

UNIVERSITÉ PARIS DESCARTES
Faculté de Médecine
Laboratoire d'Ethique Médicale
et Médecine Légale
Directeur : Professeur Christian HERVÉ

MASTER 2 "RECHERCHE EN ÉTHIQUE"

ANNÉE UNIVERSITAIRE 2011-2012

**L'INTÉRÊT DE L'ENFANT EN DROIT PRIVÉ
DANS LE CADRE EXCLUSIF
DES CONVENTIONS DE GESTATION POUR AUTRUI
CONCLUES A L'ÉTRANGER PAR DES RESSORTISSANTS FRANÇAIS**

Présenté et soutenu par ANNE VERDIER-PARENT

Directeur du mémoire : MONSIEUR ÉRIC MARTINENT

*« Vos enfants ne sont pas vos enfants
Ils sont fils et filles du désir de Vie en lui-même
Ils viennent par vous mais non de vous,
Et bien qu'ils soient avec vous, ce n'est pas à vous qu'ils appartiennent... »*

Des enfants.

Khalil Gibran, *Un prophète et son temps*.

A l'issue de ce travail, je voudrais remercier les personnes qui suivent :

- En tête de file bien sûr, Monsieur Eric Martinent, mon guide pédagogique mais surtout celui dont la présence sans faille m'a soutenue et encouragée ;
- Monsieur le Professeur Christian Hervé, pour la porte ouverte sur ce master et les lumières qu'il a su nous apporter tout au long de notre cheminement ;
- Monsieur Grégoire Moutel qui a ouvert mon champ d'investigation sous l'angle éthique et précisément à propos de la gestation pour autrui ;
- Monsieur Jean-Christophe Coffin qui a su tempérer son rôle de correcteur par son attention toujours prévenante à notre égard ;
- Madame Marie-Françoise Courteau, Madame Nadia Anglio et Madame Jeanne Bosse, actrices indispensables au bon fonctionnement de notre master ;
- Mes compagnons de route de cette année : les médecins, dont la rencontre improbable s'est révélée formidable et surtout mes « sœurs d'armes », porteuses de mes rires et de mes confidences ;
- Mes parents, mon soutien indéfectible.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....p. 8

TITRE I. L'interdiction de la gestation pour autrui fondée sur l'interprétation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant par les parents intentionnels.....p. 13

CHAPITRE I. La demande d'autorisation de la gestation pour autrui initiée par le droit de fonder une famille.....p. 14

SECTION I. L'émergence d'un « droit fondamental » à fonder une famille.....p. 15

§ I. La préliminaire construction législative du droit de ne pas avoir d'enfant.....p. 15

a) *La demande de contraception fondée sur le droit des femmes à disposer d'elles-mêmes.....p. 15*

b) *La tentation de la maternité parfaite ?.....p. 19*

§ II. La réaffirmation de l'émergence du droit de fonder une famille.....p. 22

a) *L'intervention européenne dans la reconnaissance du droit de fonder une famille.....p. 22*

b) *L'élaboration d'une revendication sociale du droit de procréer au profit de l'« infertilité sociale ».....p.25*

SECTION II. La construction étatique d'une assistance médicale à la procréation.....p. 30

§ I. Le cadre législatif français relatif à l'assistance médicale à la procréation.....p. 30

a) *Les lois de bioéthique stricto sensu.....p. 31*

b) *Les conditions d'accès aux procédures d'assistance médicale à la procréation : transposition de la norme de la procréation naturelle à la norme législative.....p. 35*

§ II. Le phénomène évolutif de la réglementation inhérent à la bioéthique.....p. 38

a) *Le processus de révision législative conscient des nouvelles avancées.....p. 38*

b) Les Etats Généraux, précurseurs d'un élan démocratique ?.....p. 41

CHAPITRE II. La valeur du droit de naître soumise à l'identification de la nature du projet parentalp. 46

SECTION I. Le droit de naître du fœtus conditionné à la nature du projet parental.....p. 47

§ I. L'importance de la nature du projet parental dans l'argumentation du droit de naître menée au profit de l'enfant né.....p. 47

a) Les impacts juridique et éthique de l'arrêt Perruche.....p. 47

b) La multiplicité des statuts de l'enfant à naître conditionnée à l'existence d'un projet parental initial.....p. 51

§ II. L'assurance de la défense du droit de naître par l'Etat soumise à la nature du projet parental.....p. 55

a) La différence cruciale entre la potentialité de la personne humaine et la personne humaine en tant que telle.....p. 55

b) La détermination du respect dû au fœtus en tant que personne humaine potentiellep. 58

SECTION II. L'anéantissement de la valeur du projet parental causé par la contractualisation de son objet.....p. 63

§ I. Le risque de réification inhérent à la contractualisation d'une naissance.....p. 63

a) Les risques d'aliénation et de réification de la personne en devenir.....p. 63

b) Le fantasme d'un abandon préparé ?.....p. 67

§ II. La nullité absolue de la convention de mère porteuse au secours des libertés publiques.....p. 70

TITRE II. L'interdiction de la gestation pour autrui fondée sur l'interprétation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant par l'ordre public.....p. 74

CHAPITRE I. La primauté de l'ordre public international français sur le droit de bénéficier d'une filiation maternelle pour l'enfant issu d'une gestation pour autrui.....p. 75

SECTION I. Le refus de transcription sur l'état civil français de jugements étrangers établissant un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante.....p. 76

§ I. L'irrégularité du jugement étranger établissant un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante.....p. 76

§ II. L'inefficacité du jugement étranger établissant un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante fondée sur la contrariété à l'ordre public international français.....p. 80

§ III. L'utilisation d'un motif juridique au profit d'une réponse éthique.....p. 84

SECTION II. Le refus d'établissement d'un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante.....p. 86

§ I. Le rejet de la demande de reconnaissance de la possession d'état fondée sur une fraude à la loi.....p. 87

§ II. Le rejet de la demande d'ouverture de la procédure d'adoption fondée sur un détournement de l'institution.....p. 90

| | |
|--|---------------|
| CHAPITRE II. L'omission du droit légitime de chacun d'affiliation à un Etat..... | p. 95 |
| | |
| SECTION I. La création de citoyens de « sous droit » ?..... | p. 96 |
| §I. Les conséquences de l'absence de reconnaissance d'une branche maternelle..... | p. 96 |
| a) <i>L'absence de transmission du patrimoine maternel aux enfants issus d'une gestante ...</i> | <i>p. 96</i> |
| b) <i>L'absence d'autorité parentale au détriment de la branche maternelle.....</i> | <i>p. 99</i> |
| § II. La construction clandestine de la maternité..... | p. 102 |
| a) <i>La fragmentation incontournable de la maternité.....</i> | <i>p. 102</i> |
| b) <i>La construction hors norme de la maternité.....</i> | <i>p. 105</i> |
| | |
| SECTION II. La création de semi-apatrides ?..... | p. 108 |
| § I. La demi-reconnaissance du lien de filiation..... | p. 108 |
| a) <i>La reconnaissance du lien de filiation paternelle.....</i> | <i>p. 108</i> |
| b) <i>La validité des actes de naissance étrangers dans le pays auteur.....</i> | <i>p. 110</i> |
| § II. L'apatridie des enfants issus d'une mère porteuse causée par la méconnaissance du droit du sol de certains Etats autorisant la gestation pour autrui..... | p. 112 |
| a) <i>Les cas de l'Ukraine et de l'Inde.....</i> | <i>p. 112</i> |
| b) <i>L'exemple anglais, exemple à suivre ou à fuir ?.....</i> | <i>p. 114</i> |
| | |
| CONCLUSION..... | p. 117 |
| | |
| BIBLIOGRAPHIE..... | p. 120 |

INTRODUCTION

« L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. » Ces mots du doyen Carbonnier datent de 1959 et résument toujours aussi bien l'état de la question !

L'étude juridique de la notion d'intérêt de l'enfant menée ici, vise à démontrer l'existence d'une pluralité de conceptions attachées à cette seule locution rendant impossible toute tentative d'unification de cette notion et oblige à une réflexion d'ordre éthique.

Nombreux sont les auteurs qui se sont essayés à une classification des différentes acceptions que cette seule expression recèle ; deux lectures semblent être privilégiées. Une première interprétation consiste à envisager l'intérêt de l'enfant, soit dans son caractère « absolu » ou « abstrait » c'est-à-dire qu'elle renvoie aux valeurs que son interprète souhaite défendre par l'utilisation de cette notion, soit dans son caractère « individuel » ou « concret » c'est-à-dire qu'elle s'attache à l'unique espèce dans laquelle elle envisage l'emploi de cette protection. Une seconde version s'intéresse davantage à la temporalité dans laquelle le jeu de cette notion est réclamé, ainsi l'intérêt de l'enfant ne sera pas le même selon l'état de l'enfant, son âge, sa situation familiale, sociale...

L'ordre juridique français en matière de maternité de substitution semble, lui, avoir fait son choix et opte pour la protection du caractère absolu de l'intérêt de l'enfant.

La préoccupation des pouvoirs publics étant l'intérêt de l'enfant dans ce qu'il a de plus général et abstrait proscrit, tant la technique de procréation constitutive de la gestation pour autrui, que toute forme de contrat qui pourrait en être son expression. En effet, compte tenu des implications physiques et psychologiques inhérentes à cette pratique, celle-ci nécessite la

formation d'un accord conclu entre ses protagonistes, à savoir la mère porteuse et les parents intentionnels, convention empirique devenue convention juridique.

Même si cette qualification est relativement récente, elle n'en cache pas moins une pratique ancestrale, comme aime à le rappeler la littérature plus qu'abondante qui s'est développée sur ce sujet ; deux récits de la Genèse, la vie d'Agar et Abraham, ainsi que Rachel et Jacob étant, il est vrai, les plus anciens cas recensés dans l'histoire.

Mais la maternité de substitution, telle que nous la connaissons aujourd'hui, a pris une toute autre couleur, en raison des progrès scientifiques que la médecine de la reproduction a connu ces quarante dernières années. En effet, les aides médicales à la procréation ont participé à la transformation de l'engendrement, grâce notamment à l'insémination artificielle qui a dissocié la sexualité de la reproduction, ainsi que la fécondation *in vitro* qui a achevé cette dissociation, en scindant la reproduction entre les fonctions de génitrice et de gestatrice. Cette évolution des modes de procréation a entraîné, comme nous le soulignerons plus tard, une évolution des familles, des couples et des désirs de ces derniers, ou tout du moins de l'expression de ces désirs. *A contrario*, cette mutation de l'acte de procréation n'a pas été accompagnée d'un changement de la conception de ce qui fait la « mère » : la mère du droit civil tout comme la mère du droit romain est celle qui accouche. Le législateur a certes suivi les évolutions des techniques, les avancées scientifiques et les progrès médicaux, mais il n'a pas poussé jusqu'à une révolution des principes et des concepts sur lesquels l'ordre juridique s'appuyait.

Or, cette immutabilité des concepts avait forcément vocation, à un moment donné, à se heurter au mouvement initié par les progrès techniques, source de l'expression de nouvelles aspirations. C'est justement le cas des mères porteuses ! Une technique existe, une mutation des représentations s'est opérée, mais le législateur, le juge et l'Etat, n'ont pas achevé la transcription de ce processus de métamorphose sociale et scientifique, à travers une norme.

Ainsi, la société française connaît une véritable rupture entre le fait et le droit, générant une tension que l'on retrouve notamment en jurisprudence.

En effet, les juridictions françaises, depuis une vingtaine d'années sont confrontées à des demandes de reconnaissance de filiation, au profit d'enfants nés par l'intermédiaire de gestatrices françaises ou étrangères. Or le droit français, en ayant explicitement proscrit cette pratique, ne peut accueillir la demande de ces parents !

La gestation pour autrui représente à l'heure actuelle l'une des questions les plus problématiques que le droit ait à traiter, car cette forme de procréation embrasse, l'espoir formidable de devenir parents de couples infertiles, qui à défaut seraient incapables de concevoir un enfant qui leur serait génétiquement lié, tout comme il heurte de plein fouet des principes qualifiés d'essentiels au droit français. Cette procréation, qui ne peut se réaliser que par l'intervention d'un tiers durant toute la gestation de l'enfant, requiert une plasticité que le droit français n'est pas en mesure de lui apporter et même s'y refuse.

Partant, le système juridique français a opté pour une défense de ses valeurs qu'elle juge inaltérables et sur lesquelles elle fonde une éthique institutionnelle. Mais au regard de la pratique médicale exercée en dehors du territoire et qui permet aux couples désireux d'enfants de réaliser leur projet, le système juridique français est impuissant à empêcher ses nationaux d'y avoir recours. Le retour de ces derniers sur le territoire oblige alors le juge à s'interroger sur le meilleur règlement possible du litige : il doit alors choisir entre une décision fondée sur l'éthique telle que conçue par les pouvoirs publics ou une décision respectueuse de sa propre éthique personnelle.

Ce phénomène se retrouve également au sein du corps médical. Certes, la gestation pour autrui n'est pas autorisée sur le sol français, mais dans quelle mesure, un médecin de la reproduction, qui ne serait pas hostile à cette méthode de procréation, ne pourrait-il pas

conseiller cette pratique ? Il serait alors pris en étau entre une éthique individuelle et une éthique institutionnelle.

Cette tension permanente entre respect de l'éthique personnelle et respect de l'éthique institutionnelle est un des points communs que l'on peut relever aussi bien chez les médecins que chez les juristes, en ce sens que leur décision ne les engage pas seulement eux-mêmes, mais également l'image de l'ordre auquel ils appartiennent respectivement.

La notion d'intérêt de l'enfant s'avère ainsi être le nœud autour duquel, les opposants et les partisans de la gestation pour autrui s'affrontent. Tous arguent de protéger au mieux cet intérêt ; toutefois l'observation des pratiques, tant médicales que juridiques, démontre que la défense des droits des parents intentionnels, la force de l'ordre public ou l'attachement au maintien des bonnes pratiques médicales, constituent autant de remparts à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant. C'est la raison pour laquelle on peut s'interroger sur la réalité de cette protection, au vu des intérêts en cause qui, eux seuls, ont une voix pour être reconnus !

Pourtant, il s'agit bien de protéger un enfant. Alors, de quel enfant parle-t-on : est-il né ou seulement à naître ? De même de quel intérêt se soucie-t-on : économique, social, affectif ? De quel droit parle-t-on : droit de l'enfant ou droit des adultes de devenir parents ? Sur quel fondement s'appuie-t-on : juridique ou éthique ? Enfin sur quelle éthique se base-t-on : éthique, personnelle ou institutionnelle ?

Aussi ces questions concentrent-elles ma réflexion autour de deux constats :

L'interdiction de la gestation pour autrui fondée sur l'interprétation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant par les parents intentionnels (TITRE I.) et l'interdiction de la gestation pour autrui fondée sur l'interprétation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant par l'ordre public (TITRE II.).

TITRE I.

**L'interdiction de la gestation pour autrui
fondée sur l'interprétation *in concreto*
de l'intérêt de l'enfant par les parents intentionnels**

CHAPITRE I.

La demande d'autorisation de la gestation pour autrui initiée par le droit de fonder une famille

Le droit de fonder une famille est un droit internationalement reconnu et garanti, mais c'est également un droit qui ne recouvre pas les mêmes réalités. En effet, certains pays, au nom de ce droit de fonder une famille, ont autorisé la gestation pour autrui au même titre que le don de gamètes ou l'adoption.

En France, le droit de ne pas procréer a fait l'objet d'un combat mené par et pour les femmes, mais a eu des conséquences sur la société dans son entier. Ainsi, le droit de fonder une famille est-il aujourd'hui nourri par cette Histoire suivie de ses répercussions et aspire à la même reconnaissance collective. C'est pourquoi, la revendication du droit de fonder une famille se rapproche de la revendication d'un droit fondamental (SECTION I.).

De même que face à cette demande prononcée par des hommes, des femmes, des hétérosexuels et des homosexuels, le législateur a souhaité organiser ce droit de fonder une famille, à la fois en mettant en place une assistance pour les couples stériles et en restreignant les personnes pouvant prétendre à ce droit (SECTION II.).

SECTION I. L'émergence d'un « droit fondamental » à fonder une famille

Il faut rappeler que le droit de fonder une famille est un droit internationalement garanti, alors que sur le plan national en revanche, le fait de fonder une famille n'était pas réglementé par le droit, tant la procréation au sein d'un couple était liée à la notion même de mariage, nullement remise en cause. Or, les années soixante ont été en France une période exceptionnelle pendant laquelle, le droit a été amené à réviser ses fondations. Ainsi, le législateur a-t-il mis en œuvre la dissociation, aujourd'hui admise de tous, entre mariage et procréation : il accouche du droit de ne pas avoir d'enfant (§ I.). Mais l'application de cette dissociation est aujourd'hui revendiquée par une population qui n'était pas visée par le législateur de l'époque, renversant ainsi le droit de ne pas avoir d'enfant, en un droit à l'enfant (§ II.).

§ I. La préliminaire construction législative du droit de ne pas avoir d'enfant

L'argument du droit à l'enfant employé aujourd'hui représente, l'envers d'une lutte menée par les femmes d'un droit de ne pas avoir d'enfant, dont le fondement était le droit de disposer d'elles-mêmes (a)). Or, ce droit de décider de la temporalité de sa maternité ne s'est-il pas peu à peu mué en un droit de décider de la nature même de sa maternité ? (b)).

a) La demande de contraception fondée sur le droit des femmes à disposer d'elles-mêmes

La loi Veil marque en 1975¹ l'aboutissement d'un combat mené par les femmes de pouvoir, en vue de décider du moment de leur maternité, ce que certains anthropologues ont

¹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

désigné comme le passage d'une « *maternité subie* » à une « *maternité volontaire* »². Cette dépenalisation de l'avortement fait suite à une politique de « *prévention sociale* »³, amorcée dès 1964 par le député Lucien Neuwirth. Il fut, en effet, à l'initiative de la loi relative à la régulation des naissances⁴, loi qui a abrogé la loi de 1920, qui réprimait la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle⁵, et loi qui a autorisé « *la fabrication et l'importation de contraceptifs* » ainsi que « *la vente des produits, médicaments et objets contraceptifs* »⁶. Cette loi, loin de s'engager sur l'avortement, offre un mode de contraception jusqu'alors gravement incriminé. En effet par cette loi, l'Etat amorce un changement progressif de sa politique familiale : il permet aux femmes de contrôler la venue d'un enfant et s'engage vers une reconnaissance de la liberté physique et reproductive des femmes. Toutefois, la permission accordée est extrêmement restrictive. En effet, elle reste à la discrétion des médecins qui détiennent un monopôle de prescription des produits contraceptifs et surtout, elle ne concerne pas les jeunes femmes mineures, qui restent assujetties à l'autorisation parentale.

² BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines*, 2006/1 n° 61, p. 91.

³ OLIER Lucile, « Présentation du dossier. La prise en charge de l'IVG en France : évolution du droit et réalités d'aujourd'hui », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n° 1, p. 8.

⁴ Loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances.

⁵ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle.

⁶ L'article 2 de la loi de 1967 prévoit : « *La fabrication et l'importation des contraceptifs sont autorisés dans les conditions fixées par un règlement d'administration publique.* » et l'article 3 : « *La vente des produits, médicaments et objets contraceptifs est subordonnée à une autorisation de mise sur le marché, délivrée par le ministre des affaires sociales. Elle est exclusivement effectuée en pharmacie. Les contraceptifs inscrits sur un tableau spécial, par décision du ministre des affaires sociales, ne sont délivrés que sur ordonnance médicale ou certificat médical de non contre-indication. Aucun produit, aucun médicament abortif ne pourra être inscrit sur ce tableau spécial. Cette ordonnance ou ce certificat de non contre-indication sera nominatif, limité quantitativement et dans le temps, par le médecin au consultant lui-même. L'insertion de contraceptifs intra-utérins ne peut être pratiquée que par un médecin, dans un établissement hospitalier, un centre de soins agréé ou conformément à des conditions fixées par un règlement d'administration publique. La vente ou la fourniture des contraceptifs aux mineurs de dix-huit ans non émancipés et des contraceptifs inscrits au tableau spécial aux mineurs de vingt et un ans non émancipés ne peut être effectuée que sur ordonnance médicale constatant le consentement écrit de l'un des parents ou du représentant légal.* »

En 1974⁷, le législateur se décide à adopter une politique définitivement plus ancrée dans la prévention et la régulation des naissances, en autorisant les centres de planification familiale à distribuer gratuitement des contraceptifs aux mineurs⁸ ; ceux-ci sont dorénavant pris en charge par la Sécurité sociale⁹. Enfin, l'Etat commence la mise en place d'une aide à la procréation, qu'elle développe sous la forme de « *consultations sur les problèmes de la naissance* ». Ces consultations visent une véritable régulation des naissances, au sens de « *s'assurer d'un fonctionnement correct* »¹⁰ de la capacité procréative des couples. On peut voir dans ces consultations les balbutiements de l'assistance médicale à la procréation, mise en place vingt ans plus tard : le législateur entend déjà faire sortir de la sphère privée les problèmes de stérilité rencontrés par certains couples, en leur fournissant un lieu d'écoute et de conseils.

En 1975, la loi dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse pour motif non thérapeutique, calque son organisation réglementaire sur la loi Neuwirth : l'acte d'avortement ne peut être exercé que par un médecin, comme le dispose explicitement l'article L 162-2 du Code de la santé publique, dans lequel a été intégrée la loi dite Veil, et il requiert le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant de la jeune fille mineure qui souhaite y recourir, selon l'article L 162-7 du même code. Cette dépénalisation ne concerne que des situations très limitées, puisque la femme qui en fait la demande, doit se

⁷ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances.

⁸ L'article 2 de la loi de 1974 dispose : « *Les centres de planification et d'éducation agréés sont autorisés à délivrer, à titre gratuit, des médicaments, produits ou objets, sur prescription médicale, aux mineurs désirant garder le secret ainsi qu'aux personnes ne bénéficiant pas de prestations maladie, assurées par un régime légal ou réglementaire.* »

⁹ L'article 9 de la loi de 1974 dispose : « *Les prestations de bas comportent également la couverture des médicaments, produits et objets contraceptifs, ainsi que les frais d'analyse et d'examen de laboratoire ordonnés en vue de prescriptions contraceptives.* »

¹⁰ L'article 6 de la loi de 1974 dispose : « *Le centre de protection maternel et infantile de circonscription comporte obligatoirement les formations sanitaires suivantes : Des consultations prénuptiales, prénatales et postnatales dans lesquelles pourront être examinés les futurs couples et les parents ; Des consultations de médecine infantile, d'enfants du premier et du second âge ; Une consultation de lutte contre la stérilité ; Une consultation de conseil génétique ; Un centre de planification ou d'éducation familiale. Ces trois dernières formations peuvent être regroupées avec les consultations prénuptiales et prénatales sous la dénomination de « consultations sur les problèmes de la naissance ». »*

trouver dans « *un état de détresse* »¹¹ et en formuler la requête dans les dix premières semaines du début de sa grossesse¹². De même, il est dressé un parcours d'aide sociale dont l'objectif est d'apporter « *les moyens nécessaires pour résoudre les problèmes sociaux posés* »¹³, ce qui confirme la position du législateur de ne pas légaliser l'acte mais seulement de le dépénaliser ! Sans doute empreint de quelques doutes, le législateur prévoit une révision de cette loi cinq ans plus tard, comme un avant-goût des lois de bioéthique ! Cinq ans plus tard, c'est la loi dite Pelletier, qui assoit la position du législateur, et à l'instar de la loi de 1974, la loi dite Roudy de 1982¹⁴, qui organise la prise en charge par l'Etat « *des frais de soins et d'hospitalisation afférents* » aux interruptions volontaires de grossesse¹⁵. La loi dite Aubry-Guigou de 2001¹⁶ apportera la dernière pièce à l'édifice, en faisant de l'avortement un « *véritable droit des femmes* »¹⁷, dont l'autonomie du recours n'est plus fonction de la majorité : l'autorisation parentale n'est plus une condition d'accès, comme le dispose l'article L 2212-7 du Code de la santé publique.

