération de cet abandon.

responsabilité du comportement frauduleux de leurs géniteurs? Il va de soi qu'une réponse négative s'impose ici.

Ainsi que l'a très bien analysé Marie-Christine Le Boursicot¹⁵⁹, la vie quotidienne des familles concernées risque d'être compliquée en raison du fait que le géniteur devra constamment justifier sa paternité par les documents d'état civil étranger, et que son conjoint ou sa conjointe n'aura aucun titre à faire valoir. Selon cette auteure, pour éviter ces discriminations, il pourrait aussi être envisagé de reconnaître à ces enfants une filiation putative, comme dans l'hypothèse d'un mariage nul, second mariage appliquant une bigamie, par exemple. En vertu de l'article 202 du *Code civil*, en effet, le mariage nul produit ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi, le juge statuant alors sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce. Les enfants issus d'une gestation pour autrui pourraient logiquement se voir reconnaître des droits, y compris successoraux, en adaptant cette notion de putativité. L'idée mérite certainement d'être approfondie dans la perspective d'une réforme législative de l'interdiction des contrats de maternité de substitution. Quoi qu'il en soit, puisque la balle est désormais dans le camp du législateur, nous voilà donc revenus au point de départ; on peut alors, légitimement, se demander si l'extrême fermeté de la loi, à l'origine de l'incohérence de la jurisprudence, a encore un sens de nos jours.

CONCLUSION

Le temps est venu de conclure sur un débat qui ne fait peut-être que commencer en France comme au Québec.

En effet, le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a condamné la France pour violation du droit à une vie privée et familiale (garanti par l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*)¹⁶⁰, dans le cadre d'un

159. Le Boursicot, *supra* note 138 à la p 10.

160. *Mennesson c France*, n° 65192/11, [2014] CEDH, 26 juin 2014, et *Labassee c France*, n° 65941/11 : Béatrice Pastre-Belda, « Droit au respect de la vie privée et familiale. Obligation de reconnaître le lien de filiation entre un père et son enfant biologique né d'une GPA à l'étranger » (2014) 28 JCP 1398; Claire Neirinck, « Quand les droits de l'Homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation par autrui » (2014) 9 Dr fam 31.

recours intenté par les parents des deux jumelles nées en Californie et ceux de la fillette née en 2001 dans le Minnesota à la suite de contrats de mère porteuse conclus entre des citoyennes américaines et deux couples de Français¹⁶¹. À l'unanimité, les juges européens ont considéré que la position de la Cour de cassation française, consistant à refuser de transcrire à l'état civil les actes de naissance des enfants nées aux États-Unis, constitue pour ces dernières une privation de droits au seul motif de leur mode de conception. Pèse désormais donc une obligation de reconnaissance par les instances juridictionnelles françaises du lien de filiation, lorsque la convention de maternité pour autrui est conclue à l'étranger et qu'il existe une réalité biologique entre l'enfant et son parent français. Le retentissement médiatique exceptionnel qu'a connu cette décision invite très clairement les politiques à se saisir de la question du « tourisme procréatif », dans l'intérêt supérieur des enfants en cause.

Et le 21 octobre 2013, M^{me} Dominique Bertinotti, alors ministre déléguée à la Famille, avait procédé à la mise sur pied de quatre groupes de réflexion chargés de travailler sur les contours d'une « Grande loi famille »¹⁶². Pour l'heure, le gouvernement français semble avoir mis ce projet de loi en « veilleuse », en raison notamment des grandes tensions qui entourent l'idée même de revenir sur les principes fondamentaux du droit de la famille.

L'un des quatre groupes de réflexion, présidé par la sociologue Irène Théry, a eu en tout cas la délicate mission de dégager des propositions concrètes en matière de filiation, d'accès aux origines et de parentalités. En ce qui concerne précisément la question de la prohibition des conventions de maternité pour autrui, le rapport de ce groupe de travail préconise, par exemple, de susciter un débat public argumenté et de permettre la reconnaissance de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, les solutions jurisprudentielles actuelles étant « inadaptées et préjudiciables aux enfants »¹⁶³.

161. Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, *supra* note 131, et Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, *supra* note 130.

162. « Projet de « loi famille » : quatre groupes de travail » (2013) 11:1 RJPF 5.

163. Voir France, ministère des Affaires sociales et de la Santé et ministre délégué chargé de la Famille, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* à la p 185 et s (2014 : rapport présenté par Irène Théry), en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf>.

Il faudra de toute évidence, avec réalisme et sans passion, revenir sur le principe de l'interdit légal qui frappe ces pratiques, en s'ouvrant par exemple — sans nécessairement vouloir laisser prospérer un quelconque « *law shopping* » dont le seul but serait d'éluder la loi française¹⁶⁴ — sur des expériences et des enseignements qui viennent d'ailleurs. À ce propos, on vient de le voir, les arguments empreints d'humanisme déployés par certains tribunaux québécois peuvent naturellement servir de modèle pour la jurisprudence française. Par exemple, pourquoi les juges français ne considéreraient-ils pas dans certaines circonstances, comme cela a été relevé en 2009 par l'honorable Claude Tremblay de la Cour du Québec¹⁶⁵, que l'interdiction légale de la maternité de substitution se limite aux cas où la mère porteuse perçoit une rémunération pour prestation de services? Cela aurait au moins l'avantage de permettre parfois l'adoption, par des parents d'intention de bonne foi, d'un enfant qui serait né à la suite d'un recours à une mère porteuse totalement désintéressée¹⁶⁶.

Continuer à refuser à tout prix l'adoption de tous les enfants nés de mères porteuses ne revient-il pas à faire peser sur eux le comportement de leurs parents? Et si détournement de l'institution de l'adoption il y a, n'est-il pas le fait des parents et non des enfants?

En tout état de cause, dissocier — au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant — la nullité des conventions de mère porteuse de l'adoption (comme institution permettant à un enfant de créer un lien avec un parent) pourrait par exemple constituer une première réponse louable à l'incertitude juridique dans laquelle se retrouvent les enfants français issus de contrats de gestation pour autrui réalisés à l'étranger.

S'agissant, *in fine*, des « peurs » que ressentent celles et ceux qui ont applaudi à l'argument de fraude à la loi brandi par la Cour de cassation pour mettre définitivement fin aux tentatives de contournement du principe de l'interdiction de la gestation pour autrui, on peut également reprendre, très calmement, quelques contre-arguments pour les rassurer quant aux effets supposés destructeurs d'une légalisation contrôlée de cette pratique.

164. Fabre-Magnan, « Le refus », *supra* note 125 à la p 2388.

165. *Adoption*—09184, 2009 QCCQ 9058 (disponible sur CanLII).

166. Dans la cause entendue par le juge Tremblay, *ibid*, c'était la tante par alliance de la mère d'intention de l'enfant qui avait accepté, avec le consentement de son conjoint, d'agir de manière totalement gratuite comme mère porteuse au profit des parents d'intention.

D'abord, rien ne permet aujourd'hui d'affirmer — ni sociologiquement ni scientifiquement — que :

si la maternité de substitution était autorisée, on assisterait à des déchirements entre des couples payeurs et des mères porteuses qui souhaiteraient finalement garder leur enfant; qu'on verrait des enfants handicapés ou diminués dont personne ne voudrait plus; des situations où le couple ayant commandé l'enfant s'est séparé pendant la grossesse de la mère porteuse et se déchire à propos de l'enfant, soit que les deux veuillent le garder, soit au contraire qu'ils n'en veuillent plus; des cas où la mère porteuse est victime de dommages physiques pendant la grossesse ou l'accouchement, ou souffre de dépression ou de troubles psychologiques à la suite de la séparation d'avec son enfant, etc., etc.¹⁶⁷.

Ne confondons donc pas fictions et réalité. En droit, comme dans toute chose d'ailleurs, la peur est mauvaise conseillère; la prudence, assurément, une vertu constructive.