Ce bref historique de la construction du droit des femmes de *maîtriser leur procréation*¹⁸, montre les choix politiques qui ont été faits en une vingtaine d'années seulement et qui s'apparentent, à une véritable « *révolution de la contraception* »¹⁹, dont certains européens partisans de la légalisation des conventions de mères porteuses, n'hésitent pas à user comme exemple afin de justifier leur faveur aux pratiques de gestation pour

¹¹ Le terme de « détresse » a depuis été repris par le Conseil d'Etat pour qualifier la situation personnelle et sociale des couples recourant à l'assistance médicale à la procréation, in *Etudes de la révision des lois de bioéthique*, Paris, La documentation française, 2009, p. 61.

¹² Tel qu'issu de l'article L 162-1 du Code de la santé publique.

¹³ Tel qu'issu de l'alinéa 2 de l'article L 162-4 du Code de la santé publique.

¹⁴ Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.

¹⁵ L'article 3 de la loi de 1982 dispose : « (...) fait partie des prestations de base, la couverture de soins et d'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse (...) ».

¹⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

¹⁷ Olier Lucile, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸ NEYRAND Gérard, « La reconfiguration contemporaine de la maternité », in *Maternité et parentalité*, (KNIBIEHLER Yvonne et NEYRAND Gérard), Rennes, ENSP, 2004, p. 3.

¹⁹ Avis du CCNE n° 3, p. 8.

autrui²⁰. Enfin, il est surprenant de constater que dès 1975, le législateur fonde son choix politique d'autoriser l'interruption volontaire de grossesse sur la santé de la mère qui se trouve en situation détresse, omettant sans doute volontairement, de se prononcer sur le statut du fœtus visé par la procédure et en laissant ainsi les lois de bioéthique se débattre avec cette question !

Ainsi, le droit de fonder une famille prend une autre dimension, en intégrant le droit de décider quand et comment fonder une famille. Dès lors doit-on laisser le champ ouvert à une volonté de tendre à une maternité parfaite ?

b) La tentation de la maternité parfaite ?

L'une des peurs les plus souvent évoquées à propos d'une légalisation des mères porteuses en France, repose sur le risque d'une utilisation de ces dernières à des fins de confort, omettant définitivement l'objectif premier de cette pratique, qui est de palier l'infertilité d'un couple et plus principalement d'une femme.

De nombreux auteurs ont d'ailleurs pointé ce risque du doigt, allant même pour certains jusqu'à évoquer des heures sombres de l'histoire, en accusant cette technique d'être responsable d'un nouvel esclavage²¹. Partant, cette technique de procréation pourrait être employée par certaines femmes qui ne voudraient pas subir une grossesse, en raison des risques inhérents à son processus. De même elle pourrait éviter les procédures médicales d'aide à la procréation qui sont connues pour être particulièrement éprouvantes physiquement

²⁰ Avis n°3 du CCNE, p. 8 : « Certaines personnes auditionnées en Grande-Bretagne n'ont pas hésité à soutenir que les perspectives de libération de la femme, ouvertes par une insémination artificielle permise à toute demanderesse ou par l'association avec une « mère de substitution » devraient aller aussi loin que la révolution de la contraception. ».

²¹ M. François Terré interroge ainsi ces lecteurs : « la mère porteuse ne se met-elle pas à ressembler à l'esclavage antique lorsque la maternité devient mercantile ? » in TERRE François, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, p. 16.

et psychologiquement pour les couples demandeurs. En fait, la gestation pour autrui constituerait alors une alternative proposée aux femmes.

M. Henri Altan va encore plus loin en envisageant l'utérus artificiel. Cet artefact procréatif viserait « *l'émancipation ultime de la nature enfin réduite à une pure contrainte technique* »²². Il assurerait l'égalité parfaite entre les hommes et les femmes²³, celles-ci ne se voyant plus contraintes par la grossesse pour répondre à leur désir d'enfant ; la grossesse *intra* corporelle résulterait alors d'un choix personnel de la femme²⁴. L'exercice de l'ectogénèse transformerait définitivement les rapports humains, tant les conséquences de l'environnement *intra* utérin, sont décisives sur l'être humain en devenir : M. René Frydman ou Mme Marie-Thérèse Hermange ont, à ce titre, pointé l'importance de la vie *intra* utérine du fœtus, des conséquences sur la vie *extra* utérine de l'enfant né²⁵. Mais, avec un peu de provocation, on peut tout de même remarquer que cette méthode artificielle garantirait la substitution de la filiation établie génétiquement ou par accouchement à une filiation, établie uniquement sur la volonté ou sur l'autonomie individuelle : il serait LE moyen de devenir parent d'un enfant parfait, au sens de Montesquieu c'est-à-dire « *dont tous les membres et tous les organes sont formés, conformément à son espèce type* »²⁶. Plus rigoureusement, on peut craindre qu'à défaut de parvenir à une stricte égalité entre les sexes, l'ectogénèse renverrait surtout à un

²² AUMERCIER Sandrine, « Naître d'une idée : la grossesse naturalisée », *Recherches familiales*, 2007/1 n° 4, p. 90.

²³ DESCAMPS Philippe, *L'utérus, la technique et l'amour – L'enfant de l'ectogénèse*, Paris, PUF, 2008, p. 116 : l'auteur cite Shulamith Firestone (sociologue des 70's) pour qui l'ectogénèse représente « *l'ultime pas vers la libération définitive de la femme, et corrélativement vers l'égalité des sexes* ».

²⁴ ATLAN Henri, *L'utérus artificiel*, Paris, Le Seuil, 2005, p. 112 : « *La gestation intra corporelle restera le résultat de choix idéologiques ou affectifs, ou, esthétiques de femmes désireuses de faire dans leur corps l'expérience de la grossesse.* ».

²⁵ Tout l'argumentaire relatif à l'importance du milieu *intra* utérin dans lequel grandit le fœtus fait l'objet d'Abandon sur ordonnance : *Manifeste contre la légalisation des mères porteuses*, Paris, Bayard, 2010, de BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René, SZEJER Myriam, WINTER Jean-Pierre. L'ouvrage insiste, non seulement sur l'importance de cet environnement pendant le processus de développement du fœtus, qui fait l'objet d'études, abondant en ce sens, mais, également, sur les conséquences, physiologiques et psychiques, de l'abandon que connaît l'enfant à la naissance.

²⁶ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Livre XXIX, Chapitre XVI : « *Le jurisconsulte Paul dit que l'enfant naît parfait au septième mois, et que la raison des nombres de Pythagore semble le prouver.* ».

désinvestissement de la capacité procréatrice des femmes, les réduisant à des « *réceptacles devenus inutiles* »²⁷, au profit d'une domination masculine, toujours prégnante. Comme l'ont, d'ailleurs, souligné certaines féministes, à l'instar de Mme Sylviane Agacinski, l'ectogénèse risquerait surtout de mener à une réification des femmes et, a fortiori, des enfants, devenant « *l'objet d'une fabrication en laboratoire* »²⁸.

Or, loin d'admettre une réification des enfants à naître par les hypothétiques parents, on peut, tout de même, s'interroger sur l'utilisation de la législation relative à l'interruption médicale de grossesse par les femmes et dans un esprit de non-stigmatisation, par les couples. En effet, sans revenir sur l'avancée des droits des femmes relayée par une politique législative depuis le milieu des années soixante, il serait partial de ne pas évoquer les quelques cas dans lesquels, une remise en cause de l'interprétation du caractère d'incurabilité a été soulevé à l'encontre des médecins. Ainsi, une espèce de 2005²⁹ a-t-elle fait beaucoup de bruit : un père a saisi la justice en arguant d'un infanticide pratiqué par les médecins qui ont mis fin à la grossesse de son épouse. En effet, l'enfant à naître porté par cette femme était atteint d'une hernie diaphragmatique congénitale. Les médecins chargés de cette patiente, après avoir examiné l'état de santé de cet enfant à naître ainsi que la prise en charge dont ce dernier ferait l'objet après sa naissance ont décidé que, l'interruption médicale de grossesse pouvait être demandée par les parents et qu'elle leur serait accordée. Lesdits parents ont ainsi demandé à bénéficier d'une interruption de grossesse. Le tribunal de Paris, compte tenu de la gravité de l'état de santé de l'enfant à naître et du « pronostic relativement sombre » s'est contenté d'un rappel à la loi à l'endroit des médecins accusés.

²⁷ DESCAMPS Philippe, 2008, *op. cit.*, p. 118.

²⁸ AGACINSKI Sylviane, *Politique des sexes*, Paris, Le Seuil, 2001, p. 149.

²⁹ TGI de Paris, 9 décembre 2005, obs. Souplet, *AJDA* 2006, p. 602 : en l'espèce le père de l'enfant avorté avait saisi la justice arguant de l'absence de la condition d'incurabilité ; les juges du fond se sont limités à un simple rappel à la loi.

Cette jurisprudence, bien qu'extrêmement marginale, souligne l'indécision dont les parents d'un enfant à naître peuvent faire preuve. Or, celle-ci est intimement liée à la situation de *détresse* vécue par ces couples face à un choix inextricable. Toutefois ce sont les demandes de ces derniers qui obligent les médecins à une réponse, au regard des fœtus malades.

Ainsi, on a pu voir que le droit de fonder une famille comprenait le droit de ne pas avoir un enfant malade qui était devenu le droit de ne pas avoir d'enfant. Et depuis une quinzaine d'années, on observe un phénomène d'appropriation de ces droits par des individus qui au départ, n'étaient pas concernés par ces avancées et qui aujourd'hui arguent, sur le fondement du principe d'égalité, du droit de fonder une famille.

§ II. La réaffirmation de l'émergence du droit de fonder une famille

Le désir de fonder une famille n'est plus seulement exprimé par les couples hétérosexuels. Cette évolution a été prise en compte et garantie à l'échelle internationale et européenne (a)) et ne cesse d'être revendiquée sur le plan national, afin que l'infertilité sociale soit également regardée comme *curable* (b)).

a) L'intervention européenne dans la reconnaissance du droit de fonder une famille

Le droit de fonder une famille est affirmé dans la très grande majorité des textes à vocation internationale relatifs aux droits de l'homme. Ainsi, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 12), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 23-2), la Déclaration universelle des droits de l'homme

(article 16) et d'autres, ont reconnu ce droit comme faisant partie des droits intrinsèques de tout être humain. Or, faire ainsi entrer le droit de fonder une famille dans le champ des droits de l'homme, fonde la revendication d'hommes ou de femmes célibataires, ainsi que de couples homosexuels, à bénéficier de l'assistance médicale à la procréation. La réponse de la doctrine et des juridictions est catégorique : ce droit concerne uniquement la procréation naturelle, et n'a pour finalité que de s'assurer qu'aucun empêchement ne saurait être exercé à l'encontre de toute personne procréant naturellement. Ainsi, en matière d'assistance médicale à la procréation, la situation est totalement différente et tient au rôle de l'Etat, qui décide de la mise en place et de l'organisation d'une aide à la procréation. En effet, en ouvrant l'intervention du corps médical au champ de la conception d'un enfant, l'Etat se garde la compétence de déterminer les frontières dans lesquelles il entend que celui-ci intervienne et les valeurs qu'il se doit de respecter.

A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme, bien que plus libérale que la Cour de cassation, n'a jamais contraint la France à intégrer ses valeurs aux siennes. A titre d'exemple, la Cour européenne a eu à se prononcer sur le droit au mariage d'un couple autrichien homosexuel³⁰. En effet, ces deux hommes avaient sollicité les autorités autrichiennes en vue de se marier. Celles-ci s'étaient opposées à leur requête, en se fondant sur la définition du mariage, qui réserve cette institution aux seuls couples hétérosexuels. Le couple autrichien a alors saisi la Cour européenne, en arguant d'une discrimination. La Cour, qui s'était déjà prononcée sur la notion de vie familiale et avait estimé que celle-ci ne se réduit pas aux relations maritales³¹ décide en l'espèce, de ne pas consacrer le droit au mariage au

³⁰ CEDH, 1^{ère} Sect. 24 juin 2010, Schalk and Kopf c. Autriche, Req. n° 30141/04.

³¹ CEDH, 5^{ème} Sect. 3 décembre 2009, Zaunegger c. Allemagne, Req. n° 22028/04, § 37 : « la Cour rappelle que la notion de famille visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale (voir Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290). La question de l'existence ou de l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits, notamment de l'intérêt

profit des couples de même sexe, alors même qu'elle réaffirme ne plus considérer « *que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé.* ». Elle justifie son refus par la compétence exclusive des lois nationales dans ce domaine.

De même, la Cour européenne a déjà eu à se prononcer sur une demande d'adoption simple, au profit de la partenaire d'une mère ayant eu recours à une insémination artificielle en Belgique³². Le couple français avait conclu un pacte civil de solidarité, l'une des partenaires avait eu recours à une assistance médicale à la procréation avec donneur anonyme, en Belgique. Un enfant était né de cette procédure et le couple avait alors, demandé au juge français de prononcer une adoption au profit de la partenaire de la mère biologique. Les juges du fond avaient en effet refusé et de prononcer la procédure d'adoption au profit de la partenaire aux motifs que les conséquences d'une telle procédure seraient contraires à l'intention des requérantes en ce qu'elle priverait la mère biologique des droits sur l'enfant, ceux-ci étant transférés à l'adoptante³³, et de prononcer un partage de l'autorité parentale réservé au conjoint de l'adoptant³⁴. Quant aux juges de cassation, ils ne rendirent qu'une ordonnance de déchéance du pourvoi, les requérantes n'ayant pas mené la procédure à son terme. Le couple saisit alors la Cour européenne en arguant d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle, qui porte atteinte à leur droit à la vie privée et la vie familiale. La Cour, après avoir constaté que le partage de l'autorité parentale est une exception réservée aux seuls couples mariés, que les partenaires hétérosexuels d'un pacte civil de solidarité se seraient vus objecter la même réserve, estime que les juridictions françaises ne se sont pas rendues coupable de discrimination et rappelle que « *les Etats [qui] décident d'offrir aux*

et de l'attachement manifestés par le père pour l'enfant avant et après la naissance (voir, entre autres, L. c. Pays-Bas, n° 45582/99, § 36, CEDH 2004-IV). »

³² CEDH, 5^{ème} Sect. 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, Req. n° 25951/07.

³³ TGI de Nanterre, 4 juillet 2006.

³⁴ CA de Versailles, 21 décembre 2006, n° 06/06453.

couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, (...) bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré »³⁵.

Apparaît, dans ces différents exemples, la conception plus autonomiste de la Cour européenne, mais également son refus d'ingérence dans les législations nationales, qu'elle justifie par une libre détermination des valeurs de chacune, à la condition bien sûr, qu'elles respectent les droits fondamentaux ! C'est pourtant sans doute, au regard de cette jurisprudence, que les partisans d'une prise en charge de l'infertilité sociale se sont multipliés.

b) L'élaboration d'une revendication sociale du droit de procréer au profit de l'« infertilité sociale »

Deux phénomènes expliquent, cette montée de la revendication du droit de bénéficier de l'assistance médicale à la procréation mise en place sur le territoire, ainsi que de la demande de plus en plus réitérée de la légalisation de la gestation pour autrui en France : d'une part, et comme nous venons de le souligner ; la conception libérale, volontariste et autonomiste, que la Cour européenne véhicule en matière de famille et d'autre part, la récente réforme constitutionnelle instaurant la question prioritaire de constitutionnalité³⁶.

³⁵ CEDH, *op. cit.*, 2012, § 66.

³⁶ La question prioritaire de constitutionnalité a été insérée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724) à l'article 61-1 de la Constitution. Cet article dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Et la loi organique du 10 décembre 2009 (loi n° 2009-1523) relative à l'application de l'article 61-1, a qualifié cette question de « prioritaire », afin que celle-ci, dès lors qu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou d'appel, doit être examinée sans délai.

Deux questions prioritaires de constitutionnalité nous intéressent particulièrement en ce qu'elles illustrent le combat mené par les couples homosexuels pour bénéficier des droits réservés aux couples mariés.

La première décision est relative à une demande d'adoption formulée par la conjointe d'une femme ayant eu recours à une insémination artificielle à l'étranger³⁷. En effet, étant mariées, elles ont demandé l'application de l'article 365 du Code civil, qui organise une exception à la procédure d'adoption simple au profit du conjoint. Les juges du fond ont, en première instance ainsi qu'en appel, rejeté leur demande. Elles ont formé un pourvoi en cassation et posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil. Après que la Cour ait estimé que cette question prioritaire présentait un caractère sérieux³⁸, celle-ci fut envoyée au Conseil constitutionnel. La question qui lui était posée par la Cour s'intéressait à l'atteinte portée au principe constitutionnel d'égalité par l'article 365 du Code civil subit par les enfants selon que l'adoptant est marié ou non. Or, le Conseil n'a pas répondu à cette question, mais à celle de savoir si l'interdiction d'adopter l'enfant de son partenaire ou concubin, selon l'interprétation de l'article 365 du Code civil par la jurisprudence, était contraire à la Constitution. Le Conseil va répondre en deux temps. Premièrement, il estime que l'interprétation donnée par la jurisprudence de l'article 365 du Code civil ne fait obstacle, ni à la liberté de vivre en concubinage ou en partenariat, ni à la liberté d'un parent d'associer son concubin ou partenaire à l'éducation de son enfant et affirme que, « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive* ». Deuxièmement et finalement, il souligne la compétence exclusive du législateur de déterminer si une différence de situation justifie une différence de traitement, pour conclure qu'il ne lui appartient pas de se substituer à

³⁷ Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39-QPC, *AJ famille* 2010, obs. F. CHENEDE.

³⁸ C. cass. Ass. Pl. 8 juillet 2010, n° 10-10385

l'appréciation du législateur. Le Conseil ne tranche donc pas la question de l'homoparentalité, jugeant qu'il n'est pas compétent.

La deuxième décision rendue par le Conseil constitutionnel est relative au mariage homosexuel³⁹. Le tribunal de grande instance de Reims a été saisi d'une question prioritaire interrogeant la constitutionnalité des articles 75 et 144 du Code civil, en ce qu'ils limiteraient la liberté individuelle de se marier entre personnes de même sexe. La Cour de cassation a reçu la question, a jugé qu'en raison du caractère nouveau de la requête, celle-ci répondait aux conditions de renvoi devant le Conseil constitutionnel et a renvoyé la question devant les sages⁴⁰. Sa réponse va être la même que celle relative à l'adoption au sein d'un couple homosexuel. En effet, le Conseil rappelle que seul le législateur a la compétence de déterminer les « *règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités* » qui lui permettent de fonder sa lecture d'une différence de situation entre les couples de même sexe et les couples de sexes différents, justifiant une différence de traitement. Comme dans le cas précédent, le Conseil ne fait que renvoyer la balle aux législateur, réaffirmant ainsi qu'il s'agit de questions intéressant la société dans son ensemble, si bien que seul le Parlement, en tant qu'il représente le peuple souverain, peut trancher ces questions.

Surtout, il semble que l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation dans cette dernière affaire est le plus représentatif de l'impact social que les parties désiraient provoquer dans la société. La Cour renvoie la question prioritaire devant les sages sur le seul critère de *nouveauté* revêtu par la question, elle se fait même l'écho du « *large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* », remettant ainsi en

³⁹ Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92-QPC.

⁴⁰ C. cass. 1^{ère} Civ., 16 novembre 2010, n° 10-40.042.

question sa propre interprétation du mariage, qu'elle avait rappelée en 2007⁴¹, suite au si célèbre mariage de Bègles.

Enfin, le Conseil constitutionnel, bien que ne se prononçant pas sur les questions qui lui sont posées, répète que le droit de mener une vie familiale ne dépend pas de la préférence sexuelle des membres qui la composent, et rappelle que c'est notamment, « dans l'intérêt de l'enfant » que le législateur a opté pour une différence de traitement, soutenant ainsi, qu'il revient au législateur, seul, de prendre politiquement position.

Ce débat devant les tribunaux permet de mettre en lumière la « *parole paroxystique de liberté et d'épanouissement individuel* »⁴² exprimée par les couples homosexuels qui n'aspirent qu'à la reconnaissance d'un droit de procréer. Or, comme l'a fort bien souligné Mme Marie-Thérèse Meulders-Klein, le droit de procréer constitue un « droit-liberté » lorsqu'il relève de la procréation naturelle, en ce qu'il ne dépend que de la liberté individuelle de ses acteurs, tandis qu'il « *change d'aspect* » lorsqu'il s'exprime avec le recours de l'assistance médicale à la procréation, en ce qu'il nécessite « *l'intervention active d'un ou de plusieurs tiers, liés par des règles professionnelles, et – parce qu'un enfant est en jeu – la responsabilité de l'Etat lui-même* »⁴³.

La revendication sociale du droit de procréer au profit de l' « infertilité sociale » se trouve donc à un embranchement, entre d'une part, une réalité politique, qui, jusqu'à présent, se refuse à ouvrir frontalement l'assistance médicale mise en place à une parentalité hors norme, au motif que la France aurait fait le choix d'une préférence pour le biologique en matière d'établissement de la filiation⁴⁴ et d'autre part, une réalité juridique, qui depuis

⁴¹ C. cass. 1^{ère} Civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

⁴² MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *La personne, la famille et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 305.

⁴³ *Ibid.*, p. 305.

⁴⁴ BORRILLO Daniel, « La vérité biologique contre l'homoparentalité : le statut du beau-parent ou le « PACS de la filiation » », *Droit et société*, 2009/2 n° 72, p. 259-271.

longtemps déjà, a, pourtant, fait le deuil d'une vérité de la filiation comme le résume le doyen Cornu : « *Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, du temps qui passe.* »⁴⁵.

Conclusion partielle

Le droit de ne pas procréer et l'interruption volontaire de grossesse contraignent le praticien à répondre à une demande dont l'issue peut être contraire à ses propres convictions. En acceptant de pratiquer une interruption volontaire de grossesse, le médecin qui exerce un droit, octroyé par le législateur, se voit par là-même confronté à sa propre éthique de praticien. Cette confrontation est encore plus flagrante en matière d'interruption médicale de grossesse pour laquelle une commission doit se réunir et interpréter les termes mêmes de la loi relative à l'incubabilité de la maladie dont doit être atteint l'enfant. Autrement dit, bien que le médecin soit « autorisé » à mettre fin à une grossesse pour des raisons personnelles de la femme qui la demande ou pour des raisons médicales et que cette décision relève d'une commission de médecins, l'acte reste de l'unique compétence du médecin et met en cause son éthique personnelle de praticien et d'être humain. La commission de médecin et le médecin praticien ont ainsi à se prononcer « justement » c'est-à-dire à répondre tant au regard de la justice que de la justesse de l'acte demandé.

⁴⁵ CORNU Gérard, *Droit civil – La famille*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006.

SECTION II. La construction étatique d'une assistance médicale à la procréation

Le désir de certains couples de fonder une famille peut se heurter à certains problèmes biologiques. En 1988, l'Etat a décidé d'intervenir dans un domaine duquel il était jusque-là exclu : celui de l'intime. Les activités de procréation médicalement assistée ont ainsi été organisées par décret⁴⁶. Celles-ci concernent, alors, le recueil, le traitement et la conservation des gamètes humains en vue de pratiquer une fécondation *in vitro*, ainsi que la conservation des œufs humains en vue d'une implantation⁴⁷. Cette intervention fut le point de départ d'une véritable politique législative (§ I.) soumise à révision tous les cinq ans (§ II.).

§ I. Le cadre législatif français relatif à l'assistance médicale à la procréation

Depuis 1994, le travail législatif est devenu la norme, sur laquelle s'appuie le champ de la bioéthique. En effet, le législateur vise à imprimer une orientation à la médecine, tant clinique que fondamentale, qui ne doit avoir pour seule inquiétude que le respect de l'être humain ; les lois dites de bioéthique en sont la plus belle illustration (a)) et les conditions

⁴⁶ Décret du 8 avril 1988, n° 88-327 relatif aux activités de procréation médicalement assistées.

⁴⁷ Les activités décrites sont soumises à certaines conditions : elles doivent s'accomplir dans le cadre des établissements d'hospitalisation publics et privés régis par la loi de 1970 portant réforme des établissements hospitaliers avec un personnel particulier (: l'article 3 du décret de 1988 prévoit que les établissements chargés de ces procréations médicalement assistées doivent « comprendre au moins un médecin spécialiste qualifié en gynéco-obstétrique et ayant reçu une formation complémentaire en médecine de la reproduction ou, à défaut, justifiant d'une expérience jugée suffisante par la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction » ainsi que « pouvoir disposer, en cas de besoin, d'un médecin expérimenté en échographie et d'un anesthésiste réanimateur ». De même qu'ils doivent « comprendre » au moins un titulaire d'un diplôme d'études approfondies de biologie de la reproduction et d'une thèse de troisième cycle de biologie de la reproduction, ou d'un médecin spécialiste qualifié en biologie médicale ou d'un pharmacien biologiste ou, à défaut, une personne justifiant de titres jugés suffisants par la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction. Dans tous les cas, l'intéressé doit posséder une expérience dans la manipulation des gamètes humains soumise à l'appréciation nationale de médecine et de biologie de la reproduction » selon l'article 5), ainsi que dans les locaux dont l'aménagement doit répondre à des normes précises (: l'article 4 dudit décret dispose que « les locaux dans lesquels sont pratiquées les activités [de procréation médicalement assistée] doivent être implantés au sein d'une unité de gynécologie-obstétrique »; ils doivent comprendre au minimum un cabinet de consultations, un bloc opératoire, une salle de réveil, des lits d'hospitalisation et être équipés au moins d'un échographe à haute définition ». L'article 6 ajoute que « les locaux dans lesquels sont pratiquées [ces] activités (...) doivent comprendre, outre le laboratoire proprement dit, une pièce aménagée pour le recueil de sperme et une pièce affectée à la conservation des gamètes et des œufs humains fécondés ; cette dernière doit être équipée d'une protection contre le vol »).

relatives à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation, relèvent de la même inquiétude (b)).

a) *Les lois de bioéthique stricto sensu*

Le phénomène législatif est en lui-même à étudier.

En effet pourquoi une loi ? La réponse se trouve avant tout dans le domaine considéré, la bioéthique, dont découlent, ensuite quatre autres raisons.

Selon le Larousse, le vocable « *bioéthique* » désigne l'étude des problèmes moraux soulevés par la recherche biologique, médicale ou génétique et certaines de ses applications. Il fait suite au développement de la biomédecine dans les années 50, au cours desquelles la médecine est devenue une science qui se fondait sur les connaissances obtenues par l'expérimentation sur l'homme et par les recherches en matière génétique. Autrement dit, c'est une médecine qui a pris conscience du fait que, le soin à apporter à un patient pouvait trouver sa source dans des corps tiers au patient et au médecin, c'est-à-dire dans des éléments biologiques fournis par des individus non malades, tels que le sang et surtout, pour ce qui nous concerne, dans des éléments également « *susceptibles d'agir sur les mécanismes de la vie, en la créant dans le cadre d'une aide médicale à la procréation* »⁴⁸. Or cette « *irruption de la recherche dans le champ médical* » a abouti à un « *brouillage des frontières entre laboratoire et pratique clinique* »⁴⁹, ce qui a amené les médecins à s'interroger sur leurs pratiques. Ainsi, ne souhaitant pas que l'Etat ne devienne un *juge* de leur dite pratique, les médecins ont été amenés⁵⁰ à mettre en place « *un système d'autorégulation par les pairs* »⁵¹,

⁴⁸ THOUVENIN Dominique, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois « bioéthiques » », *Champs psychosomatique*, 2009/3 n° 55, pp. 41-42.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁰ Mme Anne Fagot-Largeault distingue trois périodes qui ont permis l'émergence de la bioéthique, telle que nous l'entendons aujourd'hui. Elle met en avant une première phase d'*indignation* durant laquelle la presse a joué le rôle d'accusateur d'un corps médical inconscient des dangers qu'il faisait courir à l'*environnement*

illustré par la création du Comité éthique de l'Institut national de la santé et de la recherche en 1974. Cette autorégulation correspond, d'ailleurs, à la vision paternaliste que les médecins avaient de leur profession à cette époque. Et c'est la décennie suivante qui a marqué un retour de l'Etat, celui-ci ne voulant plus se voir opposer un domaine réservé. Pour autant, comme nous le verrons plus tard, ce retour de l'Etat au cœur des décisions médicales, ne signifie pas qu'il s'érige en censeur, loin de là !

Partant, le travail législatif se justifie doublement. Comme l'a décrit Mme Dominique Thouvenin⁵², ce choix normatif s'explique pour quatre raisons. Premièrement, en application de l'article 34 de la Constitution, selon lequel si « *la loi fixe les règles concernant (...) les crimes et délits ainsi que les peines qui leurs sont applicables* », il revient au législateur de déterminer les pratiques constitutives d'infractions pénales. A ce titre, les atteintes à l'intégrité physique d'une personne font l'objet d'incriminations pénales⁵³. Or la pratique médicale peut être amenée à porter atteinte à l'intégrité physique du patient, c'est la raison pour laquelle celle-ci est strictement encadrée par le Code de déontologie médicale⁵⁴, qui est maintenant intégré au Code de la santé publique depuis 2004⁵⁵ et représente une valeur sur laquelle le législateur garde un pouvoir de compétence comme nous en avons encore été témoin lors de la dernière révision.

humain et aux droits de l'homme ; une deuxième phase d'*institutionnalisation* qui est marquée par la prise de conscience des scientifiques de leurs pratiques ainsi que par leur volonté de réfléchir par eux-mêmes quant à l'encadrement de ces dernières ; et enfin une troisième étape, que nous vivons actuellement, dans laquelle les grands principes posés à la phase précédente, trouvent à s'appliquer de manière casuistique. In FAGOT-LARGEAULT Anne, « L'émergence de la bioéthique », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2004/3 Tome 129, pp. 345-350.

⁵¹ THOUVENIN Dominique, *op. cit.* 2009, p. 43.

⁵² *Ibid.*, p. 45

⁵³ Le Code pénal consacre son titre premier aux « *crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine* » dans son Livre II intitulé « *Des crimes et délits contre les personnes* », à l'intérieur duquel, il condamne les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne (articles 221-1 à 222-18-3).

⁵⁴ Ainsi, l'article 41 du Code de déontologie médicale (correspondant à l'article R. 4127-41 du Code de la santé publique) dispose qu' « *aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans consentement* ».

⁵⁵ Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004.

Deuxièmement, en raison du principe relatif à l'indisponibilité de l'état des personnes que cette matière pourrait offenser. En effet, l'assistance médicale à la procréation avec tiers-donneur, requiert que le législateur se prononce quant aux conséquences sur le mode d'établissement de la filiation que peut avoir la conception d'un enfant au sein d'un couple marié au non, alors que l'un des membres du couple ne sera pas le parent biologique de l'enfant issu de cette pratique. Ce choix a d'ailleurs des conséquences tant sur le parent biologique qui, selon la conception adoptée par le législateur, peut se voir octroyer ou au contraire refuser un lien de filiation avec l'enfant issu de son don de gamètes, que des conséquences sur le couple bénéficiaire de ce don, qui, toujours selon la conception affirmée, doit souffrir de voir sa stérilité divulguée ou omise. Et enfin, en raison du principe de la protection de la vie privée, auquel se voit soumise la recherche scientifique, qui en usant de matériel biologique et génétique, doit garantir la pérennité dudit principe.

Les premières lois de bioéthique ont ainsi constitué le cadre dans lequel, dès lors, les pratiques pouvaient se réaliser. Loin de répondre à toutes les attentes des différents acteurs, elles ont tout de même répondu à des questions qui, bien que n'intéressant pas la majorité des professionnels et de la société dans son ensemble, étaient devenues des sortes de catalyseurs auxquels les services publics se devaient d'apporter des réponses, afin d'ancrer le système juridique dans une certaine conception de ce que l'on pouvait accepter ou non de faire au corps humain et à ses éléments. C'est ainsi que le Code civil dans sa partie relative « *Au respect du corps humain* » s'est vu complété d'un article 16-7⁵⁶, qui disposait que : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* » Ainsi, l'article L152-2 du Code de la santé publique⁵⁷, qui organisait les conditions d'exercice d'une assistance médicale à la procréation, ne concernait pas la gestation pour autrui. Le

⁵⁶ Tel qu'issu de la loi n° 94-653 relative au respect du corps humain.

⁵⁷ Tel qu'issu de la loi n° 94-654 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 du 29 juillet 1994.

législateur décidant ainsi de faire de la gestation pour autrui, non pas une alternative à la procréation naturelle comme peuvent l'être la conception par don de sperme ou d'ovocyte, mais bel et bien une forme de « *dérive* »⁵⁸ de l'assistance médicale mise en place par l'Etat.

Enfin, la portée des lois de bioéthique n'est pas anecdotique. En effet, par les domaines qu'elles concernent, elles parviennent à transformer des interrogations relevant de la vie privée en questionnement collectif auquel l'Etat aspire à proposer des solutions. Cette mutation de la population intéressée par ces problèmes est le résultat direct d'une prise de conscience collective⁵⁹ de l'intérêt à partager ces dilemmes. A l'instar du processus de discussion théorisé par Habermas et Rawls, la mise en commun d'individualités par nature différentes, c'est-à-dire en l'espèce non confrontées aux mêmes difficultés, a ouvert à une réflexion, qui n'aurait sans doute pu être envisagée. Ainsi, en matière d'aide à la procréation, l'élaboration des lois de bioéthique, et donc la visibilité offerte à la stérilité de femmes ou d'hommes, a eu un impact direct sur la conception de la filiation qui existait sur le territoire national : dorénavant, l'Etat français se positionne en faveur d'une conception de la famille « *technico-volontariste* » et abandonne celle d'une famille « *biologico-affective* »⁶⁰.

⁵⁸ « *La pratique des mères porteuses a été expressément interdite par l'article 16-7 du Code civil comme étant une dérive de l'assistance médicale à la procréation strictement encadrée en France depuis les lois dites bioéthique du 29 juillet 1994 (L. n° 94-653, 29 juill. 1994, JO 30 juill. 1994 et L. n° 94-654, 29 juill. 1994, JO 30 juill. 1994), non modifiées lors de la révision en 2004.* » in Gaumont-Prat Hélène, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *Revue Lamy Droit Civil*, janvier 2008, n° 45, pp. 39-43.

⁵⁹ Le dossier de presse présenté à l'ouverture des Etats généraux annonce que la « *réflexion collective* » est une nécessité pour comprendre et analyser les différents enjeux suscités par la révision des lois de bioéthique.

⁶⁰ ANDORNO Roberto, « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46 n° 1, janvier-mars 1994, p. 149.

*b) Les conditions d'accès aux procédures d'assistance médicale à la procréation :
transposition de la norme de la procréation naturelle à la norme législative*

La législation française en matière de filiation s'est traditionnellement construite, par rapport au modèle du couple hétérosexuel et la législation relative à l'assistance médicale à la procréation, a suivi le même chemin ; ainsi elle calque, ce que l'on peut appeler la norme de la procréation naturelle, sur la technique médicale mise à la disposition des couples stériles⁶¹. Pour autant, cette volonté législative de transposition n'est pas complète, à l'instar du mode d'établissement de l'ancienne filiation légitime, qui trouvait son fondement dans une fiction juridique : la présomption de paternité. Le Doyen Jean Carbonnier l'avait d'ailleurs fort bien résumée par la formule suivante : « *le cœur du mariage, c'est la présomption de paternité* »⁶².

Tout d'abord, la jurisprudence a pu prendre appui sur le travail du législateur qui avait précédemment défini l'assistance médicale à la procréation à l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique⁶³, comme relevant « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* ». Quant à son objectif, il est posé par l'article L. 2141-2 du même code, qui dispose que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple, d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ». Ainsi, deux choses apparaissent : d'une

⁶¹ MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 337. Le Comité consultatif d'éthique a également noté cette tendance, vers laquelle le législateur tend : Avis du CCNE n° 105, p. 3 : « *Les choix du législateur dans l'encadrement des pratiques d'assistance médicale à la procréation reconduisent ainsi le modèle traditionnel de filiation dite « cognatique », organisée autour du triptyque père/mère/enfant (famille dite « nucléaire ».* »

⁶² Conférence sur le mariage, Ecole supérieure de la magistrature, 1^{er} avril 1994.

⁶³ Tel qu'issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

part, cette assistance se place directement sous l'égide de la médecine, et d'autre part, elle répond à la demande parentale d'un couple.

Prenons le premier point : l'ascendant pris par la médecine. Il se manifeste depuis « (...) le mode de fonctionnement des PMA [qui] renforce la déssexualisation de la fertilité par le caractère médical, mais aussi par les options de fond sur les façons de les appliquer : les éléments biologiques élémentaires (sperme, ovocyte et pré-embryon) sont fournis de manière non sexuelle par les deux partenaires »⁶⁴ jusqu'à l'anonymat des donneurs, dont les praticiens médicaux sont les gardiens. La déssexualisation de la conception de l'enfant par les techniques médicales est complète et en même temps, cachée par l'anonymat dont est recouvert le donneur, grâce auquel le désir d'enfant du couple stérile va se réaliser. On pourrait presque parler d'une « hypocrisie » du législateur cherchant « à tout prix [à] protéger la famille légitime éventuellement contre la vérité biologique »⁶⁵ ; cette orientation va jusqu'à pénaliser toute recherche sur l'identité du donneur, comme le dispose l'article 226-28 du Code pénal⁶⁶, ainsi que toute divulgation d'information sur ledit donneur comme le prévoit l'article 511-25 du même code⁶⁷. Bien que le secret s'inscrive dans une volonté de garantir la sécurité et la stabilité⁶⁸ de la filiation, il n'en reste pas moins une fiction juridique, dont la fonction est de faire disparaître le rôle joué par le donneur. On se retrouve alors face à une médecine qui collabore à une forme de mensonge, à cause duquel l'enfant issu de cette procédure médicale est la première victime, en ce sens qu'il ne peut bénéficier d'une filiation biologique

⁶⁴ BOURG Claudine, *L'infertilité : Procréation médicalement assistée ; Adoption, filiation ; Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck Université, Coll. Sciences, éthiques, sociétés, 1992, p. 13.

⁶⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249 et suiv.

⁶⁶ Tel qu'issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. Cette incrimination de toute recherche de l'identification du donneur existait dès les premières lois bioéthiques, ancien article 226-28 du Nouveau code pénal, tel qu'issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

⁶⁷ Tel qu'issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004. De la même manière, cette divulgation était également prévue par les premières bioéthiques, ancien article 511-10 du Nouveau code pénal, tel qu'issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

⁶⁸ NEIRINCKS Claire, « Comprendre le secret de la filiation », *Revue Juridique Personne et Famille*, mars 2003, n°3.

correspondant à sa filiation socialement reconnue. En un mot, la société médicale ne fait qu'alimenter le mythe du secret qui entoure cet étranger.

Quant au second point relatif au couple et à sa demande d'être parent, il est intéressant de remarquer que depuis la loi de 1993⁶⁹, la notion de couple utilisée par le législateur, ne vise plus uniquement le couple marié, mais également le couple concubin hétérosexuel. Cette mutation de la notion civiliste du couple s'est vue réaffirmée en 1994 et parachevée en 2005 avec la fin de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle⁷⁰. Le couple visé par le législateur est désormais, ce que d'aucuns appellent, le « *couple parental* »⁷¹. Ce changement de dénomination s'est également appliqué aux hypothétiques parents qui, à ce titre, peuvent prétendre au bénéfice d'une assistance médicale à la procréation ; encore faut-il qu'ils répondent aux conditions strictes édictées pour définir ces couples dits parentaux. C'est l'ancien article 152-2 du Code civil⁷² qui définit cette nouvelle notion en matière d'assistance médicale à la procréation, comme « *L'homme et la femme (...) vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ». Cette conception a depuis été reprise par les deux lois de révision.

Toutefois, la conception d'un enfant n'est plus réservée aux seuls couples mariés atteints de stérilité biologique, peut-on y voir une brèche dans laquelle la stérilité sociale peut se glisser ? Bien que cette *évolution* ait été largement utilisée dans cette direction, le législateur semble bien décidé à ne pas changer de cap, comme l'illustre encore, la dernière révision des lois de bioéthique.

⁶⁹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

⁷⁰ La suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle a été acquise par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, n° 2005-759.

⁷¹ THERY Irène, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993, 396 p.

⁷² Tel qu'issu de la loi n° 94-654 du 24 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.

§ II. Le phénomène évolutif de la réglementation inhérent à la bioéthique

L'intervention du législateur en 1994 correspond à un désir de reprendre le contrôle sur la recherche scientifique, en tant qu'elle concerne l'être humain-citoyen de l'Etat dans lequel elle s'exerce. Or, ce contrôle pour être efficace, doit donner lieu à la fois, à une révision régulière de ses principes (a)), ainsi qu'à une participation citoyenne de leur élaboration (b)).

a) Le processus de révision législative conscient des nouvelles avancées

Les premières lois de bioéthique sont le résultat de discussions et d'interrogations tant des juristes eux-mêmes qui se retrouvaient confrontés à des situations nouvelles relatives au corps humain et à ses éléments, que des médecins qui s'interrogeaient sur la conformité de leurs pratiques au système juridique de l'Etat dans lequel ils exerçaient, ou des sociologues et philosophes qui témoignaient d'un changement du rapport aux corps et à ses éléments, mais dont aucun ne pouvait s'appuyer sur aucun texte normatif.

La loi de 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 prénatal⁷³, prévoit dans son article 21 qu'elle fera « *l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur* ». Le ton est donné, les lois de bioéthique ne correspondent qu'à l'état actuel de la réflexion scientifique et appellent à de nouvelles modifications, au regard des besoins d'évolution de cette dernière.

⁷³ C'est-à-dire la loi n° 94-654.

Comme le Comité consultatif l'a souligné, le législateur expérimente « *un champ législatif nouveau* »⁷⁴ !

Toutefois, ces deux lois de 1994 forment les piliers, dans le cadre desquels la pratique médicale et la recherche scientifique peuvent s'exercer. Ainsi certes, elles n'ont pas pour objet de rester intangibles, mais elles correspondent aux valeurs que le législateur et plus largement l'Etat souhaitent défendre. C'est pourquoi, conscient de la perpétuelle évolution et du continuel questionnement dans lesquels naviguent les chercheurs, le législateur s'est réservé une issue. Cette dernière se situe d'ailleurs dans la logique même de la bioéthique, en tant que cette matière concerne le vivant et « *ce qui est utile pour l'homme* », comme se plaît à le rappeler le site présentant les Etats généraux de la bioéthique de 2010⁷⁵.

Cette prévision de révision de la législation relative à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal est également une conséquence de la matière même qu'elle régleme. En effet en 1994, lorsque le législateur a décidé de légiférer sur la matière, en vue de lui donner un cadre général, il avait conscience que certaines de ses prises de positions se justifiaient sur l'instant, en raison de l'état de la science, ou des attentes de certains acteurs de cette matière que sont, les chercheurs, les médecins, les juristes, ou tout simplement les couples stériles qui espéraient être aidés. En proposant un réexamen quinquennal, le législateur s'est ainsi laissé une porte de sortie face aux critiques qu'il pourrait essuyer. En effet, même en matière de gestation pour autrui, technique pour laquelle il n'a jamais laissé l'ombre d'un doute quant à son total rejet, en révisant tous les cinq ans, les partisans de cette technique, formulent à chaque révision le souhait et l'argumentation de voir le législateur changer de position. Or, force est de constater que depuis près de vingt, la position législative ne s'est jamais infléchie.

⁷⁴ Avis du CCNE n° 105, p. 4.

⁷⁵ <http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/>

Il faut d'ailleurs souligner l'un des changements qui me semble être l'un des plus intéressants : celui de l'autorisation donnée à la vitrification des ovocytes. En effet, cette congélation flash non seulement permet une meilleure conservation mais surtout montre qu'un changement de « catégorie » est possible : cette technique était encore interdite avant la dernière révision car apparentée à la recherche sur l'embryon, mais la révision de 2011 a balayé cette appartenance au profit de la conservation.

Ce changement, intervenu en 2011 ne peut se comprendre qu'au regard de la multiplicité des instances qui prennent part à ce débat. En matière d'assistance médicale à la procréation, des dizaines de rapports ont été rédigés, tous défendant un point de vue et justifiant leur choix. A titre d'exemple, les différents rapports et bilans rédigés par l'Agence de la biomédecine⁷⁶ s'interrogent sur l'opportunité d'ouvrir l'aide à la procréation aux cas d'infertilité sociale, c'est-à-dire aux couples homosexuels et aux célibataires, dans une volonté de respecter le principe de non-discrimination. De même le rapport d'information de l'Assemblée nationale⁷⁷, bien que concluant en s'opposant à toute légalisation de la gestation pour autrui, reproduit l'audition de Mme Laure Camborieux⁷⁸ qui faisait valoir l'existence d'études et d'enquêtes « *globalement rassurantes* » menées à l'étranger, sur « *les données médicales obstétricales et néonatales* », ainsi que sur la remise de l'enfant au couple commanditaire.

La révision quinquennale instaurée par le législateur, lui offre donc la possibilité de se repositionner au regard de nouvelles données, résultat de l'expérience de certaines pratiques sur le sol national comme international.

⁷⁶ Agence de la biomédecine, Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004, octobre 2008, pp. 31-32 et Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2010, p. 13.

⁷⁷ CLAEYS Alain (prés.) et LEONETTI Jean (rapp.), Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 2010, Doc. AN 2010, n° 2235.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 133. Laure Camborieux est la présidente de l'association MAIA.

b) Les Etats Généraux, précurseurs d'un élan démocratique ?

L'expression même d' « états généraux » ne peut avoir été choisie au hasard. En effet, le symbole historique choisi pour référence prouve l'ambition du projet à mener.

L'allocution du Président de la République du 12 septembre 2008⁷⁹ marqua l'annonce qu'une réflexion citoyenne allait être lancée, dans « *les domaines de la génétique et de la procréation* », en tant qu' « *elles engagent notre conception de l'homme et de la vie et peuvent conduire à des mutations de société* », dans le but de préparer la révision de la loi prévue à la fin de l'année 2009.

Deux mois plus tard, le Président de la République émit un décret, instituant un comité de pilotage des Etats généraux de la bioéthique, dont l'objet était de les « *préparer (...) d'en définir les thèmes et d'en coordonner l'organisation* »⁸⁰ et par lequel il nommait à la présidence dudit comité M. Jean Léonetti. Ce dernier, dans une lettre adressée à l'Elysée auparavant, assurait que « *sur l'ensemble [des] problématiques [relatives aux questions de bioéthique], les états généraux devront veiller à associer tous les grands courants de pensée de notre pays, et y faire œuvre de pédagogie à l'égard du grand public en veillant à dissiper les fausses craintes aussi bien que les faux espoirs que peuvent susciter les avancées de la science.* ». Le ton est donné et la volonté de mettre les citoyens au cœur de la réflexion est confirmée.

Un site internet fut même créé pour l'occasion afin d'informer les citoyens sur l'avancée des travaux, de même que pour offrir un espace de dialogue supplémentaire permettant aux personnes intéressées de poser des questions. Le slogan choisi pour illustrer le site : « *Réfléchir ensemble au sens à donner au progrès de la médecine, au service de*

⁷⁹ Une partie de cette allocution a été retranscrite dans le dossier de presse de lancement des Etats généraux : http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/uploads/articles/DP-Etatsgenerauxbioethique_2_.pdf

⁸⁰ Article 1^{er} du décret n° 2008-1236 du 28 novembre 2008 instituant un comité de pilotage des états généraux de la bioéthique.

l'homme », c'est-à-dire la volonté de réaffirmer l'esprit collectif dans lequel ce projet s'ancrait.