Ensuite, à supposer que ces fictions puissent se transformer en réalités, des garde-fous juridiques peuvent être imaginés pour pallier les éventuelles dérives. Par exemple, ainsi que l'a suggéré Alain Sériaux¹⁶⁸, il est possible de prévoir dans la loi, comme c'est déjà le cas en France en matière d'assistance médicale à la procréation (articles 311-19 et 311-20 du *Code civil*), que dès la mise en place de l'opération (contrat de maternité de substitution), le consentement des parents d'intention les engage irrévocablement à assumer juridiquement leur parentalité vis-à-vis de l'enfant à naître. Ce serait sans doute un moyen efficace, parmi tant d'autres, de responsabiliser les « commanditaires » qui seraient tentés de prendre à la légère le projet parental. Dans le même ordre d'idées, et au regard de l'internationalisation de l'enjeu de promotion des droits de l'enfant à l'échelle mondiale dont la vocation serait d'inciter les États à adhérer à un cadre normatif plus protecteur de l'intérêt et des droits fondamentaux de l'enfant dans le contexte précis des contrats de mère porteuse — et il ne serait pas déraisonnable de songer à ériger un texte international, à l'image de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui vient de fêter son

167. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*, *supra* note 9 aux pp 13-14.

168. « Maternité pour le compte d'autrui: la mainlevée de l'interdit » (2009) D 1215 au n° 18.

25^e anniversaire¹⁶⁹. Un tel traité international — auquel adhéreraient, à coup sûr, la France et le Canada — pourrait par exemple prévoir une obligation pour les États membres de clarifier leurs législations en la matière, en prévoyant par exemple une interdiction pour leurs ressortissants de recourir au service rémunéré de mères porteuses en état de vulnérabilité sociale à l'étranger. Ce serait peut-être un pas considérable vers une éthicisation, à l'échelle des législations internes des États, de l'encadrement des conventions de procréation et de gestation pour le compte d'autrui.

Enfin, à vouloir forcément trouver une sanction à la fraude à la loi, ne vaudrait-il pas mieux, ainsi que l'a aussi préconisé Michel Farge¹⁷⁰, s'en remettre au droit pénal? Car, à y réfléchir, il n'est guère concevable que, pour sanctionner les parents, les enfants — par hypothèse innocents — soient privés de leur filiation¹⁷¹. Et pour s'en convaincre, il suffirait que ce soit les enfants eux-mêmes qui réclament la reconnaissance de leur filiation : serait-il acceptable de leur opposer le comportement frauduleux de leurs parents¹⁷²?

Au bout du compte, en France comme au Québec, les réformes à venir en matière de filiation, et plus précisément les discussions portant sur l'opportunité ou non d'une levée (éthique) de l'interdit de la pratique des mères porteuses, doivent tenir compte d'une seule et même réalité : « l'enfant est au centre de la vocation ou mission du droit de la famille, dans son volet filiation et parentalité. S'il n'en est pas le seul sujet, il doit en demeurer le principal bénéficiaire. En d'autres termes, c'est autour du principe de l'intérêt de l'enfant que le droit de la filiation et de la parentalité doit (à l'avenir) s'articuler »¹⁷³.

169. Voir, à ce propos : Richard Ouedraogo, « Vingt-cinquième anniversaire de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* : retour sur la justiciabilité en droits français et canadien d'un des plus importants textes internationaux de notre époque » (2014) RDLF Chron n° 24.

170. Michel Farge, « Les jumelles *Mennesson* issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français abouti à une situation boiteuse inadmissible » (2010) 9 Dr fam 12 au n° 12.

171. *Ibid.*

172. *Ibid.*

173. Extrait du Rapport préliminaire du Comité consultatif sur le droit de la famille à propos de l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf>. Ce rapport a été remis au ministre de la Justice, M. Bertrand Saint-Arnaud, le 12 septembre 2013.

L'enfant, « fleur précieuse, à cultiver en serre chaude », écrivait aussi le doyen Jean Carbonnier¹⁷⁴ il y a presque une vingtaine d'années... Espérons que les législateurs français et québécois sauront donner du sens à cette formule.

174. Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996 à la p 232.