Des réunions de citoyens ont été organisées sur tout l'hexagone. Elles s'organisaient sur des thèmes précis et les citoyens présents bénéficiaient de plusieurs jours d'information d'experts, puis de plusieurs semaines de réflexion, au cours desquelles ils pouvaient effectuer des recherches individuelles, dans le but de compléter leurs informations, avant de se réunir à nouveau pour dresser un bilan et élaborer des recommandations qui devraient être prises en compte par le législateur pour le travail de révision. Les objectifs des réunions de citoyens étaient explicités en trois points : d'une part, permettre à « tous » de se forger une opinion, d'autre part, acquérir la connaissance des règles et des pratiques actuelles et enfin, rechercher une réflexion commune sur la portée des progrès scientifiques.

Malheureusement, l'ambition première ne semble pas avoir abouti. Bien que cette « *nouvelle forme de démocratie participative garantissait (...) un élargissement des débats en donnant la parole à des autorités non autorisées* »⁸¹, il n'en fut rien. Les différentes autorités qui se sont fait un métier de ces questions, tels que le Comité consultatif national d'éthique⁸² et l'Office parlementaire des choix scientifiques et techniques⁸³, ont également participé à la réflexion et rendu des rapports détaillant leurs prises de positions. Ces deux organismes, se sont si besoin était, repositionnés sur les questions de bioéthique et plus particulièrement, en ce qui nous concerne, sur la technique de la gestion pour autrui.

⁸¹ LE GAC-PECH Sophie, « La troisième version de la loi sur la bioéthique », *Les Petites Affiches*, 07 décembre 2011, n° 243, p. 3.

⁸² Cette petite critique à l'encontre du Comité vise davantage l'importance que le législateur a porté sur ses avis que sur l'attitude de ce dernier, celui-ci ayant affirmé que « *les Etats généraux [devaient] impérativement être l'occasion de donner une information plurielle et critique sur les questions scientifiques qui sont au cœur de la révision de la loi de bioéthique. Le CCNE reconnaissait, dès 1995 que, « la fiabilité et la loyauté de ces informations (scientifiques) deviennent (...) de réels enjeux sociaux* » et qu'il serait, dès lors « *regrettable que la société perçoive la bioéthique comme un domaine technique, spécialisé, réservé à des professionnels ou à une élite d'experts compétents.* », in Avis n° 105, p. 2.

⁸³ CLAEYS Alain (prés.) et Vialatte Jean-Sébastien (dép.), Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, n° 107 Tome 1, 2008-2009.

Le Comité consultatif national d'éthique s'était depuis longtemps opposé aux conventions de mères porteuses ; dans son premier avis sur ce thème, qui remonte à 1984⁸⁴, il ne cachait pas ses inquiétudes à propos des « *mères de substitution* » et de leur « *exploit[ation] matérielle et psychologique* », tout comme des risques physiques encourus. De même, à travers cette procédure il soulevait déjà la question de l'intérêt de l'enfant dans cette procédure⁸⁵. Le rapport de l'Office parlementaire fait mention du même questionnement et reproduit certaines des auditions contradictoires en la matière. Ainsi, le Professeur Jean-François Mattei estime qu'« *accepter la GPA, c'est ramener la grossesse, la gestation à une période neutre, impersonnelle, sans effet sur le devenir de l'enfant. C'est en définitive vouloir considérer que l'utérus n'est qu'un simple incubateur* »⁸⁶, contrairement à Mme Elisabeth Badinter, qui défend qu'« *on peut porter un enfant sans faire de projet, sans fantasmer, sans tricoter une relation avec lui* »⁸⁷.

Le forum de Rennes, dans le cadre des Etats généraux, chargé de réfléchir à l'assistance médicale à la procréation, opte pour une solution similaire, en « *rappelant que l'AMP est d'abord une réponse médicale à l'infertilité naturelle* »⁸⁸. Dans cette logique, les citoyens présents assurent comprendre le désir d'enfant formulé par tous les couples : ils déclarent d'ailleurs, être favorables à l'adoption par des couples homosexuels, mais s'opposent à ce que l'assistance médicale mise en place par l'Etat, intervienne au profit de ces couples, tout comme des célibataires. Enfin, ils se prononcent contre toute légalisation de la gestation pour autrui, mettant en avant « *la logique mercantile et utilitariste* » que cette procédure recouvre.

⁸⁴ Avis du CCNE n° 3 du 23 octobre 1984.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 3 : « (...) devant un problème encore mal cerné par la science, il paraît clair que la question centrale, celle de l'intérêt de ce futur enfant, n'est pas résolue ».

⁸⁶ CLAEYS Alain (prés.) et Vialatte Jean-Sébastien (dép.), *op. cit.*, p. 143.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁸⁸ GRAF Alain (rapp.), Rapport final des Etats Généraux de la bioéthique, 1er juillet 2009, p. 42.

Ces Etats généraux peuvent générer deux types de commentaires : soit, à l’instar de Mme Claire Barthélemy, on peut considérer cette forme de réflexion collective, comme « *un exemple de la mise en œuvre d’une philosophie du vivre ensemble dans notre société et d’une réflexion sur notre humaine condition. Les citoyens, en oubliant les pressions extérieures, ont obéi à la loi naturelle, c’est en eux qu’ils ont trouvé les réponses. L’individu éthique n’a pas le devoir hors de lui mais en lui.* »⁸⁹, soit considérer que les avis de « savants » gardent la préférence du législateur, ces Etats généraux ne relevant alors que de la pure politique politicienne...

Conclusion partielle

L’assistance médicale à la procréation mise en place par le législateur a pour objectif de palier l’infertilité de couples qui sont dans l’incapacité de réaliser leur projet parental « seuls » ; la médecine de la reproduction leur apparaît alors comme leur *unique* espoir de devenir parents. Mais cette assistance fait peser sur le médecin une responsabilité très lourde, en ce sens qu’il détient la réponse à l’espoir des futurs parents de voir leur projet se réaliser. Ce qui entraîne la question de savoir le degré d’implication du médecin en tant que praticien dans le projet de vie de ses patients. Peut-il y opposer une fin de non-recevoir en conformité avec ses valeurs personnelles selon lesquelles les procédures admises aujourd’hui ne peuvent leur permettre de devenir parents ? Peut-il au contraire, vouloir agir selon une éthique personnelle différente en mettant tout en œuvre pour les accompagner, à l’aide d’autres techniques non validées mais existantes ? C’est la question de l’expression de la clause de conscience des médecins !

⁸⁹ BARTHELEMY Claire, « Réflexion d’un biologiste de la reproduction sur la révision des lois de bioéthique », *Revue d’éthique et de théologie morale*, 2010/HS n° 261, p. 234.

La clause de conscience du médecin ou des professionnels médicaux en général peut, en effet, entrer en conflit avec les termes de la loi. Ainsi, il ne s'agit pas pour le médecin d'entrer dans l'illégalité mais seulement de mettre en avant la libre expression de ses convictions. Cette liberté d'expression de ces convictions, même contraire à la lettre de la loi a été organisée par le législateur dès 1975 lors de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, consacrant ainsi, l'extrême ambiguïté dans laquelle le médecin peut être amené à se situer en tant que praticien soumis à la fois à un code de déontologie médicale, à la loi et à ses croyances religieuses ou laïques. Toutefois, la clause de conscience est uniquement prévue dans le cadre des interruptions de grossesse, laissant penser que le praticien, face à une demande impliquant de recourir à cette procédure *contra legem* que constitue la gestation pour autrui, ferait jouer pleinement sa responsabilité. Autrement dit, participer à une gestation pour autrui relève de l'éthique de responsabilité du médecin.

CHAPITRE II.

La valeur du droit de naître soumise à l'identification de la nature du projet parental

Le projet parental comme l'intérêt de l'enfant restent des concepts « *flous* »⁹⁰ soumis à l'appréciation du législateur et du juge.

Ainsi, le projet parental est une condition exigée par l'Etat à l'endroit du couple qui désire bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, sans doute conforme à l'objectif étatique de protection de l'intérêt de l'enfant. Mais, cette exigence ne se limite pas à l'existence d'un projet parental, celui-ci doit également être conforme à l'esprit du législateur.

La nature du projet parental porté par un couple est donc essentielle, pour ledit couple qui jouit d'une relative autonomie quant à la détermination de son projet (SECTION I.). Toutefois, le législateur et le juge demeurent les seuls *juges* de la conformité de la valeur du projet parental aux valeurs de l'ordre juridique français ; ils se réservent la compétence d'anéantir la valeur d'un projet parental, si celui-ci ne peut se réaliser qu'en contractualisant la naissance d'un enfant (SECTION II.)

⁹⁰ CARBONNIER Jean, *Ecrits (Textes rassemblés par Raymond Verdier)*, Paris, PUF, 2008, p. 311.

SECTION I. Le droit de naître du fœtus conditionné à la nature du projet parental

Il est souvent reproché au législateur de ne pas avoir résolu la question du statut de l'enfant à naître. Or ce reproche ne peut lui être aussi explicitement imputé tant sa démarche s'apparente à celle du funambule ! En effet, en ne posant pas un statut unique et arbitraire, le législateur a offert aux chercheurs, aux médecins, aux juristes et aux futurs parents la liberté de choisir de son avenir. Ainsi, le droit de naître des enfants en devenir ne devient opposable qu'au regard d'un projet parental identifié (§ I.) permettant à l'Etat d'être le défenseur des droits de l'enfant à naître (§ II.).

§ I. L'importance de la nature du projet parental dans l'argumentation du droit de naître menée au profit de l'enfant né

Comme nous l'avons souligné précédemment, l'absence de projet parental peut amener une femme à mettre fin à sa grossesse : c'est le droit à l'interruption volontaire de grossesse. A l'inverse, l'existence d'un projet parental n'est pas la condition *sine qua non* à la naissance de n'importe quel enfant : celui-ci doit satisfaire aux exigences dudit projet, comme l'illustre le tragiquement célèbre arrêt Perruche (a)) qui, à son étude fait apparaître la multitude de statuts de l'enfant à naître (b)).

a) Les impacts juridiques et éthiques de l'arrêt Perruche

L'arrêt Perruche met en lumière la notion de projet parental : il renseigne sur l'importance de cohérence entre le projet parental et l'enfant né.

Les faits de cette décision⁹¹ sont éloquentes : le couple Perruche constate sur leur enfant de quatre ans une éruption cutanée. Constatant les mêmes signes sur la mère de l'enfant, qui pense être enceinte, le médecin prescrit des analyses qui s'avèrent ne pas révéler la présence d'anticorps. La grossesse de la mère se confirme et le médecin renouvelle sa demande d'analyses qui cette fois reviennent positives à la présence d'anticorps. Nicolas Perruche naît alors avec de « *graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole* ». Le médecin et le laboratoire d'analyses sont condamnés *in solidum* une première fois, pour avoir manqué à leur devoir d'information et de conseil⁹². La Cour d'appel de Paris déboute quant à elle, les parents de Nicolas Perruche au motif que les séquelles de ce dernier ne sont pas dues à une faute de médecin et du laboratoire mais à la transmission de la maladie *in utero* par sa mère⁹³. Les époux Perruche se pourvoient en cassation. La Cour casse et annule la décision de la Cour d'appel au motif que « *les fautes commises [par le médecin et le laboratoire] les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère* »⁹⁴ et renvoie l'affaire devant la Cour d'appel d'Orléans⁹⁵. Et c'est finalement la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière qui juge définitivement, que « *les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme [Perruche] avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ».

Cette décision de la Cour de cassation a fait couler beaucoup d'encre. Certains y ont vu la reconnaissance d'un préjudice de naissance dont est victime Nicolas Perruche. En effet,

⁹¹ C. cass. Ass. Pl., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, Bull. 2000 A. P. n° 9, p. 15.

⁹² TGI d'Evry, 13 janvier 1992.

⁹³ CA de Paris, 17 décembre 1993, Bull. 1996 I n° 156, p. 109.

⁹⁴ C. cass. 1^{ère} Civ., 26 mars 1996, n° 94-11.791 et 94-14.158, Bull. 1996 I n° 156, p. 109.

⁹⁵ CA d'Orléans, 5 février 1999, *RTD civ.* 2000, p. 80, obs. J. HAUSER.

ce préjudice se fonderait sur la dissociation opérée par la Cour entre la naissance de Nicolas Perruche et le handicap qu'il subit. Cette dissociation permettrait à la Cour de qualifier ce dernier de dommage, validant la demande de réparation de l'enfant né⁹⁶.

Mais cette lecture de l'arrêt, connaît de nombreuses objections, notamment au regard de l'arrêt Quarez rendu par le Conseil d'Etat. En effet, ce dernier a eu à juger d'un cas semblable quelques années avant que la Cour de cassation ne rende son arrêt. Une femme a recours à une amniocentèse afin de s'assurer de l'absence d'anomalies chromosomiques des cellules du fœtus qu'elle porte. Les médecins l'informent que l'examen pratiqué « *n'a pas révélé d'anomalie chromosomique détectable par les moyens actuels* », mais l'enfant naît atteint de trisomie 21. Les parents saisissent la justice administrative arguant d'une faute commise par l'hôpital à leur encontre ainsi qu'à l'encontre de leur fils. Ils sont déboutés en première instance⁹⁷. Ils interjettent appel et la Cour saisie annule le jugement de première instance, reconnaît une faute médicale lourde et analyse cette faute comme étant la « *cause des préjudices qu'a entraîné tant pour les parents du jeune Mathieu que pour celui-ci, l'infirmité dont il est atteint* ». L'hôpital de Nice demande alors au Conseil d'Etat d'annuler le jugement de la Cour d'appel. Le Conseil va juger l'affaire sur le fond⁹⁸ : il relève alors, le défaut d'information du service hospitalier constitutive d'une faute, dès lors qu'il n'a pas informé le couple de la « *marge d'erreur* » inhérente à cette procédure. Partant, la faute commise « *doit être regardée comme la cause directe des préjudices entraînés pour M. et Mme Quarez par l'infirmité dont est atteint leur enfant* ». Le Conseil d'Etat reconnaît ainsi les

⁹⁶ Ce raisonnement est celui tenu par M. Yan Thomas in CAYLA Olivier, THOMAS Yan, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2002, p. 107.

⁹⁷ TA de Nice, 9 mai 1990.

⁹⁸ Conformément à sa compétence de « *régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* ».

préjudices moral et matériel du couple Quarez, mais n'évoque pas celui de l'enfant, se limitant à casser la décision de la Cour d'appel administrative⁹⁹.

Cette absence de décision du Conseil à propos du droit à réparation dont les parents de l'enfant se prévalaient en son nom, a été analysée par certains comme le rejet de reconnaître à un enfant né le droit d'évoquer un préjudice du fait de son handicap congénital¹⁰⁰. Cette conception est d'ailleurs partagée par nombre d'auteurs pour qui l'arrêt Quarez et l'arrêt Perruche représentent le Ying et le Yong de la motivation juridique. Or, on peut tout de même s'étonner que ces deux cours ne parviennent pas à la même conclusion alors même qu'elles sanctionnent, toutes deux, la faute commise par le personnel médical.

En effet, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat retiennent la faute du personnel médical qui a pour conséquence d'avoir empêché ces mères de faire un choix et d'exercer leur liberté individuelle de mettre fin ou non à leur grossesse, les obligeant ainsi à donner naissance à un enfant handicapé. Les mères de ces enfants ont donc droit à réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait de la naissance d'un enfant handicapé.

Par contre, les deux cours ne raisonnent pas de la même manière pour juger du préjudice de l'enfant né. Le Conseil estime que le handicap de l'enfant étant congénital, le défaut d'information du personnel médical n'a eu aucun effet sur le handicap de l'enfant. Tandis que pour la Cour de cassation, il existe un lien de causalité –aussi indirect soit-il – entre le handicap de l'enfant et le défaut d'information du personnel médical en tant que la faute commise est à l'origine du défaut de choix subi par la mère qui n'a pu profiter du droit de choisir un recours à l'avortement.

⁹⁹ CAA de Lyon, 21 novembre 1991, n° 90LY00505.

¹⁰⁰ ALLOITEAU Stéphane, « L'arrêt « C.H.R. de Nice » : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale », *Les Petites Affiches*, 28 mai 1997, n° 64, p. 63.

Cette affirmation de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le handicap de l'enfant né fait apparaître l'écart entre le projet parental et la réalité de l'enfant né. En effet, en admettant la présence d'un lien de causalité, la Cour de cassation estime que l'enfant aurait pu naître sain et conforme au projet parental du couple Perruche. Or, le défaut d'information a mené à la naissance d'un enfant qui ne correspondait audit projet, état de fait dont peut user Nicolas Perruche pour arguer d'un préjudice. Ainsi comme Mme Marcela Iacub l'a écrit, le « *projet parental rend compte d'un modèle procréatif dans un monde juridique et technologique où les personnes peuvent choisir de faire ou de ne pas faire d'enfants, de faire naître ou de ne pas faire naître des enfants atteints de handicaps graves. C'est pour cette raison que la Cour assimile le préjudice des parents à celui de l'enfant* »¹⁰¹. L'arrêt Perruche révèle ainsi une nouvelle forme de droits : « *les droits de la naissance* »¹⁰². Ces droits ne sont pas assimilables à « *un droit subjectif de ne pas naître* »¹⁰³ mais dépendent simplement du projet parental et de sa conformité avec la naissance.

Le projet parental est l'outil essentiel grâce auquel peut se construire une demande de réparation d'un dommage et sur lequel le législateur se fonde pour évoquer les différents statuts de l'enfant à naître.

b) La multiplicité des statuts de l'enfant à naître conditionnée à l'existence d'un projet parental initial

Pour s'apercevoir de la multitude des statuts applicables à l'enfant à naître, il faut examiner – même brièvement – les différents domaines qui s'y sont intéressés.

¹⁰¹ IACUB Marcela, *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2002, p. 118.

¹⁰² *Ibid.*, p. XXIX.

¹⁰³ CAYLA Olivier in CAYLA Olivier et THOMAS Yan, *Op. cit.*, p. 40.

En philosophie¹⁰⁴, on peut distinguer trois approches différentes. La première considère l'embryon comme un être humain qui, à ce titre, se voit garanti le droit à la vie. La deuxième, à l'opposé, estime que l'embryon ne peut se voir accorder aucune valeur morale car il est incapable d'entrer en relation avec autrui. Enfin, la dernière rejoint la conception affirmée par le législateur : l'embryon est digne de respect et au fil de son évolution *gagne* en considération. Cette variété de conceptions illustre la complexité d'établir un statut unique et cohérent de l'embryon et de l'enfant à naître plus généralement.

En adoptant le point de vue d'un biologiste¹⁰⁵, l'embryon est le résultat de l'union de gamètes mâle et femelle et constitue un organisme en développement. Ainsi, l'enfant à naître ne peut être dissocié de la femme qui le porte : de sa *survie in utero* dépend sa vie *extra utero*. Autrement dit l'enfant à naître est un simple « *composant du corps de la femme* »¹⁰⁶.

Ces deux approches amplifient le caractère décisif d'une intervention du juridique. En effet, le droit parvient à écarter une donnée de fait essentielle à la qualité de l'enfant à naître à savoir qu'il n'est pas encore né, par le biais d'une fiction juridique, et à produire une norme visant à induire un certain comportement. Historiquement, cette prise de conscience d'une nécessité de prescription est apparue publiquement en 1984 au cours d'un avis du Comité consultatif national d'éthique qui remarquait qu'« *il n'a pas été, jusqu'à présent, indispensable de donner un statut à l'embryon pendant les quelques jours qui séparent conception et implantation. Si cette implantation n'est pas faite, il ne se développe pas, et l'interruption de son développement n'est qu'un aspect de la stérilité de la mère.* »¹⁰⁷. Cette

¹⁰⁴ ADJIMAN Maurice, « L'impossible statut de l'embryon », *Champ psychosomatique*, 2009/3 n° 55, p. 123-137.

¹⁰⁵ M. Roberto Andorno a synthétisé trois approches dont notamment l'approche biologique in ANDORNO Roberto, *La bioéthique et la dignité de la personne*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1997, pp. 64-74.. Selon lui, d'une part l'*embryologie* permet de constater que c'est de l'embryon que procède l'adulte et d'autre part la *génétique* rappelle que l'humanité d'un adulte, qui n'est pas remise en cause, ne trouve sa source que dans l'humanité de l'embryon qui l'a précédée. Ainsi, on peut en conclure que « *l'embryon est biologiquement humain dès sa conception* » (ANDORNO Roberto, *op. cit.*, 1996, p. 125).

¹⁰⁶ IACUB Marcela, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁷ Avis du CCNE n° 3, p. 10.

appréciation du Comité fait ressortir sa volonté de distinguer les notions d'enfant à naître *in utero* et *in vitro*, laquelle débouche sur le rôle des parents et plus particulièrement sur le rôle du projet parental.

En effet, les techniques médicales de procréation ont participé – et même causé - l'émergence de la notion de projet parental, celui-ci devenant une exigence à laquelle les parents sont sommés de répondre s'ils souhaitent bénéficier de l'aide médicale proposée par l'Etat. A titre d'exemple, le projet parental est l'outil qui permet de distinguer « *un fœtus tumoral et un fœtus authentique* »¹⁰⁸ ou plus factuellement de trancher la question de savoir si l'enfant à naître que porte la mère *survivra à sa naissance*¹⁰⁹.

Le projet parental apparaît ainsi comme l'unique moyen de déterminer le statut de l'embryon¹¹⁰, mais « *le projet parental est multiple et puissant* »¹¹¹. Il peut en effet recouvrir plusieurs réalités. Certes, le législateur a tenté de le réduire à la seule initiative d'un homme et d'une femme vivants, en âge de procréer et mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans mais ce faisant il a réalisé une forme de discrimination entre les couples qui font appel à l'assistance médicale à la procréation et les couples qui procréent naturellement. En effet, dans le cadre de la procréation naturelle, le projet parental n'est jamais évoqué ou plutôt s'il l'est, c'est dans sa version négative car en l'absence d'un tel projet, la femme peut décider de recourir à un avortement. Or, la *bonne parentalité*, pour calquer une notion chère au droit civil, n'est pas davantage garantie parce que la procréation s'est faite de manière naturelle.

Ainsi, peut-on croire que la détermination d'un projet parental a une autre finalité ?

¹⁰⁸ BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « La condition fœtale n'est pas la condition humaine », *Travail, genre et sociétés*, 2006/1 n° 15, p. 178.

¹⁰⁹ THOMAS Yan in CAYLA Olivier et THOMAS Yan, *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁰ Cette appréciation est d'ailleurs partagée par le panel de citoyens de la conférence de Marseille.

¹¹¹ HERMITTE Marie-Angèle, « Le droit de la bioéthique et la logique du projet parental », in *Le corps et la loi*, PUAM, 2009.

L'ambiguïté de la notion de projet parental se manifeste plus clairement en matière d'interruption de grossesse puisqu'elle renvoie les parents à leur capacité d'adaptation. La loi Veil et plus récemment la loi Aubry-Guigou ont limité l'usage de l'avortement à une certaine période de la grossesse. Cette délimitation du temps durant lequel il est ou non possible de mettre fin à une grossesse semble très majoritairement acceptée par la population et comprise comme étant la frontière à ne pas franchir si l'on s'attache au principe du respect dû à l'être humain dès sa conception ; diverses explications sont alors données allant de la formation physique du fœtus jusqu'à sa capacité à percevoir le monde qui l'entoure. Or, il est intéressant de noter que cette délimitation dans le temps du pouvoir d'interrompre une grossesse ne s'applique absolument pas à ce qu'il convient d'appeler l'interruption médicale de grossesse. En effet, celle-ci peut être demandée pour raison thérapeutique à l'endroit du fœtus jusqu'avant le jour de l'accouchement. Autrement dit, les arguments employés en matière d'interruption volontaire de grossesse n'ont plus cours quand le fœtus porté est *malade*. Comment justifier cette décision ? Le législateur a - peut-être - prévu les critiques et visé uniquement les fœtus dont les *maladies* sont incurables. Mais que penser des interruptions volontaires de grossesse demandées lors de la découverte d'une malformation non invalidante qui ne répondrait pas aux conditions d'interruption médicale de grossesse ? Ne frôle-t-on pas l'esprit de l'eugénisme ? Sans vouloir plonger dans le gouffre du risque eugénique, il est quand même surprenant d'observer que les inquiétudes soulevées en matière d'avortement volontaire ne sont pas reprises en matière d'interruption médicale, ou si elle le sont, ne sont en rien comparables au désarroi des parents qui demandent l'intervention du médecin pour mettre fin à cette grossesse qui ne répond plus au désir des parents. Est-ce à dire que le projet parental peut changer en cours de grossesse et que le fœtus peut être amené à subir une interruption de sa vie ?

Cette réalité, bien que marginale interroge et nourrit – certainement – l’inquiétude du devenir d’enfants portés par une gestatrice, ou pire d’enfants nés, qui ne répondent pas au projet parental des parents intentionnels. Face à cette crainte, l’Etat apparaît comme le seul recours *juste*.

§ II. L’assurance de la défense du droit de naître par l’Etat soumise à la nature du projet parental

Les notions de droit de naître et de projet parental, outre leur périodicité *ante* natale, ont pour point commun la multiplicité de sens qu’elles peuvent recouvrir. En effet, la détermination du sens dans lequel, le locuteur les utilise est essentielle, tant leur champ regroupe des possibles différents, divergents, voire même contraires. Ainsi, dans le cadre d’un projet parental stricto sensu, la différence cruciale entre la potentialité de la personne humaine de l’embryon et la personne humaine en tant que telle apparaît très nettement (a)), permettant de rendre compte du respect auquel a droit le fœtus (b)).

a) La différence cruciale entre la potentialité de la personne humaine et la personne humaine en tant que telle

L’article 16 du Code civil dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie* ». Les termes de cet article ont été précédemment employés par la loi de 1975 relative à l’avortement. Le législateur de 1994 a repris et opté pour un élargissement de la portée de ce principe : il l’applique désormais non seulement à l’enfant à

naître *in utero* mais également *in vitro*. Surtout, l'article 16 opère une distinction fondamentale entre le respect dû à une personne juridique potentielle et la dignité de la personne¹¹², qu'il convient d'examiner.

Pourquoi parler d'« être humain » ? Une réponse par la négation semble être la plus appropriée pour répondre à cette question. En effet, utiliser la locution « être humain » est un moyen de ne pas évoquer la personne juridique. Cette dernière correspond au statut que l'on acquiert du simple fait de naître : la naissance nous fait passer du statut d'être humain à celui de personne physique. Ce changement de statut, totalement indépendant du destinataire de cette nouvelle qualification, s'accompagne de l'acquisition de droits au profit du bénéficiaire : le principal droit *consubstantiel*¹¹³ à la notion même de personne physique étant la dignité. Il existe pourtant une exception exprimée par l'adage suivant « *Infans conceptus pro nato habetur quotidies de commodis ejus agitur* », selon lequel l'enfant simplement conçu est considéré comme né, dans la mesure où il y va de son intérêt¹¹⁴, c'est-à-dire que dans certains cas, comme par exemple en matière de succession, le droit impose que si l'enfant naît vivant et viable, bien que sa naissance soit postérieure à l'ouverture de la succession du *de cujus*, à la succession duquel l'enfant peut prétendre, le notaire chargé de la dévolution du patrimoine fera *comme si* l'enfant était apte à recevoir la succession au jour de ladite ouverture de la succession¹¹⁵. A l'inverse, en cas de naissance d'un enfant mort-né ou d'une fausse couche de

¹¹² Le doyen Jean Carbonnier évoque la dignité de la personne humaine dans les droits de la personnalité. Il date le point de départ de l'émergence de cette notion à la Constitution fédérale allemande, laquelle énonçait : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics sont tenus de la respecter et de la protéger.* ». Ce qui fait dire à M. Jean Carbonnier qu'« à l'arrière fond, on peut apercevoir la maxime de Kant : « *Traite l'humanité en toi-même et dans les autres toujours comme une fin, jamais comme un moyen.* » Si les constituants d'outre-Rhin ont placé la dignité (*Würde*) en tête de leur œuvre, c'est apparemment qu'ils y voyaient la valeur suprême. » in CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Paris, PUF, 1^{ère} éd. « *Quadrige* », 2004, p. 528.

¹¹³ CHARMET Marie-Pierre, « Notes pour une philosophie de l'embryon », *Etudes*, 2002/3 Tome 396, p. 324.

¹¹⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, *Les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 7^{ème} édition, 2006, p. 8.

¹¹⁵ L'article 725 du Code civil prévoit en effet que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* » et l'article 906 du même code dispose que « *pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par*

la mère portant l'enfant qui aurait pu prétendre à ladite succession, le notaire fera *comme si* l'enfant n'avait jamais existé. Ce qui fait dire à Mme Marcela Iacub, de façon provocante, que la « *la grossesse ne donne à l'embryon aucun droit à un nom propre, mais à un double statut de partie du corps de la mère, d'abord, et de circonstance pouvant rétroactivement être considérée comme ouvrant à certains droits, une fois que l'enfant est né. L'embryon est donc juridiquement parlant une sorte de créature sans présent, un pur passé enfoncé dans un corps.* »¹¹⁶.

Ainsi, en prenant pour critère de distinction le moment de la naissance, le législateur réaffirme son intention de faire prévaloir les intérêts des personnes physiques vivantes plutôt que ceux d'une personne potentielle, à l'instar de la procédure d'avortement¹¹⁷ ; la notion de dignité étant au cœur de ce choix.

Le législateur énonce également, *la primauté de la personne*, autrement dit le droit se donne pour fonction de protéger la personne physique contre toute atteinte. Mais dans quelle limite ? Cette protection vaut-elle uniquement dans les rapports qu'une personne entretient avec autrui ou concerne-t-elle également les rapports qu'elle entretient avec elle-même ?

Le conseil constitutionnel est le premier à avoir tenté d'esquisser les contours de cette notion¹¹⁸ dans une décision relative aux lois de bioéthique de 1994¹¹⁹. Il jugeait alors que le principe de dignité de la personne humaine tel qu'il est énoncé dans le Préambule de 1946 s'interprétait comme « *un principe à valeur constitutionnelle* » dont l'objectif était « *la*

testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

¹¹⁶ IACUB Marcela, *op. cit.*, 2002, p. 61.

¹¹⁷ Ce choix de faire prévaloir certains intérêts sur d'autres a été souligné par Mme Aude BERTRAND-MIRKOVIC in BERTRAND-MIRKOVIC Aude, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, notamment p. 59.

¹¹⁸ La première fois que le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la notion de dignité, il s'agissait d'une saisine à l'initiative de députés qui s'inquiétaient de la constitutionnalité de certains articles de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 86-1067 (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989).

¹¹⁹ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344.

sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ». Le Conseil d'Etat a également été amené à se prononcer notamment dans un arrêt célèbre relatif au lancer de nain¹²⁰ et dans lequel il affirmait que « *la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* » et qu'à ce titre il revient à l'autorité investie du pouvoir de police de veiller à ce que rien ne porte atteinte à la dignité d'une quelconque personne et ce même si ladite personne y a consenti. Cette interprétation du Conseil met en avant et, la portée universelle de ce principe, et l'indifférence de tout consentement : la dignité est une qualité absolue !

Cet article 16 du Code civil est essentiel à la compréhension de la différence de traitement pratiqué par le législateur. Un enfant à naître ne peut être considéré de la même manière et selon les mêmes égards qu'une personne physique. Toutefois, le respect dû à l'enfant à naître n'est pas négligeable et l'actualité ne cesse de nous le rappeler à l'instar du tremblement de terre éthique vécu par l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul en 2005¹²¹.

*b) La détermination du respect dû au fœtus en tant que personne humaine potentielle*¹²²

Dans le cadre de la procédure d'assistance médicale à la procréation, le législateur a planifié trois devenir possibles des embryons conservés, fondés sur le critère d'existence d'un projet parental porté par le couple. L'article L 2141-4 du Code de la santé publique¹²³

¹²⁰ CE, ass., 27 octobre 1995, n° 136727, Rec. Lebon 1995, p. 372.

¹²¹ En août 2005, fut découvert dans la chambre mortuaire de l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul, des fœtus morts conservés dans des conditions plus que critiquables. Voir sur ce sujet SUREAU Claude, *Son nom est personne*, Paris, Albin Miche, 2005. De plus, cette affaire est d'autant plus extraordinaire que le législateur avait organisé dès 1993 le devenir des enfants nés sans vie (loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales).

¹²² Le tout premier avis rendu par le Comité consultatif national d'éthique, ce dernier s'est penché sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques et a posé comme principe la reconnaissance de l'embryon et du fœtus comme personne humaine potentielle qui à ce titre doit faire l'objet de respect ; Avis du CCNE n° 1 du 22 mai 1984 relatif prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

¹²³ Tel qu'issu de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

dispose, en effet que : « *Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ; 2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et l'article L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons.* ».

Cette alternative proposée aux couples témoigne de l'importance du projet parental en ce qu'il attribue à l'embryon la qualité de personne potentielle. Ce projet parental peut être celui du couple qui l'a conçu comme celui du couple qui se voit attribuer ces embryons selon la procédure prévue par l'article 2141-4 du Code précédemment citée. Ainsi, le législateur se contente-t-il de *n'importe* quel projet parental, qu'il corresponde au projet parental initial, à un autre projet parental construit après la conception des embryons ou à un projet parental d'un autre couple ; l'unique condition est celle de prêter aux embryons les ambitions d'un projet parental.

A défaut de projet, le législateur ne semble plus considérer l'embryon comme une personne potentielle. En effet, en prescrivant sa destruction et en autorisant qu'il fasse l'objet d'une recherche ou que son matériel biologique soit utilisé dans le cadre d'une thérapie cellulaire, l'embryon-personne potentielle devient l'embryon-matériel biologique. Il passe donc d'une sorte de *sous-catégorie* de la personne à une *sous-catégorie* de l'objet : il devient

matériau humain instrumentalisé au profit de la science¹²⁴. Comme le dit M. Jean Hauser, en acceptant « *de se référer aux choses puisqu'il ne s'agit plus du principe de vie mais des éléments de l'humain qui la composent, on trouverait assez vite la piste de la distinction des fruits et des produits, les premiers étant ceux que la chose produit périodiquement sans altération de sa substance, les seconds épuisant au contraire la substance* »¹²⁵ c'est-à-dire la vie.

Mais paradoxalement, le fœtus et plus particulièrement le fœtus mort ou l'enfant mort-né n'ont jamais été aussi protégés par le législateur. En effet, depuis 1993, la réglementation relative au devenir de ces derniers est de plus en plus prolix, jusqu'à à l'établissement d'un acte d'enfant sans vie¹²⁶.

Cette dualité des interprétations de la nature du fœtus se retrouve, évidemment dans le cadre des conventions de mère porteuse. Celles-ci sont le théâtre de la rencontre de plusieurs intérêts qui s'affrontent : l'intérêt des parents potentiels qui désirent avoir un enfant, l'intérêt de la mère porteuse qui aspire à être en bonne santé et l'intérêt de l'enfant à naître. Or, si on se réfère à l'adage « *chacun est juge de son intérêt* »¹²⁷, ce dernier intérêt est difficilement définissable d'une part parce que l'enfant à naître ne peut encore juger de ce qui lui est profitable et d'autre part parce que *son* intérêt est susceptible de changer. En effet, en tant que personne potentielle, l'intérêt immédiat de l'enfant à naître est de naître tandis qu'une fois né, l'intérêt de l'enfant relève de plusieurs facteurs moraux, affectifs, éducatifs... C'est en raison, à la fois de cette incapacité à déterminer l'intérêt d'un enfant à naître et, du risque inhérent à

¹²⁴ DOUCHY-LOUDOT Méline, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *Revue Lamy Droit Civil*, juin 2010, n° 72, p. 41.

¹²⁵ HAUSER Jean, « La vie humaine est-elle hors commerce ? », *Les Petites Affiches*, 5 décembre 2002, n° 243, p. 19.

¹²⁶ Organisé par l'arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie ainsi que la circulaire du 19 juin 2009 relative à l'enregistrement à l'état civil des enfants décédés avant la déclaration de naissance et de ceux pouvant donner lieu à un acte d'enfant sans vie, à la délivrance du livret de famille, à la prise en charge des corps des enfants décédés, des enfants sans vie, des fœtus.

¹²⁷ LABRUSSE-RION Catherine in CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2008, p. 73.

cette forme de procréation que l'Etat s'est investi de la compétence de protection de l'intérêt de l'enfant à naître.

Cette volonté de protéger l'enfant à naître c'est-à-dire la personne humaine potentielle fonde l'interdiction des conventions de mère porteuse posée par le législateur et se retrouve également dans l'office du juge quand il tranche un litige relatif à de telles conventions. Or, en étudiant, par exemple, les trois arrêts rendus par la Cour de cassation en 2011, il apparaît très nettement que la Cour et les plaignants ne s'intéressent pas à l'intérêt de l'enfant dans la même temporalité. Ainsi, la Cour se veut protectrice d'un intérêt de l'enfant antérieur à sa naissance : elle souhaite alors protéger l'enfant d'une condition qui ne lui serait pas favorable ; tandis que les parents qui demandent à se voir établir un lien de filiation avec l'enfant né, ne s'attachent qu'à l'intérêt de l'enfant une fois né et même plus largement à l'intérêt de l'enfant dans l'avenir. Deux interprétations de la notion d'intérêt de l'enfant s'opposent et malgré quelques tentatives des juges du fond¹²⁸ d'adopter la conception proposée par les parents, la Cour garde la mainmise sur l'interprétation à donner à cette notion et par-là même veille aux limites de l'acceptation de la notion de projet parental.

¹²⁸ Une des tentatives que l'on peut citer est celle du TGI de Nantes, le 10 juin 2010, qui a ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger sur les registres d'état civil. Mais son jugement a été annulé par la Cour d'appel de Rennes (CA de Rennes CH. 06 A, 10 janvier 2012, n° 11/01846). L'argumentation de la Cour est la même que celle de la Cour de cassation à l'exception de remarques, qui rendent, d'ailleurs, la décision plus mémorable. Premièrement, par la réponse unique qu'elle donne à la prétention du demandeur qui mettait en avant l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'une reconnaissance paternelle : « *L'intérêt supérieur de l'enfant* » ne peut utilement être mis en avant par Didier F. qui a fait le choix délibéré de mettre cette enfant et lui-même hors la loi ». deuxièmement, par l'interprétation qu'elle fait de la somme d'argent échangée par le père intentionnel de l'enfant : « *Cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse.* », qui rappelle étrangement la jurisprudence de la High Court of Justice du Royaume Uni, laquelle admet les conventions de mère porteuse à la condition que la rétribution de la gestante corresponde au remboursement des dépenses dues par la grossesse c'est-à-dire qu'elle se conforme à un « *dédommagement raisonnable* ». Mais, il à noter que depuis 2008, le Royaume Uni a étendu son autorisation aux contrats de gestation pour autrui à but commercial, abandonnant le régime de remboursement des dépenses au profit du régime de rémunération sous condition. Voir sur ce point PARIZER-KRIEF Karen, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande Bretagne », *Revue Internationale de Droit Comparé*, octobre 2011, Volume 63, n° 3, p. 645 et s.

On peut en conclure que malgré la volonté du législateur de protéger l'embryon, le fœtus et l'enfant à naître, chacun des trois reste « *une sorte de créature sans présent* »¹²⁹ uniquement l'objet d'un projet parental sur lequel l'Etat garde un droit de regard.

Conclusion partielle

Le projet parental est la condition *sine qua non* qui prouve le réel désir des couples de devenir parents. Il est par ailleurs, le motif sur lequel le législateur de même que le médecin de la reproduction se fondent pour intervenir au profit d'un couple. Mais dans le cadre du statut de l'enfant à naître, ce projet parental représente également un motif juridique dont la définition appartient à chaque auteur qui le revendique et ce abstraction faite de toute éthique médicale. En effet, comme nous l'avons souligné avec les affaires Perruche et Quarez, le projet parental constitue la norme déterminée par le droit que le médecin doit suivre en réponse à la demande des parents. Or comment le médecin peut-il parvenir à faire coïncider son éthique personnelle avec les actes qu'il doit accomplir en tant que praticien, dès lors que les actes en question sont contraires à son éthique personnelle ? Il est vrai que l'exercice de sa profession se voit alors confronté à l'obligation d'intervenir à travers des actes conformes ou contraires à ses propres convictions parce que toujours soumis aux termes de la loi en vertu de laquelle sa responsabilité de praticien peut-être engagée.

¹²⁹ IACUB Marcela, *op. cit.*, 2002, p. 61.

SECTION II. L'anéantissement de la valeur du projet parental causé par la contractualisation de son objet

Le projet parental, loin d'être tout puissant, connaît, en matière d'assistance médicale à la procréation et plus particulièrement en matière de gestation pour autrui un fort contrôle de l'Etat. Ledit projet peut, en effet, se voir totalement anéanti par le juge lorsque ce dernier identifie un contrat de gestation pour autrui. La réification d'une naissance causée par le contrat qui l'organise défait toute valeur au projet parental (§ I.) et fonde la nullité d'ordre public qui sanctionne un tel contrat (§ II.).

§ I. Le risque de réification inhérent à la contractualisation d'une naissance

La procédure de gestation pour autrui, est fondée sur un accord conclu entre les parents intentionnels ou couple commanditaire et la mère porteuse. Cet accord prend la forme d'un contrat dont l'objet est la naissance. Ainsi, l'origine de la naissance de l'enfant issu d'une gestatrice fait peser un risque d'aliénation et de réification sur l'enfant en devenir (a)) desquels découle une crainte d'abandon de l'enfant à sa naissance (b)).

a) Les risques d'aliénation¹³⁰ et de réification d'une personne en devenir

Les conventions de mère porteuse lient la mère porteuse et le couple intentionnel autour d'un objet : la naissance d'un enfant. Or, en contractualisant cette naissance, les parties à cette convention réifient l'enfant qu'ils projettent de concevoir, ainsi d'ailleurs, que la

¹³⁰ Comme nous le rappelle M. Roberto Andorno, la notion de réification de la personne ne naît pas avec les procréations assistées mais avec le marxisme. En effet, pour la doctrine marxiste, le système capitaliste était un « facteur de réification de la personne, car il est réputé réduire le travail humain et par là, la personne même du salarié, à la catégorie de « marchandise » » in ANDORNO Roberto, *op. cit.*, 1996, p. 2.

femme qui consent à le porter, en la définissant comme le moyen qui leur permettra de réaliser leur projet. Ce contrat devient alors l'objet juridique qui transforme l'homme en « *un objet technique* »¹³¹, c'est-à-dire que la femme qui accepte de mener à terme une grossesse pour une autre se transforme « *dans son corps en tant que matière première* »¹³². Cette réification des femmes est dénoncée par nombre des opposants à cette technique mais qu'en est-il de celle de l'enfant et comment se forme-t-elle ?

Tout d'abord, la contractualisation d'une naissance implique-t-elle de fait, une réification de l'enfant à naître ? Evoquer les termes de contrat et de naissance d'un enfant dans une même phrase renvoie assez rapidement à l'image d'un enfant-marchandise. Pourtant, l'assistance médicale à la procréation mise en place par le législateur français, met au-devant de la scène le médecin en tant qu'acteur privilégié de la naissance d'un enfant qu'il aide à concevoir. En effet, le couple infertile qui recourt à cette aide à la procréation aspire à une prise en charge médicale de leur infertilité. Ainsi, la relation entretenue par un couple infertile avec son médecin de la reproduction est de la même nature que celle entretenue par n'importe quel patient. Or, entre le médecin et son patient existe un contrat de soin dans lequel le médecin s'engage à « *donner des soins (...) consciencieux, attentifs et (...) conformes aux données acquises de la science* »¹³³ correspondant à une obligation de moyens. Dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, il en est de même, seulement les soins apportés relèvent de la conception d'un enfant. Ainsi, pourrait-on dire que le contrat tacite existant

¹³¹ EDELMAN Bernard, « L'homme, objet technique », *L'Express*, 27 janvier 1994 : « *Il n'est pas possible de rendre conciliable les Droits de l'Homme et les droits de la science mais ils révèlent un malaise, une détresse. Nous sommes parvenus à un moment où l'homme est devenu lui-même un objet technique. Transformation de l'homme en le contraignant à se produire lui-même, dans son corps en tant que matière première. L'économie de marché requiert un matériau humain reproductif et rentable, régi selon les lois de l'offre et de la demande. Une triple maîtrise se profile à l'horizon de l'effort médical et de l'espérance de la génération contemporaine : celle de l'hérédité, de la fécondité et du comportement. Des pouvoirs redoutables tombent entre nos mains, chaque fois davantage performants. La bioéthique est née de cette nouveauté et de cette urgence.* » .

¹³² *Ibid.*

¹³³ La Cour de cassation a reconnu l'existence d'un contrat de soin entre le médecin et le patient dans le célèbre arrêt Mercier (: C. cass. Civ., 20 mai 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, p. 41).

entre un couple infertile et le médecin de la reproduction a pour objet – indirectement – la naissance d'un enfant. Dès lors, la critique reposant sur la contractualisation de la naissance de l'enfant issu d'une gestation pour autrui ne tient plus. Certes, on peut objecter que le contrat de gestation pour autrui nécessite pour son exécution la remise de l'enfant aux parents d'intention, mais dans le cadre d'une fécondation *in vitro* serait-il exagéré d'assimiler l'insémination à cette même remise ?

Ensuite, la rétribution de la mère porteuse conforte-t-elle dans l'esprit d'une réification de l'enfant ? Certains auteurs plaident pour une nécessaire rétribution des femmes porteuses. Pour Mme Geneviève Delaisi de Parseval¹³⁴, la gestation pour autrui, comme d'ailleurs le don de gamètes, doit faire l'objet d'un dédommagement, c'est-à-dire qu'il joue le rôle de « *contre-don* » au sens propre, c'est-à-dire qu'il « *neutralise* »¹³⁵ le don dont est bénéficiaire le couple commanditaire et repousse la notion de dette éternelle. Cette conception du don s'assimile à l'échange, tel que théorisé par M. Marcel Mauss. Selon lui et d'après son étude des comportements engendrés dans le cadre du don au sein de sociétés primitives¹³⁶, la réciprocité est inhérente à chaque relation humaine ; le don entraîne donc de la part de celui qui le reçoit une obligation morale de rendre, une dette, qui peut même se voir sanctionnée : « *L'individu qui n'a pas pu rendre le prêt ou le potlatch perd son rang et même celui d'homme libre* »¹³⁷. L'indemnisation du contrat liant un couple commanditaire et une gestante tient alors d'une obligation morale de rendre pour ne pas être « *aplati* »¹³⁸, ne pas perdre la face.

¹³⁴ DELAISI DE PARSEVAL Geneviève, « L'art d'accommoder les parents » Interview de Geneviève Delaisi de Parseval, *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 108-113.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 110

¹³⁶ MAUSS Marcel, Essai sur le don. Forme et raisons de l'échange dans les sociétés archaïques (1923-1924), réédité in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 2004, pp. 145-279.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 53.

A l'inverse, pour Mme Antoinette Fouque¹³⁹ faire pénétrer la science de l'économie dans ce don d'une femme à une autre, c'est faire « *apparaître la misère de la vraie mise en servitude des femmes* », c'est dévoiler « *qu'elles font une production irremplaçable, qu'elles ont une compétence distinctive, qui est nécessairement du don, gratuite, gracieuse, de pure gratitude envers l'espèce* ». Elle s'attache ainsi à définir la gestation pour autrui comme un don qui n'appelle aucun contre-don ; « *le dédommagement ne saurait être qu'une aumône* » et met en garde contre toute volonté d'uniformisation de la procédure : « *Nous sommes un pays capitaliste, mais qui ne veut pas céder au dogme de la pensée unique libérale comme les pays anglo-saxons en général* »¹⁴⁰.

A défaut de prendre position, il semble difficile de ne pas dédommager la mère porteuse, aussi généreuse¹⁴¹ soit-elle, ce qui inmanquablement renvoie à la contre-prestation du débiteur donc à l'objet du contrat et à la réification de l'enfant¹⁴². Même en constatant que d'autres pratiques légales, réifient certains produits et éléments du corps humain, l'enfant à

¹³⁹ FOUQUE Antoinette, « Les enjeux de la gestation pour autrui » Entretien avec Antoinette Fouque, *Le Débat*, 2009/5 n°157, p. 145-157.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 152.

¹⁴¹ M. Israël Nisand rapporte qu'avant que la gestation pour autrui ne soit interdite en France, il s'était rendu dans différentes associations qui regroupaient des femmes ayant déjà été mères porteuses, ou des femmes qui souhaitaient se lancer dans cette expérience. Il avait alors demandé à ces femmes les raisons de ce choix : « *La moitié avait une motivation essentiellement financière. L'autre moitié était constituée de femmes qui disaient en substance : «J'ai la chance d'être entière et de pouvoir donner le jour à des enfants ; le propre des humains, c'est de savoir s'entraider. Je suis d'ailleurs donneuse de sang et de moelle. J'aime être enceinte et j'aime donner le jour à un enfant et ma famille est d'ores et déjà constituée. Ce qui serait une très grande chance pour moi de pouvoir me sentir utile à ce point en rendant un service aussi important à une autre femme dépourvue de son utérus.* » Cette générosité-là existe, je l'ai rencontrée. » in NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », pp. 77-83, in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la direction de Petr Muzny, Paris, Dalloz, 2010, p. 80.

¹⁴² Cette réification inconsciente mais flagrante se trouve notamment chez les couples en attente de devenir parents, qui se renseignent sur les possibilités offertes à l'étranger en matière d'assistance médicale à la procréation via des blogs. Une femme, qui s'exprime dans le cadre d'une discussion avec un autre internaute à propos des tarifs relativement élevés pratiqués pour les FIV aux USA dit : « (...) *effectivement 25000 \$ est assez proche du prix d'une voiture et que finalement pour avoir un bébé ce n'est pas si cher payé* ». Le parallèle fait par cette femme de ces deux domaines totalement étrangers l'un à l'autre est, pour autant, tout à fait révélateur de notre mode de réflexion dans une société capitaliste à savoir que dès lors que l'on donne une contrepartie pécuniaire, on est en droit d'attendre en retour quelque chose ; ce quelque chose qui par le cadre même dans lequel est échangé voit sa nature se consolider dans les objets... BRIEX Michel, « À qui profite le bébé ? », *Spirale*, 2009/2 n° 50, p. 43.

naître ne peut subir le même traitement. C'est en cela que la gestation pour autrui est un parfait exemple de questionnement éthique, duquel ne peut découler aucune « bonne réponse ».

b) Le fantasme d'un abandon préparé ?

S'interroger sur le « fantasme » d'un abandon préparé, permet d'évoquer l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1989¹⁴³, grâce auquel elle se penche pour la première fois sur la pratique de la gestation pour autrui.

Dans cette décision, la Cour avait à répondre à une question relative à la licéité de l'objet d'une association. L'Association *Alma Mater* se chargeait de faire se rencontrer des femmes prêtes à porter un enfant pour autrui et des couples qui ne pouvaient concevoir d'enfant. Dans ces conditions, elle fit se rencontrer un couple stérile et une mère porteuse. Ils conclurent un accord par lequel la gestante s'engageait d'une part à leur confier l'enfant et d'autre à ne pas le reconnaître, en contrepartie de quoi, elle recevait une rétribution de soixante mille francs. A la naissance de l'enfant, elle s'y refusa. Le procureur de la République du tribunal de Marseille se saisit du litige et prononça la dissolution de l'association sur le fondement de l'illégalité de ses activités. Cette décision de première instance fut confirmée par la Cour d'Appel d'Aix-en Provence le 19 avril 1988. La première chambre civile de la Cour de cassation confirma la décision des juges du fond dans un attendu sans ambiguïté fondé sur trois motifs. Premièrement, la Cour souligne la contrariété des conventions de mère porteuse ayant pour objet les fonctions reproductrices de la mère et l'enfant à naître avec l'article 1128 du Code civil qui n'autorise la conclusion de convention que sur les choses dans le commerce. Deuxièmement, les juges de la forme notent la violation

¹⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655.

du principe d'ordre public de l'indisponibilité des personnes inhérent au recours à une gestante. Enfin et surtout, la Cour affirme que « *l'activité de l'association (...) tend délibérément à créer une situation d'abandon* ». Ainsi, la première interprétation faite par la Cour de cassation de cette technique de procréation ne prend pas en compte le désir du couple commanditaire de devenir parent et ne voit dans cette pratique qu'une *fabrication*¹⁴⁴ d'enfant.

La notion d'abandon d'enfant avait, également, été soulevée par le Conseil d'Etat en 1988 dans le désormais célèbre arrêt *Les Cigognes*¹⁴⁵ qui avait déclaré nulles les conventions de mères porteuses en ce qu'elles constituaient un abandon d'enfant. A ce titre, il nous faut étudier l'argumentation dont a usé le juge administratif pour aboutir à une telle conclusion.

Le Conseil d'Etat était saisi d'un recours pour excès de pouvoir, selon lequel le préfet du Bas-Rhin aurait commis un excès de pouvoir en refusant d'inscrire l'Association « Les Cigognes » au registre des associations. L'association demanderesse a alors saisi le tribunal administratif de Strasbourg, arguant d'un excès de pouvoir du préfet. Le juge administratif a rejeté la demande d'annulation et le Conseil d'Etat a été saisi par l'association. Le juge administratif va alors étudier l'objet véritable de l'association demanderesse. Ainsi, dans son sixième considérant, il dénonce les « *allégations* » de l'association et pointe son objet en tant qu'il ne se réduit pas à « *la seule défense des intérêts de ses membres, mais qu'elle s'est constituée également (...) afin de promouvoir et mettre en œuvre l'activité des mères porteuses* ». Or, comme le rappelle le juge administratif, l'ancien article 353-1 du Code pénal¹⁴⁶, proscrit toute convention dont l'objet se rapporterait à un abandon d'enfant¹⁴⁷. Ainsi,

¹⁴⁴ AGACINSKI Sylviane, « Le corps fabriqué », *Le Débat*, 2010/2 n° 159, p. 128-140.

¹⁴⁵ CE, 22 janvier 1988, n° 80936.

¹⁴⁶ L'article 227-12, alinéa 1er, du Code pénal prévoit que « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* ». L'article 227-12, alinéa 3, du Code pénal sanctionne d'une peine de un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les*

le Conseil assimile l'engagement de porter un enfant pour un couple à un engagement d'abandon d'enfant et en tire la conclusion qui s'impose au regard du Code pénal. Cette interprétation tient de la même conception de la maternité que celle défendue par le législateur, qui considère que la femme qui porte et accouche d'un enfant est *forcément* sa mère et qu'elle se rend coupable d'un abandon d'enfant au profit d'un couple tiers.

Ce point a aussi été soulevé par le Comité consultatif national d'éthique en 1984. En effet, le Comité émettait quelques doutes et même quelques avertissements quant à l'usage de cette pratique, notamment en ce qu'il s'agit « *d'un acte grave qui consiste à susciter une naissance* ». Les mots ne sont pas les mêmes que ceux employés par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat mais l'intention est identique : souligner le caractère discrétionnaire de cette pratique qui « *contient en puissance une insécurité pour l'enfant* »¹⁴⁸. Toutefois, le Comité est quelque peu revenu sur sa position dans un avis rendu dernièrement : il ne considère plus la gestation pour autrui comme une *provocation à l'abandon d'enfant*¹⁴⁹, il estime désormais que l'enfant issu d'une gestante qui est remis à ses parents d'intention « *n'est pas à proprement parlé abandonné* »¹⁵⁰.

Cette atténuation de son discours peut sans doute s'expliquer notamment en raison des nombreux échanges entre les défenseurs d'une légalisation de cette procédure et ses opposants. En effet, à l'intérieur même des disciplines que sont le droit, la médecine et la

peines sont portées au double ». L'article 227-13 du Code pénal incrimine la substitution volontaire, la simulation et la dissimulation « *ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* », situations punies de « *trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

¹⁴⁷ Pour être plus précise l'article 353-1 du Code pénal dispose : « *Sera puni 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 aurait fait souscrire ou tenté de faire souscrire, par les futurs parents ou 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 tenté d'en faire usage ; 3°) Quiconque aura, dans un esprit de lucre, apporté ou tenté d'apporter son entremise pour faire accueillir ou adopter un enfant.* »

¹⁴⁸ Avis CCNE n° 3, p. 3.

¹⁴⁹ Avis CCNE n° 3, p. 3, 12, 15.

¹⁵⁰ Avis CCNE n° 110, p. 6.

philosophie, les avis divergent et aucune majorité d'opinion ne peut réellement émerger, à l'instar de M. René Frydman¹⁵¹, opposant certain à ce type de procréation et M. Israël Nisand¹⁵², favorable à une légalisation strictement encadrée.

§ II. La nullité absolue de la convention de mère porteuse au secours des libertés publiques

Le droit français depuis les premières lois éthiques de 1994 prohibe les conventions de mère porteuse. Cette interdiction est énoncée à l'article 16-7 et est qualifiée d'ordre public à l'article 16-9 du Code civil. Mais que signifie cette nullité d'ordre public quand l'objet du contrat est un enfant ?

En principe, la nullité absolue ou d'ordre public est une sanction prononcée par un juge qui constate que des actes juridiques ont été conclus en violation de l'ordre public. Cette sanction, qui peut être demandée par tout intéressé, prend la forme d'une annulation du contrat formé, annulation qui ne peut être écartée par aucun motif, c'est-à-dire que l'argument des parties selon lequel l'existence du contrat ne leur cause aucun préjudice ne peut empêcher *l'écrasement* de l'acte « sur » l'ordre public « *comme sur un mur* »¹⁵³ ! Le jugement d'annulation a deux conséquences : d'une part, il anéantit le contrat dans son entier et d'autre part, il donne lieu en principe à restitution.

Dans le cadre des contrats de gestation pour autrui, la sanction judiciaire se caractérise par un anéantissement du contrat avec un effet rétroactif de l'annulation. Les juges français

¹⁵¹ Voir notamment BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René, SZEJER Myriam, WINTER Jean-Pierre, *op. cit.*

¹⁵² Voir NISAND Israël, *op. cit.*

¹⁵³ CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2004, p. 325.

font non seulement disparaître le contrat pour l'avenir mais également dans le passé, de telle sorte qu'il est censé n'avoir jamais eu lieu. Ainsi, les demandes de retranscription de l'acte civil étranger, d'adoption ou de reconnaissance de possession d'état ne peuvent qu'être rejetées car issues d'un contrat qui juridiquement n'a jamais existé.

La nullité prononcée judiciairement aboutit également à reconnaître que les parties au contrat n'étaient nullement engagées. Ce qui signifie que ni la mère porteuse ni le couple commanditaire ne pouvaient exiger l'exécution forcée de leur prestation. Ainsi, si un contrat de mère porteuse était conclu sur le territoire français, les parents intentionnels ne pourraient en aucun cas arguer devant le juge judiciaire d'une inexécution de l'obligation de la mère porteuse qui refuserait de leur remettre l'enfant. Pire, leur action en restitution de la somme d'argent qu'ils auraient donné à la mère porteuse serait repoussée par le juge au nom de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

Concernant l'initiative de l'action en nullité, on a vu que la nullité pouvait être invoquée par tout intéressé, ce qui regroupe les parties au contrat, leurs héritiers ainsi que certains de leurs créanciers. De même que le juge, en tant que représentant de l'Etat peut relever d'office la nullité d'un contrat dont l'exécution lui est demandée. Par contre, qu'en est-il du ministère public ?

En effet, l'arrêt du 17 décembre 2008 rendu par la Cour de cassation a été remarqué par la doctrine, non seulement parce qu'elle concernait le couple Mennesson qui se bat depuis plusieurs années pour la légalisation de la gestation pour autrui, mais surtout en raison de la prétention du ministère public qui arguait d'un intérêt à agir fondé sur l'ordre public international et conformément aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil ainsi que 423 du Code

de procédure civile. En effet, la Cour d'appel de Paris¹⁵⁴ avait jugé plus tôt que le ministère public « *qui ne contest[ait] ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder (...) aux actes dressés en Californie (...) irrecevable (...) à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes* ». Or, la Cour de cassation estime que l'action du ministère public est recevable en tant qu'elle relève de la défense de l'ordre public, atteint par la convention à l'origine de l'acte d'état civil. Elle casse donc la décision rendue par la Cour d'appel de Paris.

Cet arrêt de la Cour de cassation prouve la difficulté du juge français à prononcer la nullité de ces conventions conclues à l'étranger de manière licite. Le juge français est alors tiraillé entre la défense de l'ordre public et la validité des actes formés à l'étranger.

Conclusion partielle

Une convention de mère porteuse renvoie à la nature des rapports entre la mère porteuse et les parents intentionnels. En effet, en adoptant le terme de contrat, l'opinion commune a souhaité mettre en lumière les obligations auxquelles chacune des deux parties s'engageait. Les défenseurs des libertés publiques pointent du doigt les risques d'atteintes graves à la liberté de la gestante qui peut se voir dicter un certain comportement pendant la grossesse. Tout comme les rapports médecin-patient, posent question : qui est réellement le patient du médecin : la gestatrice seule, ou bien la gestatrice et les parents intentionnels, ou encore l'enfant à naître ? Quelle attitude le médecin doit-il entretenir avec chacun de ses acteurs ? Comment s'applique le secret médical ? Le médecin est-il amené à dissocier chacune de ses consultations, entre d'un côté la gestante et de l'autre les parents d'intention, ou au contraire la consultation concerne-t-elle ces trois acteurs de telle sorte que le secret

¹⁵⁴ CA de Paris CH. 01 C, 25 octobre 2007, n° 06-00507, Recueil Dalloz 2008. p. 1371.

médical serait un secret que l'on pourrait qualifier de « commun » à toutes ces parties intéressées ? De plus comment se déroulent les prises de décision en cas d'acte médical à exercer au profit de l'enfant à naître ? Cet acte doit-il être du ressort des parents intentionnels car ce sont eux *ses* parents ou au contraire la mère porteuse est-elle la seule à décider puisqu'il s'agit de son corps ou enfin doit-il s'agir d'une décision collégiale ? Et dans cette dernière hypothèse, comment cette décision se prend-elle : est-ce à la majorité des voix exprimées, auquel cas la mère porteuse ne sera que très rarement entendue?

Le législateur français, en optant pour la nullité du contrat de mère porteuse a résolu toutes ces questions : aucune des parties n'est engagée juridiquement, ce qui signifie qu'aucune des parties ne peut arguer de l'inexécution de l'autre. Dès lors, en cas de réalisation de cette technique sur le sol français, les acteurs se trouvent entièrement responsables de leurs actes et ne peuvent trouver secours dans l'ordre juridique duquel ils dépendent, celui-ci ayant exclu tout recours à cette pratique. Le bon mot de Napoléon à propos du concubinage pourrait d'ailleurs être repris en l'espèce et devenir : « Les acteurs d'une gestation pour autrui se désintéressent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ! ».

TITRE II.

**L'interdiction de la gestation pour autrui
fondée sur l'interprétation *in abstracto*
de l'intérêt de l'enfant par l'ordre public**

CHAPITRE I.

La primauté de l'ordre public international français sur le droit de bénéficiaire d'une filiation maternelle pour l'enfant issu d'une gestation pour autrui

Le juge français joue un rôle de gardien de l'ordre public vis-à-vis des contrats formés. L'ordre public n'est pas une notion définie explicitement par le législateur, à l'exception des cas dans lesquels la loi se qualifie elle-même d'ordre public, à l'instar de l'article 3 de la loi relative au respect du corps humain de 1994¹⁵⁵, qui interdit les conventions de mère porteuse.

Il en est de même en matière de contrats conclus à l'étranger, le juge français devient le garant de l'ordre public international français, c'est-à-dire qu'il veille à ce que les dispositions des contrats formés à l'étranger ne heurtent pas les principes essentiels du droit français. C'est en vertu de ces principes que, le juge judiciaire français a prononcé à plusieurs reprises son refus de transcrire sur les registres d'état civil français les jugements rendus à l'étranger qui établissaient un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestatrice (SECTION I.), de même que d'établir un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante (SECTION II.).

¹⁵⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994.

SECTION I. Le refus de transcription sur l'état civil français de jugements étrangers établissant un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante

Comme l'annonce M. Christian Sauvat, « *tout jugement étranger est susceptible de produire en France des effets normatifs liés à sa force exécutoire, à son autorité de la chose jugée et à son efficacité substantielle* »¹⁵⁶ ; encore faut-il qu'il remplisse les conditions de régularité des décisions selon le droit international privé commun (§ I.) ainsi qu'il corresponde à l'éthique institutionnelle (III.) à défaut de quoi, le jugement étranger est inefficace (§ II.).

§ I. L'irrégularité du jugement étranger établissant un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante

Les conventions de gestation pour autrui étant interdites en France, les couples voulant y recourir partent à l'étranger dans des pays qui l'autorisent ou, tout au moins, qui ne les prohibent pas explicitement. Les ressortissants français partis à l'étranger vont alors conclure un contrat avec une mère porteuse, par lequel cette dernière s'engage à remettre l'enfant né de sa grossesse à ces derniers. Or, la remise de l'enfant à ses parents intentionnels ne représente que la première étape dans la construction de la parenté de ces derniers. En effet, les pays qui autorisent cette forme de procréation ont, tous, recours au pouvoir judiciaire, afin d'établir légalement la filiation de l'enfant issu de cette procédure. Ce recours revêt deux formes : soit il s'agit d'une validation de la convention de mère porteuse dont l'effet principal est la

¹⁵⁶ SAUVAT Christophe, « La fin annoncée de l'illicéité des conventions de mère porteuse ? », *Revue Lamy Droit Civil*, mai 2008, n° 49, p. 72.

reconnaissance des parents d'intention en tant que parents légaux¹⁵⁷, soit il s'agit d'une adoption par les parents intentionnels ou par la simple mère intentionnelle de l'enfant, après seulement qu'un acte d'abandon ait été émis par la gestatrice¹⁵⁸.

Ces deux types de reconnaissance entrent chacune dans l'ordre juridique qui les prescrit et reflètent les valeurs adoptées par l'Etat qui les a établies. Or, chaque ordre juridique est construit sur des valeurs et repose sur des principes fondamentaux différents.

C'est pourquoi, comme ce sont des ressortissants français, qui en rentrant en France avec l'enfant né d'une gestation pour autrui, demandent la reconnaissance du jugement ou la simple transcription de l'acte civil étranger, se pose la question de la réception de ces jugement et acte d'état civil étrangers par l'ordre juridique français.

D'une part, la volonté d'instituer une certaine fluidité de réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique français, a pu être obtenue grâce à une coopération internationale entre les Etats. En effet, des conventions bilatérales ou multilatérales sont conclues entre Etats, afin de faciliter la réception des jugements étrangers sur le sol national. Toutefois, bien que certaines conventions aient justement cette vocation, encore faut-il qu'elles soient ratifiées par un maximum d'Etats, afin que la coopération soit effective. A titre d'exemple d'une convention internationale dont l'objectif de coopération n'a pas été atteint, on peut citer la convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles le 12 septembre 1962, dont l'objet était de simplifier l'établissement de la filiation maternelle en ne requérant qu'une simple nomination de la mère

¹⁵⁷ Comme par exemple la Grèce qui a subordonné tous les recours à l'assistance médicale à la procréation à une autorisation judiciaire. Celle-ci est le préalable indispensable et requiert, dans le cadre des conventions de mère porteuse, l'existence d'un accord conclu entre les protagonistes : la gestante et le cas échéant son mari doivent signer un accord écrit par lequel ils manifestent leur consentement librement donné et éclairé ; la rémunération quant à elle, ne peut excéder le remboursement des frais engendrés par la grossesse ou doit correspondre aux salaires perdus par la gestante le temps de ladite grossesse (la somme des salaires sera elle-même soumise à validation par une autorité indépendante).

¹⁵⁸ La procédure d'adoption est nécessaire pour l'établissement d'un lien de filiation entre les parents intentionnels et l'enfant né d'une gestation pour autrui notamment en Belgique, au Danemark, aux Pays-Bas et au Royaume Uni.

sur l'acte de naissance, mais qui n'a finalement pas été ratifiée par la France¹⁵⁹, celle-ci n'adhérant pas à la conception de la maternité que cette convention affirmait !

D'autre part, le droit international privé commun a convenu des conditions d'accueil des décisions étrangères sur le sol national. En effet, lorsque des ressortissants français se sont vus remettre un jugement étranger, il revient au juge français de contrôler la régularité dudit jugement. En premier lieu, il doit s'assurer du caractère juridique du prétendu jugement, c'est-à-dire que l'acte présenté doit émaner d'une autorité investie par une souveraineté étrangère, autrement dit l'autorité qui a prononcé l'acte, ou bien le jugement doit être investi au sein de son ordre juridique d'un pouvoir juridictionnel et l'acte ou jugement doit alors relever du droit privé, afin d'être qualifié de décision. En deuxième lieu, le juge doit contrôler la régularité même de la décision en droit international privé. Pour ce faire, le juge s'est longtemps attaché à apprécier le bien-fondé en fait et en droit de la décision étrangère. Or, depuis l'arrêt Munzer de 1964¹⁶⁰, la Cour de cassation a posé comme principe l'interdiction, pour octroyer ou refuser l'exequatur, de réviser au fond les jugements étrangers. Ainsi, depuis cet arrêt de principe, le juge n'a plus que pour mission de vérifier la réunion de cinq conditions : la compétence du tribunal étranger, auteur de la décision ; la régularité de la procédure suivie devant la juridiction étrangère ; l'application de la loi compétente au regard des règles françaises de conflit de lois ; la conformité de la décision rendue à l'ordre public international français ; l'absence de fraude à la loi. Et en 2007, l'arrêt Cornelissen¹⁶¹ a encore réduit le contrôle du juge français à trois éléments : la compétence indirecte du juge étranger, fondée

¹⁵⁹ LEMOULAND Jean-Jacques, « Le tourisme procréatif », *Les Petites Affiches*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24 et suiv.

¹⁶⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, Munzer, n° 62-12.438, Munzer, Bull. civ. I, n° 15. Cet arrêt ne fait que reprendre la liste des conditions précédemment énoncée par la Cour de cassation depuis que le système de révision a été abandonné. « Chronologiquement, la première apparue avait été la condition de conformité à l'ordre public (Civ. 28 février 1860, *Bulkley*, S. 1860.1.210, concl. Dupin, *D.P.* 1860.1.57, *GA* n°4) ; la compétence du juge étranger et la régularité de la procédure suivie avaient ensuite été exigées (Civ. 9 mai 1900, *De Wrède*), et plus tard la compétence de la loi appliquée au fond (Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, S. 1945.1.121, note Batiffol, *JCP* 1945.II.2855, note Savatier, *D.* 1945.245, note P. L.-P., *JDI*, 1940-1945, p. 596, note Tager) », in MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010, p. 273.

¹⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 05-14.082, *D.* 2007 p. 1115.

sur le rattachement du litige au juge saisi ; la conformité à l'ordre public international de fond et de forme ; l'absence de fraude à la loi.

Cet assouplissement des conditions de réception d'un jugement étranger a d'ailleurs trouvé un écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au cours de la même année¹⁶² : une ressortissante luxembourgeoise avait adopté une petite fille en procédant à une adoption plénière devant les juridictions péruviennes, nationalité de l'adoptée. La décision judiciaire péruvienne accordant l'adoption, avait été retranscrite sur les fichiers d'état civil péruviens. De retour au Luxembourg, l'adoptante sollicite l'exequatur de la décision péruvienne, mais celle-ci lui est refusée, au motif que l'adoption plénière aurait été prononcée en violation de la loi luxembourgeoise désignée par la règle de conflit de lois luxembourgeoise, cette dernière ne permettant pas à une personne célibataire de bénéficier d'une adoption plénière. C'est alors que la ressortissante luxembourgeoise a saisi la Cour européenne, arguant d'un défaut de procès équitable, causé par le non-examen de son argument tiré de la violation du droit au respect de la vie familiale et garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ce qui a pour conséquence de ne pas reconnaître le lien familial créé par le jugement d'adoption plénière, prononcé par les juridictions péruviennes. Le Luxembourg s'est alors vu condamné par la Cour pour violation du droit au respect de sa vie familiale, reconnaissant ainsi implicitement la nécessité de respecter le lien juridique créé par le juge étranger¹⁶³, en l'espèce, péruvien. Cette décision s'inscrit dans le même mouvement que celui initié par la Cour de cassation, à savoir une volonté de ne pas nier la situation juridique acquise à l'étranger, tout en se gardant d'affirmer le caractère absolu des droits acquis à l'étranger !

¹⁶² CEDH 1^{ère} Sect. 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, Req. n° 76240/01.

¹⁶³ La Cour dans son § 133 rappelle : « *que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (voir, mutatis mutandis, Maire, précité, § 77), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.* »

§ II. L'inefficacité du jugement étranger établissant un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante fondée sur la contrariété à l'ordre public international français

Le motif principal, que l'on retrouve dans toutes les décisions rendues, tant par les juges du fond que par la Cour de cassation, et sur lequel se fonde le refus de reconnaissance de l'efficacité des jugements étrangers affirmant la filiation de l'enfant issu d'une gestatrice avec ses parents intentionnels, est celui de la contrariété à l'ordre public international français. La formule usitée est alors la suivante : « *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français* »¹⁶⁴ .

Ce motif se réfère à deux principes fondamentaux de notre ordre juridique que sont l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes. On remarque alors que c'est la jurisprudence qui a fondé l'interdiction de la gestation pour autrui sur ces deux principes, le législateur s'étant borné à inscrire l'interdiction de la gestation pour autrui dans le chapitre du Code civil intitulé « Du respect de corps humain ».

Dès 1991¹⁶⁵, la Cour de cassation associe ces deux principes à l'ordre public qu'elle défend : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

¹⁶⁴ On retrouve cette formule notamment dans deux des arrêts rendus par la Cour de cassation du 6 avril 2011, n° 09-66.486 et n° 10-19.053.

¹⁶⁵ Cass. Ass. Pl., 31 mai 1991, n° 90-20105, Bulletin 1991 A.P. n° 4 p. 5.

Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, à l'instar du principe d'indisponibilité du corps que nous verrons plus tard, a vu sa « *force absolue* »¹⁶⁶ remise en cause ces dernières années, notamment en raison de l'autorisation donnée par la Cour de cassation à la modification de l'indication du sexe sur l'état civil pour les transsexuels¹⁶⁷. Pour M. Denis Berthiau et Mme Laurence Brunet, cette exception correspond « *sans doute à la marge gagnée par l'expression « principe essentiel », au lieu de principes « fondamentaux » ou principes « absolus »* »¹⁶⁸. Toutefois, au regard des conséquences que le jeu de ce principe cause à la reconnaissance de la filiation sur le sol français, il ne nous appartient pas de juger du bien ou du mal-fondé de l'utilisation de ce principe, mais plutôt de comprendre en quoi une convention de mère porteuse contrevient à ce principe.

Le premier arrêt rendu par la Cour de cassation en la matière permet de répondre à cette question. En effet, les juges de la forme ont expressément souligné le problème inhérent aux contrats de gestation pour autrui, en ce qu'ils ont « *pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à la filiation réelle au moyen d'une revendication et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère* »¹⁶⁹. Ainsi, la Cour de cassation reproche à ce type de convention d'être à l'origine d'un abandon d'enfant, qui sera suivi d'une procédure d'adoption au bénéfice de la mère intentionnelle et donc d'être à la source de la naissance d'un enfant qui ne se verra pas attribuer la réalité de sa filiation.

Or, comme l'a évoqué Mme Michèle Gobert¹⁷⁰, la notion même d'abandon, qui fonde le recours à ce principe, pose question. En effet, est-il juridiquement juste de parler d'abandon, alors même que selon l'article 350 du Code civil, le délit d'abandon d'enfant se définit par référence aux parents, dès lors qu'ils « *se sont manifestement désintéressés* » de

¹⁶⁶ C. cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, *D.* 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET.

¹⁶⁷ Cass. Ass. Pl., 11 décembre 1992.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 1522.

¹⁶⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655, *Bull. civ. I.* n° 387, p. 260.

¹⁷⁰ GOBERT Michèle, « 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 », *RTD civ.* 1992, p. 489 et s.

leur enfant ? Dans la quasi-totalité des cas auxquels les juridictions françaises ont été confrontées, l'enfant bénéficiait d'une filiation paternelle et d'un intérêt particulier de la part de son père, excluant tout rapprochement de situation avec celle correspondant à la définition de l'abandon. C'est pourquoi, Mme Michèle Gobert a, à raison, rappelé le cas qui a initié l'utilisation de ce principe en 1987, cas dans lequel, un homme avait reconnu l'enfant d'une femme, qui ne voulait pas le garder et qui s'était décidé à en faire don à l'association *Alma Mater*. Mais peu de temps après, elle était revenue sur sa décision, avait reconnu son enfant et obtenu l'annulation de la reconnaissance paternelle qui s'avérait mensongère. Le juge avait alors estimé que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes avait été, à juste raison, heurté par cette pratique. Or, nier l'efficacité d'un jugement étranger qui établit un lien de filiation d'un enfant avec sa mère intentionnelle en se fondant sur ce même principe, c'est nier également la force obligatoire d'un contrat légalement conclu, fusse à l'étranger.

Le principe d'indisponibilité du corps humain, quant à lui, n'est pas énoncé en ces termes par le législateur, mais est garanti par l'article 16-3 du Code civil. Or, il est surprenant de lire que, non seulement le principe n'est pas énoncé explicitement, mais qu'il lui est consenti nombre d'exceptions, la dernière en date : le don croisé.¹⁷¹ En effet, ce principe sur lequel le législateur se fonde, pour interdire les conventions de mère porteuse connaît de nombreuses exceptions qui ont pour conséquences, non seulement, d'extraire – définitivement - des produits du corps humain tel que le sang, mais également certains de ces éléments comme les reins. Le législateur est même allé plus loin en autorisant les dons croisés d'organes lors de la dernière révision des lois de bioéthique¹⁷². Or, par nature, un don croisé ne peut-il être assimilable à un contrat formé par quatre personnes ? Le législateur préfère, certes évoquer le don, il n'en reste pas moins, qu'au regard de l'article 1108 du Code civil

¹⁷¹ Les articles 16-1, 16-5 et 16-6 du Code civil interdisent toute patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits.

¹⁷² Les dons croisés d'organes sont autorisés par l'article 7 de la loi n° 2011-214 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (article L1231-1 du Code de la santé publique).

relatif aux conditions essentielles de validité d'une convention, les quatre conditions du contrat sont remplies.

Tout d'abord, le consentement. Le législateur *transforme* le « *consentement valable de la partie qui s'oblige* »¹⁷³, exigée en matière de contrat en « *une intention de don* »¹⁷⁴. Ensuite, la capacité. Le législateur, qui limite la capacité à contracter en matière de convention, aux seules majorité ou minorité émancipée, établit la capacité de donner aux parents ascendants et descendants du receveur, ainsi qu'à ses collatéraux particuliers et ordinaires et enfin, à son conjoint. La capacité des donneurs est nettement moins restrictive que celle de contracter. L'objet quant à lui, doit répondre à quatre caractéristiques : il doit être utile, déterminé, possible et licite. Ces caractères peuvent se retrouver dans le cadre du « don croisé » : l'utilité se retrouve dans la survie du receveur ; la détermination concerne l'organe prélevé ; la possibilité relève des progrès de la médecine et de la compétence des médecins transplantateurs ; la licéité est assurée par l'autorisation explicite de cette pratique par le législateur. Enfin, la cause. L'existence de cause à un contrat est essentielle, ainsi pour les contrats à titre gratuit, la doctrine a-t-elle défini la cause comme l'intention libérale. Or dans le cadre des « dons croisés », l'acte du donneur correspond exactement à cette définition.

Ces deux derniers caractères, objet et cause, sont tous deux soumis à la condition de la licéité, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'office du législateur. Or, le législateur de 2011, en optant pour l'expression de « dons croisés », a marqué sa volonté de ne pas assimiler cette pratique au contrat, dont les donneurs fourniraient une prestation. Toutefois, ce vocable cache bien une forme de contrat à titre gratuit, portant sur un élément du corps.

Dès lors, il apparaît clairement que l'interprétation faite des conventions de mère porteuse, en tant que violant les principes essentiels du droit français, correspond davantage à

¹⁷³ Article 1108 du Code civil.

¹⁷⁴ Article L1231-1 du Code de la santé publique.

une prise de position politique attachée aux valeurs d'une conception de la maternité, qu'à un désir profond de veiller au respect de ces deux principes, déjà largement malmenés.

§ III. L'utilisation d'un motif juridique au profit d'une réponse éthique

Comme nous l'avons souligné plus tôt, l'arrêt du 17 décembre 2008 marque un tournant, en admettant l'intérêt à agir du ministère public. Mais cet arrêt revêt aussi un intérêt particulier, au regard des interprétations qui en ont été faites par la doctrine.

Pour Mme Laurence Brunet¹⁷⁵, la Cour se prononce davantage en vertu du respect de certains principes, qu'en s'appuyant sur un réel raisonnement juridique. En effet, la prétention du ministère public - validée par la Cour – qui fait valoir un intérêt à agir en annulation des transcriptions des actes d'état civil dressés à l'étranger, fondés leur contrariété à l'ordre public, n'est pas juridiquement valable, à cause de l'absence de référence à l'internationalité du litige. L'argument du ministère public, selon lequel les actes d'état civil étrangers seraient irréguliers, en raison du fait originel dont ils découlent, à savoir, une convention de mère porteuse, relève d'une prise en compte de l'unique conception française de la maternité et de l'interdiction de la pratique de la gestation pour autrui, argument qui ne tient absolument pas compte de la conception californienne de la maternité, qui elle, autorise la réalisation de conventions de gestation pour autrui. De plus, l'action du ministère public est une remise en cause du climat de confiance instauré au profit des décisions étrangères, dont la finalité est d'assurer au justiciable une situation juridique stable. Or, la Cour de cassation, en cassant la décision rendue par la Cour d'appel de Paris¹⁷⁶, qui rejetait la demande d'annulation de transcription des actes d'état civil aux motifs que le ministère ne contestait « *ni l'opposabilité*

¹⁷⁵C. cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *D.* 2009, p. 340, note L. BRUNET.

¹⁷⁶ CA de Paris, 25 octobre 2007, n° 06-00507, *D.* p. 1371.

en France du jugement américain ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie dans les formes usités dans cet Etat » officialise cette suspicion à l'encontre des jugements étrangers, dès lors qu'ils établissent un lien de filiation entre une mère et son enfant.

Pour M. Louis d'Avout, cet arrêt marque un « *infléchissement favorable à un resserrement (...) du contrôle de fond des décisions en provenance de l'étranger* »¹⁷⁷, que la Cour de cassation justifie par l'existence d'un conflit de lois et qu'elle tranche au profit de la loi française, afin de refuser la reconnaissance de l'acte étranger. Le juge californien, en faisant application de la loi californienne qui autorise les conventions de mère porteuse, a tranché le conflit de loi en sa faveur, en adoptant sa propre conception de la maternité. Tandis que le juge français, en considérant que la nationalité française du couple commanditaire est un élément « *inaltérable* »¹⁷⁸ du lien de rattachement à la loi française, estime que seule la loi française peut s'appliquer. En droit, la décision du juge californien ne peut lui être reprochée puisqu'elle s'appuie sur sa propre conception de la maternité, qui est totalement incompatible avec la conception défendue par la France. L'arrêt de la Cour de cassation ne fait que mettre en évidence l'insolubilité du conflit : le juge français adopte sa propre conception, tandis que le juge californien adopte la sienne. Malheureusement le couple, qui est de nationalité française, qui vit en France et qui demande la reconnaissance des états civils étrangers à un juge français, reste soumis à la conception française !

Ainsi, la doctrine semble relativement divisée sur l'interprétation à donner à cette décision. Ce qui est sûr, c'est qu'elle marque un tournant de la jurisprudence relative à transcription sur les registres d'état civil français de jugements étrangers, car admettre une telle transcription reviendrait à vider l'ordre public de tout son sens. Toutefois, la question de l'utilisation de l'ordre public international français, comme fondement de l'interdiction de la

¹⁷⁷ D'AVOUT Louis, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G*, n° 6, 4 février 2009.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 39.

reconnaissance, ne relève pas d'une évidence juridique. L'interdiction des conventions de mère porteuse peut-elle valablement être regardée comme faisant partie des principes essentiels du droit français ? Là encore la doctrine n'est pas unanime. Certes, l'interdiction de ces conventions est d'ordre public. Certes, une sanction pénale est également prévue tant à l'encontre de l'*entremetteur*¹⁷⁹ que de la mère porteuse¹⁸⁰. Mais cela suffit-il à qualifier cette interdiction de principe essentiel au droit français ?

Le refus de la Cour de cassation, qu'elle émet dans cet arrêt de 2008, met surtout en lumière sa volonté de protéger les valeurs morales, qu'elle croit devoir faire primer sur le désir de devenir parents. Ce refus apparaît d'autant plus, au regard d'une argumentation juridique encore insuffisamment porteuse d'une détermination d'ordre éthique.

¹⁷⁹ Article 227-12 du Code pénal.

¹⁸⁰ Article 227-17 du Code pénal relatif à l'abandon d'enfant.

SECTION II. Le refus d'établissement d'un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante

Le veto opposé aux parents intentionnels dans leur demande de filiation se retrouve également lors de demandes d'établissement de la filiation par le biais d'actions fondées sur l'affection telles que la possession d'état (§ I.) ou l'adoption (§ II.).

§ I. Le rejet de la demande de reconnaissance de la possession d'état fondé sur une fraude à la loi

Le rejet de la demande de reconnaissance de la possession d'état par la Cour de cassation est symptomatique du rejet en bloc de tout ce qui pourrait avoir un rapport de près ou de loin avec une convention de mère porteuse. Certes, les faits de l'arrêt du 6 avril de 2011¹⁸¹ ne manquent pas de saveur, tant la demande formée par le couple commanditaire connaissait un mauvais départ.

Tout d'abord, il faut rappeler que la possession d'état correspond à un moyen de preuve de la filiation qui s'attache à la « *vérité vécue* »¹⁸². Elle représente la « *preuve par excellence de l'identité, puisque, tissu d'habitudes constitué jour après jour, elle relie, quand on la parcourt à reculons, l'individu à son passé, à son enfance, à son berceau* »¹⁸³. Mais celle-ci peut être renversée par la démonstration d'une preuve contraire, comme par exemple le rapport d'un acte de naissance de l'enfant lui attribuant une autre filiation que celle que lui assignait la possession d'état¹⁸⁴. Or, il est probable que ce soit là le point de départ du refus des juges du fond et des juges de forme, de constater la possession d'état de la fille du couple

¹⁸¹ C. cass. Civ 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130.

¹⁸² CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2004, Vol. 1, p. 957.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 1019.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 1019.

demandeur. En effet, avant de recourir à la constatation de la possession d'état par un acte notarié du juge des tutelles, le couple avait demandé la retranscription de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil français qu'il s'était vu refusé, au motif de la contrariété de l'acte à l'ordre public ; l'acte de naissance étranger faisant explicitement référence à la convention de gestation pour autrui grâce à laquelle leur fille était née. Les parents intentionnels ont alors tenté de réduire l'établissement de la filiation aux modes de filiation français, en faisant valoir la situation de fait qu'ils partageaient avec leur fille depuis sa naissance, à savoir la constatation d'une possession d'état. Celle-ci fut obtenue par un acte notarié du juge des tutelles ; ils ont alors demandé que cet acte notarié soit notifié en marge de l'état civil consulaire. Ainsi, leur demande relevait uniquement du droit privé français qui requérait, à l'époque, que la possession d'état soit continue, paisible et non équivoque. La situation de l'espèce répondant à ces trois critères, devait donc se voir légalisée.

Or, une ordonnance de 2005, entrant en vigueur au 1^{er} juillet 2006, qui n'avait pas à être appliquée en l'espèce, au regard des dispositions transitoires contenues dans ladite ordonnance¹⁸⁵, et complétée ensuite par une circulaire d'application¹⁸⁶, faisait explicitement référence à la gestation pour autrui, pour illustrer le caractère équivoque d'une possession d'état, lorsqu'elle résulte d'une fraude ou d'une violation de la loi. Ainsi, bien que les juges s'en défendent, on peut croire que cette ordonnance a eu un effet sur la décision judiciaire, même si celui-ci s'est borné à faire réapparaître le caractère international du litige.

En effet, il est flagrant de constater, à la lecture des trois décisions¹⁸⁷ qui ont été rendues sur cette même affaire, que les parents d'intention, tout comme l'administratrice *ad hoc* nommée par le tribunal pour défendre les intérêts de l'enfant, ne font jamais mention de la

¹⁸⁵ L'article 20 III de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation dispose : « lorsque l'instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».

¹⁸⁶ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (CIV 2006-13 C1/30-06-2006).

¹⁸⁷ TGI de Lille, 22 mars 2007, n° 04-06873 ; CA de Douai, 14 septembre 2009, n° 07-02201 ; C. cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130.

convention de gestation pour autrui conclue légalement dans l'Etat du Minnesota, se positionnant toujours sur la situation de fait qui est la leur et qui correspond à une possession d'état. A l'inverse, dès la première instance, le Parquet rétablit le litige dans sa dimension internationale, en « *rappelant les circonstances de la conception de l'enfant* », à savoir le voyage « *aux Etats Unis pour y souscrire sciemment, en violation avec la loi française, une convention de mère porteuse* » et ainsi, permettre la manifestation de l'ordre public international français.

Cette habile manœuvre du Parquet et des juges, qui se sont appuyés sur son argumentaire pour motiver leur décision, révèle également l'ingéniosité dont les parents et leurs avocats ont fait preuve : la possession d'état est un mode d'établissement de la filiation, qui ne repose que sur une situation de fait constatée et qui, en principe, ne peut se voir opposer une vérité biologique¹⁸⁸. Les parents pensaient dès lors qu'en se situant sur un terrain de fait, la constatation ne pouvait leur être refusée. Or, le Parquet en proposant une « *absorption de la possession par la convention de mère porteuse* »¹⁸⁹ a rendu inopérant tous les effets d'une situation de fait et donc le jeu de la possession d'état.

Ainsi, la Cour de cassation en rejetant l'effet d'une situation de fait continue et paisible établie entre les parents intentionnels et l'enfant, et en se fondant sur la fraude à la loi que constitue la conclusion d'une convention de mère porteuse à l'étranger, évite ainsi le retour de boomerang qu'aurait occasionnée la reconnaissance de la possession d'état à l'égard de la mère, en établissant également un lien de filiation avec le mari, par le jeu de la présomption de paternité¹⁹⁰ ! Le droit ne cède donc pas sous le fait !

¹⁸⁸ MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, n° 7, 15 février 2006.

¹⁸⁹ HAMMJE Petra, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 722.

¹⁹⁰ HAUSER Jean, « La filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d'état ? », *RTD Civ.*, 2007, p. 556.

§ II. Le rejet de la demande d'ouverture de la procédure d'adoption fondé sur un détournement de l'institution

Certes, le strict refus d'autoriser les conventions de mères porteuses a fait très vite l'objet d'un consensus sur le sol français, mais tel n'a pas été le cas en matière d'adoption : en effet, certaines juridictions du fond, sans s'opposer au principe d'interdiction de la gestation pour autrui, ont par contre cédé à la procédure de l'adoption au profit de l'enfant issu d'une gestatrice, dans l'unique but que ce dernier ne se voit pas refuser une filiation maternelle. Cette position fut celle appliquée par certains juges tant en première instance qu'en appel et ce dans diverses régions jusqu'en 1991. Deux points sont à ce titre à souligner : d'une part que la procédure d'adoption n'était pas toujours la même et d'autre part que cette petite vague d'adoption se réduit à peau de chagrin depuis l'interdiction formulée par la Cour de cassation.

Toutes les juridictions du fond qui ont ouvert la procédure de l'adoption aux couples qui avaient eu recours à une gestante pour la naissance de leur enfant, n'ont pas eu recours à la même forme d'adoption et ne se sont pas fondés sur pour les mêmes motifs. En effet, la Cour d'appel d'Aix-en Provence semble faire preuve d'une grande originalité en autorisant la procédure de l'adoption simple en 1984¹⁹¹. Et Mme Jacqueline Rubellin-Devichi de constater que *« le tribunal a usé du pouvoir que lui reconnaît la loi de vérifier « si les conditions sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » : il a refusé l'adoption plénière et a accordé l'adoption simple. (...) Que la loi lui permette d'avoir un statut qui tienne compte de ce que les Américains appellent maintenant une maternité de collaboration, voilà que l'étrangeté de son origine disparaît ; gardant ses deux mères , elle entre dans la norme, elle est presque comme les autres (du moins comme les enfants qui ont fait l'objet d'une*

¹⁹¹ CA d'Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, RTD Civ. 1985, p. 579, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

adoption simple). *Quoi de plus normal ?* ». Contrairement à la Cour d'appel de Pau qui lui préféra l'adoption plénière. Ces juges bien que connaissant l'interdiction des conventions de mère porteuse, acceptèrent d'autoriser les adoptions demandées par les couples commanditaires, au motif qu'ils n'étaient saisi ni de la validité ni de l'existence même de ces conventions ; ils n'étaient saisi que d'une simple procédure d'adoption et à ce titre, firent même remarquer non sans ironie, que les couples présentaient de « très bonnes conditions de moralité » !

Ainsi, parmi les juges du fond qui ont fait acte de résistance, notons les juges de Poitiers¹⁹² qui ont accordé une adoption simple au bénéfice d'une mère intentionnelle qui avait eu recours à une gestante pour la naissance de son fils. Ce choix se justifie particulièrement en raison des faits et des relations entretenues par les parents d'intention. En effet, le couple commanditaire avait divorcé après avoir conclu un contrat de mère porteuse. Le père biologique avait reconnu l'enfant et s'opposait à ce que son ex-femme entame une procédure d'adoption. De plus, cette dernière ne pouvait arguer de la possession d'état à l'endroit de l'enfant, la gestatrice l'ayant également reconnu, alors même qu'elle (la mère intentionnelle) le gardait depuis sa naissance. Ainsi, la cour, pour prononcer l'adoption simple, a estimé que le mari qui s'était engagé dans une convention de mère porteuse avec son épouse, s'était également « *implicitement mais nécessairement engagé à donner* » son consentement lors de la procédure d'adoption qui permettrait à son épouse de se voir reconnue comme mère légale. A ce titre et à défaut d'un comportement en adéquation avec ses sentiments de l'époque, le juge se fonde sur les intentions partagées au moment de la conclusion du contrat et fait fi des revendications actuelle du mari. Cette décision qui valide la demande d'adoption simple au profit de la mère intentionnelle permet d'une part, de respecter

¹⁹² CA de Poitiers, 22 janvier 1992 (non publié).

le contrat conclu et d'autre part, de ne pas faire disparaître les origines biologiques de l'enfant né. Ainsi, « l'arrêt doit recevoir l'approbation, parce qu'il opte pour la solution la plus juste »¹⁹³ ! La décision a pourtant été cassée par la Cour de cassation en 1994¹⁹⁴.

De même, la Cour d'appel de Paris a été amenée à autoriser une adoption plénière¹⁹⁵. Cette décision fut d'ailleurs l'objet de la cassation prononcée par la Cour de cassation, qui marqua la fin de cette période de latence débutée en 1988 par l'interdiction des associations chargées de la rencontre entre couple commanditaire et mère porteuse. Les juges du fond avaient notamment estimé que, « considérant qu'au nombre des droits naturels figure celui de fonder une famille par la procréation, dans le respect des droits d'autrui » et « que la maternité substituée, qui réalise une procréation médicalement assistée par la méthode de l'insémination artificielle, largement pratiquée, n'apparaît que comme l'application de techniques désormais reconnues, mises en œuvre avec le libre consentement des intéressés, de sorte qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, cette méthode n'apparaît pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs au sens de l'article 6 du Code civil, dès lors que la finalité – assurer une procréation – est en elle-même licite ». Ils en avaient alors conclu que la procédure d'adoption plénière demandée par la mère intentionnelle, épouse du père biologique de l'enfant né, devait être autorisée. Cette décision fut la dernière prise en ce sens avant que la Cour de cassation ne se prononce et n'entraîne avec elle les juridictions du fond dans une analyse clairement moins profitable à la gestation pour autrui !

En effet, l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991¹⁹⁶ est capital pour deux raisons : d'une part, il fixe les principes gouvernant l'interdiction d'autoriser l'adoption pour les couples ayant eu recours à une convention de mère porteuse et

¹⁹³ CA de Poitiers, 22 janvier 1992, *D.* 1993, somm. 119, note J. VASSAUX-VANOVERSCHELDE.

¹⁹⁴ C. cass. Civ. 1^{ère}, 29 juillet, n° 92-13.563.

¹⁹⁵ CA de Paris, 15 juin 1990, n° 89-18375, *D.* 1990, p. 540.

¹⁹⁶ C. cass. Ass. Pl., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. n° 4 p. 5, *D.* 1991, p. 417.

d'autre part, il met fin à une conception défendue d'ailleurs par la Cour d'appel de Paris du primat de la volonté individuelle et de l'autonomie.

Comme il le fera plus tard, dans le cas d'une demande de constatation de la possession d'état, le juge français s'attache davantage à réaffirmer ou en l'espèce à affirmer l'interdiction de la gestation pour autrui, qu'à répondre à la demande d'adoption. En effet, la Cour de cassation répond à la question de l'adoption en tant qu'elle est « *l'ultime phase d'un processus d'ensemble* », lequel constitue un détournement de l'institution de l'adoption. Le point principal qu'elle tend à démontrer, se résume aux atteintes que la technique de la gestation pour autrui produit à l'encontre de principes qu'elle qualifiera plus tard d' « essentiels au droit français » c'est-à-dire le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et le principe d'indisponibilité du corps humain. Il n'en reste pas moins que cet arrêt est le premier d'une longue liste qui ne cessa d'interdire l'adoption par la femme du père biologique¹⁹⁷.

Conclusion partielle

On constate que, les deux refus de retranscription sur l'état civil français de jugements étrangers établissant un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante et de transcription sur l'état civil de décisions françaises établissant un lien de filiation légal entre la mère intentionnelle et l'enfant issu d'une gestante, s'appuient sur une seule et même interdiction de recours à la technique de gestation pour autrui.

L'interdiction de la gestation pour autrui sur le sol français ainsi posée par la loi et appliquée par le juge, soulève la question de la définition de la pratique médicale en France. En effet, cette interdiction correspond à une conception de l'éthique, telle que traduite par le

¹⁹⁷ La Cour de cassation a réaffirmé à plusieurs reprises cette interdiction. Voir C. cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, n° 02-05.033 ; C. cass. Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927.

législateur français. Mais une autre éthique est-elle permise ? Que reste-t-il de l'éthique personnelle du médecin ? Peut-il encore en sa conscience de médecin et au regard de sa responsabilité citoyenne informer et même conseiller à un couple de recourir à la gestation pour autrui à l'étranger ? Chaque individu possède une éthique propre face à différents comportements ; dès lors, le médecin, alors même qu'il fait partie d'un ordre, peut-il se détacher de l'éthique commune au profit de sa propre éthique ? La clause de conscience réservée aux médecins leur permet de refuser de pratiquer un acte légal qu'il juge contraire à leur éthique personnelle. A l'inverse, l'application de cette clause de conscience pourrait-elle être renversée et permettre ainsi à un médecin de pratiquer un acte illégal qui correspondrait à leur éthique personnelle ? La réponse semble être dans la question : la loi reste l'une des sources de l'éthique communément admise, participant à l'effet d'institutionnalisation de l'éthique. Le médecin reste ainsi assujéti à l'éthique « institutionnelle » mais également à la loi, source de sanction pour ce dernier en cas de faute. Dès lors, il revient au médecin de jongler entre sa liberté individuelle et sa liberté de praticien, toutes deux contraintes par sa responsabilité de médecin devant la loi.

CHAPITRE II.

L'omission du droit légitime de chacun d'affiliation à un Etat

Les pouvoirs publics, en rejetant toutes les demandes de filiation produites en justice par les parents intentionnels, ne cachent pas leur ambition de mettre fin à ce que d'aucuns appellent le « tourisme procréatif »¹⁹⁸ dont les couples désireux d'enfants sont devenus amateurs. Mais en s'évertuant à sanctionner les parents, n'oublient-ils par les enfants dont il est plus essentiellement question ?

Les enfants issus d'une convention de mère porteuse conclue à l'étranger sont doublement *victimes* : à la fois dans le cadre de leur vie famille et dans l'organisation de celle-ci (SECTION I.) ainsi que dans le cadre de leur vie sociale, en tant que ne faisant pas partie, parfois, d'aucun Etat (SECTION II.).

¹⁹⁸ LEMOULAND Jean-Jacques, *op. cit.*

SECTION I. La création de citoyens de « sous droit » ?

Le défaut de reconnaissance de l'existence d'une branche maternelle produit deux types de conséquences : juridiques et sociales. En effet, ne pas se voir reconnaître une mère légale implique l'impossibilité de revendiquer certains droits tant pour l'enfant que pour la mère intentionnelle (§ I.). Dès lors, la relation mère-enfant s'apparente davantage à une maternité clandestine (§ II.).

§I. Les conséquences de l'absence de reconnaissance d'une branche maternelle

D'un point de vue juridique, l'enfant qui ne se voit pas établir un lien de filiation avec sa mère intentionnelle, ne peut être considéré comme son héritier (a)) et *a contrario* la mère qui n'est pas reconnue dans sa maternité ne peut prétendre à l'exercice de l'autorité parentale (b)).

a) L'absence de transmission du patrimoine maternel aux enfants issus d'une gestante

Si la jurisprudence ne fait encore état d'aucune espèce relative à la dévolution successorale d'une mère intentionnelle dont l'enfant demanderait à se faire reconnaître la qualité d'héritier, cette question risque toutefois d'être soulevée dans ces prochaines années faute de statut dudit enfant.

Comme l'a si bien écrit le doyen Carbonnier, « *le droit de succession est l'effet le plus tangible de la parenté* »¹⁹⁹, autrement dit, l'héritage renvoie autant au passé de l'héritier qui se voit ancré dans sa famille, qui se voit existé dans un lignage, qu'à l'avenir de celui-ci sur

¹⁹⁹ CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2004, Vol. 1, p. 814.

lequel repose dès lors la continuation de la lignée, ce qui fait dire qu'il devient le détenteur de la continuité du patrimoine.

Ainsi, avoir la qualité d'héritier présomptif signifie être reconnu par l'Etat comme faisant partie d'une famille et plus particulièrement, c'est la reconnaissance des liens entretenus par l'héritier avec le défunt ; ces liens recouvrant les liens affectifs, les liens juridiques et les liens économiques. Le législateur a ainsi organisé la dévolution successorale des patrimoines selon des principes qu'il jugeait pertinents, attribuant aux enfants du *de cuius* une réserve héréditaire, c'est-à-dire qu'une quotité du patrimoine du défunt leur est réservé de droit et ne peut être réduite même par un acte de volonté du défunt. Cette prééminence accordée aux enfants du défunt révèle trois caractères du rôle de la dévolution successorale. Premièrement, elle est le reflet de la prise en compte économique du patrimoine²⁰⁰ ; deuxièmement, elle révèle la « *primauté (...) accordée à la dimension affective* »²⁰¹ des liens entretenus à l'intérieur d'une famille et troisièmement, elle participe à la structure de ces liens intrafamiliaux.

Or, la non reconnaissance de la maternité de la mère intentionnelle ne permet pas à l'enfant issu d'une gestatrice de bénéficier de ce droit particulier. Alors, bien sûr, elle pourra consentir des legs, mais les symboles attachés à la succession ne pourront pas se voir appliqués. On peut alors douter qu'il soit de l'intérêt de l'enfant de ne pas se voir reconnu comme descendant !

De plus, cette absence de succession au profit de l'enfant qu'elle a élevé et vis-à-vis duquel elle a demandé une reconnaissance de filiation qui lui a été refusée, fait ressurgir une distinction que l'on croyait oubliée, celle des enfants légitimes, naturels et adultérins²⁰². En

²⁰⁰ Voir STEINER Philippe, « L'héritage au XIX^{ème} siècle en France » Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques, *Revue économique*, 2008/1 Vol. 59.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰² DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 2003/4 n° 107.

effet, il convient de rappeler, que la suppression de cette différence de statut, a eu comme fondement l'inéquité de la discrimination dont les enfants étaient *victimes*, alors même qu'au vu, et de l'augmentation du nombre d'enfants nés hors mariage, et des foyers dans lesquels ils étaient reçus, leur situation était, si ce n'est la même, tout au moins en tous cas extrêmement semblable. Dès lors, ces dernières discriminations paraissaient « *insupportables* »²⁰³ et ont été supprimées par le législateur en 2002. Qui pouvait croire qu'elles réapparaîtraient ?

Enfin, avec l'apparition des procédures d'assistance médicale à la procréation des lois de 1994, d'aucuns auraient pu croire que le législateur changerait sa conception du droit de la filiation et son corollaire du droit des successions en ce qu'elle se fondait à l'époque, uniquement sur la notion d'engendrement (d'où la distinction précédemment soulignée). Or, il n'en fut rien, le législateur usa de la présomption de paternité comme outil de légitimation, lui permettant de ne pas revenir sur l'assimilation entre fait et droit qu'il pratique en matière de filiation. En effet, en conditionnant la filiation à l'engendrement²⁰⁴, le législateur *confond* le rôle du droit, qui est de créer une norme sur l'observation des faits. Ainsi, bien que la filiation se défende d'être « *un décalque de la « Nature »* »²⁰⁵, on ne peut que constater que la construction juridique et sociale de la filiation édifiée par le législateur de même que celle garantie par la jurisprudence utilise les conditions de l'engendrement de l'enfant comme motif de refus d'établissement d'un lien de filiation entre une mère intentionnelle et l'enfant né d'une gestatrice. La référence à la *Nature* est encore bien présente !

Face à cette défection de la filiation subie par l'enfant, M. Pierre Murat propose la réintégration dans l'ordre juridique d'une institution : la tutelle officieuse « *qui pourrait constituer un cadre intermédiaire entre l'absence de tout rapport juridique et l'attribution*

²⁰³ *Ibid.*, p. 51.

²⁰⁴ Exception faite de la procédure d'adoption et de l'accouchement sous X.

²⁰⁵ MECARY Caroline, « Homosexualité, mariage et filiation : où en sommes-nous ? », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, p. 140.

d'un statut familial plénier par le biais de filiations adoptives... »²⁰⁶. Cette tutelle donnait un titre légal au tuteur majeur auquel s'attachent certaines *prérogatives provisoires prémices à une adoption*²⁰⁷ dont l'objet principal étant les soins donnés au mineur durant sa minorité. Celle-ci disparut définitivement au profit de l'institution de l'adoption avec la loi du 19 juin 1923.

b) L'absence d'autorité parentale au détriment de la branche maternelle

Egalement, le défaut d'établissement de filiation à l'encontre de la mère d'intention entraîne un défaut d'autorité parentale. Or, cette institution, créée en 1970²⁰⁸ s'est substituée à la puissance paternelle jusqu'alors en place, en vue de répondre au mieux à l'intérêt de l'enfant²⁰⁹. La réforme de 2002²¹⁰ allait encore plus loin, comme le démontre l'étude des travaux préparatoires de l'Assemblée nationale. En effet, Mme Ségolène Royal, alors ministre déléguée à la famille, à l'enfance et aux personnes handicapées, affirmait dès la deuxième lecture de la proposition de loi à l'Assemblée, le 11 décembre 2001, que le texte présenté instaurait « *un droit commun de l'autorité parentale qui ne [faisait] plus de distinction entre les enfants selon les circonstances de leur naissance* » et consacrait « *le droit de tout enfant d'être éduqué par ses deux parents, quels que soient les aléas de leur histoire* »²¹¹. Ainsi, la proposition de loi mettait en avant le caractère essentiel de l'intérêt de l'enfant dans l'interprétation qui devait être faite de l'institution de l'autorité parentale. Ce reproche lui a

²⁰⁶ MURAT Pierre, « Les enjeux d'un droit de la filiation » Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005, *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, p. 11.

²⁰⁷ MURAT Pierre, « Les transformations de la famille » Quel impact sur les finalités de l'adoption ?, *Informations sociales*, 2008/2 n° 146, p. 21.

²⁰⁸ Cette institution a été créée par la loi n° 70-759 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

²⁰⁹ L'intérêt de l'enfant était et est toujours explicitement visé par cette institution : en 1970, l'ancien article 372-1 du Code civil en faisait mention ; aujourd'hui, l'article 371-1 du Code dispose que l'autorité parentale a « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

²¹⁰ L'autorité parentale a été réformée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

²¹¹ Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du 11 décembre 2001, 2^{ème} lecture de la proposition de loi, p. 9233.

d'ailleurs été adressé par le député M. Bernard Purrut en ces termes : « *la proposition de loi centre excessivement la définition de l'autorité parentale sur l'intérêt de l'enfant en désignant celui-ci à la fois comme le fondement et la finalité de l'autorité parentale. Cette définition nie le rôle fondateur des parents.* »²¹² Au cours de la troisième et dernière lecture à l'Assemblée de la proposition de loi adoptée sans modification, Mme Ségolène Royale a réaffirmé le « *régime commun de cette autorité parentale pour toutes les familles, quels que soient l'histoire du couple et son statut juridique* »²¹³.

Or, en matière de gestation pour autrui, la jurisprudence se réfère pourtant à l'*histoire du couple* pour déterminer la non-attribution de l'autorité parentale à la mère intentionnelle ou pour au contraire ne pas ordonner le retrait de l'autorité parentale de la mère porteuse comme l'illustre l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 23 avril 2011²¹⁴. En l'espèce, le couple commanditaire s'était rendu en Angleterre pour recourir à une mère porteuse : le couple fournissant leurs propres gamètes pour l'insémination. Cette dernière a donné naissance à des jumeaux qui ont été reconnus par le père génétique et la mère porteuse. De retour en France et trois ans après la naissance des enfants, le père légal demande le retrait de l'autorité parentale qui avait été attribuée à la mère porteuse lors de sa reconnaissance des enfants à leur naissance. Les juges du fond²¹⁵ rejettent la demande du père après avoir constaté, certes, un défaut d'intérêt de la mère légale à l'endroit de ses enfants, mais souligne également la non-mise en danger de ces enfants qui aurait pu survenir de ce « *défaut d'intérêt* » et qui est une condition nécessaire au retrait de l'autorité parentale. Le père et la mère porteuse se sont pourvus alors en cassation. Les juges de la forme, après avoir vérifié que les juges du fond avaient fait bonne application de l'article 378-1 du Code civil ont rejeté également le pourvoi.

²¹² Assemblée nationale, *op. cit.*, p.9236.

²¹³ Assemblée nationale, Compte rendu de la 2^{ème} séance du 21 février 2002, 3^{ème} lecture de la proposition de loi, p. 1702.

²¹⁴ C. cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2011, n° 02-05.033, *JCP G*, n° 16, 14 avril 2004, obs. A. BOURRAT-GUEGUEN.

²¹⁵ CA de Rouen, 17 janvier 2002.

Cette décision de la Cour de cassation peut être interprétée de deux manières : soit, la jurisprudence se montre particulièrement prudente face aux demandes de retrait de l'autorité parentale, attentive à la sauvegarde des liens filiaux ; soit les juges sont conscients, qu'à partir de l'autorisation de celle admise, la jurisprudence aura ouvert une faille au dispositif législativo-jurisprudentiel proscrivant la pratique de la maternité de substitution. On est tenté de croire que le défaut de réalisation des conditions a joué un rôle principal dans la motivation juridique de la décision et que d'un point de vue éthique, celle-ci correspondait aux valeurs défendues par l'ordre juridique.

Enfin, toute filiation ou parenté entre l'enfant né d'une gestante et sa mère intentionnelle étant exclues par le juge et le législateur, seule la parentalité semble pouvoir encore être admise en tant qu'elle correspond à « *une fonction de prise en charge, de protection et d'éducation de l'enfant* »²¹⁶.

C'est pourquoi, Mme Muriel Rebourg propose l'application de la délégation-partage ou partage de l'autorité parentale²¹⁷. Cette procédure a été simplifiée par une loi de 2002²¹⁸ et permet au parent légal de déléguer l'autorité parentale à un tiers, le plus souvent le partenaire, l'époux d'une seconde union ou le concubin, jusqu'à la majorité de l'enfant. Elle permet surtout qu'à défaut de filiation, le partenaire puisse se voir reconnaître un lien juridique avec l'enfant qu'il élève. Ce partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel a été admis pour la première fois le 24 février 2006²¹⁹ et a été réaffirmé par la Cour d'appel de Paris le 16 juin 2011, mettant fin à l'exigence de la preuve matérielle de l'indisponibilité du

²¹⁶ REBOURG Muriel, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010/1 n° 7, p. 31.

²¹⁷ Pour être tout à fait, complète, elle propose l'application de cette institution au profit des familles homosexuelles. Mais, leur situation étant identique à celles des familles ayant eu usé de la gestation pour autrui (refus d'adoption et refus d'autorité parentale fondés sur la condition de mariage), cette institution pourrait aussi bien leur être applicable.

²¹⁸ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

²¹⁹ C. cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, Bull. 2006, p. 95. Depuis, plusieurs Cour d'appel ont suivi le même chemin, notamment :

parent délégué²²⁰. De plus, cette délégation bénéficie de deux avantages procéduraux : elle peut être prononcée pendant la vie commune du *couple parental*, et elle peut également être prononcée après la séparation dudit couple. Ainsi, le lien entretenu par le délégué et l'enfant est prolongé au-delà du couple marié ou pacsé ou encore de concubins et s'approche du *couple parental*, désormais visé et validé par le législateur.

§ II. La construction clandestine de la maternité

La maternité de substitution représente non seulement un moyen alternatif pour une femme de devenir mère, mais également une nouvelle forme de maternité. Confrontée à une impasse juridique, la mère intentionnelle n'a pas d'autre choix que de réinventer les codes : la maternité sera fragmentée (a)) et *hors norme* ou « *sui generis* », comme a tenté de la qualifier le Conseil d'Etat²²¹ (b)).

a) La fragmentation incontournable de la maternité

La gestation pour autrui introduit une distinction dans un domaine réservé jusqu'alors à la compétence d'une seule femme : la fécondation et la gestation. Or, cette division des compétences, uniquement due aux progrès scientifiques, oblige la société à prendre en compte la difficulté d'appréhender la nature même de la maternité.

Selon la définition donnée par l'Académie française, la mère est « *celle qui a mis un ou plusieurs enfants au monde* ». Partant, le caractère biologique semble prévaloir sur le

²²⁰ CA de Paris, 16 juin 2011.

²²¹ Référence à la décision rendue par le Conseil d'Etat en 1988 qui qualifiait les conventions de mère porteuse de « *contrat sui generis* ».

comportement social d'une femme qui décide de jouer le rôle de la *mère*. Or, les pratiques ont montré que la femme qui accouche, ne joue pas forcément le rôle de mère lorsqu'elle décide de l'abandonner à une autre femme²²², d'où la distinction sémantique opérée entre la « mère naturelle » et la « mère sociale ». Mais avec la gestation pour autrui, le même statut de mère naturelle peut se voir partagé par deux femmes différentes, comme l'illustre la décision rendue par la Cour suprême de Californie *Johnson v. Calvert*, qui qualifie la femme qui a l'intention de concevoir un enfant²²³, ainsi que la femme qui porte le fœtus²²⁴, de *mère naturelle*. On assiste alors à un « *dédoublement de la capacité d'enfantement* »²²⁵.

Les progrès scientifiques ont abouti à diviser la maternité en trois phases : la fécondation suivie de la gestation et l'accouchement, et enfin l'éducation. Mais cette division des fonctions maternelles, bien que matériellement possible et prouvée par le recours aux tests ADN, ne connaît pas la même considération dans tous les systèmes juridiques. Ainsi, le législateur français en résistant à l'intégration dans son système juridique d'une nouvelle forme d'assistance médicale à la procréation ne fait que repousser hors des frontières une pratique qui a des conséquences à l'intérieur même de son territoire en *créant* des enfants sans filiation.

Face au(x) don(s) extraordinaire(s) reçu(s) par la mère intentionnelle pour combler son désir d'enfant, elle doit parvenir à trouver sa place de mère sociale de l'enfant. Sa maternité,

²²² L'accouchement sous X, l'adoption, le désinvestissement au profit d'une grand-mère ou de la tante procèdent de la même volonté celle de ne pas s'engager dans la fonction de mère au bénéfice d'une personne qui remplira cette tâche.

²²³ « *Although Uniform Parentage Act recognizes both genetic consanguinity and giving birth as means of establishing mother and child relationship, when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate child-that is, she who intended to bring about birth of child that she intended to raise as her own-is « natural mother ».* ».

²²⁴ « *In true "egg donation" situation, where woman gestates and gives birth to child formed from egg of another woman with intent to raise that child as her own, birth mother is « natural mother ».* ».

²²⁵ MEHL Dominique, *op. cit.*, 2011, p. 96.

excluant le contact physique²²⁶ *intra utero* avec son enfant, la mère sociale tend à le *recréer* grâce à l'allaitement. Cette reprise physique de l'enfant par la mère intentionnelle est même encouragée en Ontario, dans le souci que la « maman » établisse, enfin, un contact physique avec son enfant : certains parlent alors d'un déplacement de la maternité du ventre à une « *maternité nourricière* »²²⁷. En outre, cette réappropriation de son enfant correspond à un mouvement plus général, selon lequel « *il semblerait en effet que la maternité ne puisse se vivre que dans une proximité physique avec l'enfant, une proximité faite de gestes et de mots quotidiens, fortement investis affectivement (...)* »²²⁸. Ainsi, la mère intentionnelle se voit limitée dans l'exercice social de sa maternité à la naissance de l'enfant, tandis que les phases précédentes renvoient à d'autres fonctions de génitrice et gestatrice. La mère de substitution incarne alors la diversité des conceptions possible de la maternité. Or, le législateur, en interdisant la procédure de gestation pour autrui et le juge, en refusant de reconnaître la mère intentionnelle comme mère légale, rejettent tous deux ce caractère pluriel de la maternité, sous-entendant l'absurdité qui serait de ne plus en reconnaître aucune !

Si la fragmentation de la maternité ne signifie pas forcément la confusion de la maternité, la politique mise en place parvient malheureusement à ce résultat. En effet l'argument selon lequel, autoriser le recours à la maternité de substitution entraînerait une « *brouille des repères généalogiques* »²²⁹ est erroné, puisqu'au contraire légiférer sur ce mode de procréation permettrait une organisation de la procédure tant en amont qu'en aval e favorisant la transparence du parcours suivi par l'enfant depuis sa conception jusqu'à sa naissance. Tandis qu'à l'heure actuelle, la jurisprudence, en refusant de reconnaître la mère

²²⁶ PASINI Willy, BEGUIN François, BYDLOWSKY Monique et PAPIERNIK Emile, *Les enfants des couples stériles*, Paris, Les Editions ESF, La vie de l'enfant, 1985, p. 94 : « (...) *la mère doit renoncer à vivre la maternité physique* ».

²²⁷ *Ibid.*, p. 49.

²²⁸ FINE Agnès, « Qu'est-ce qu'un parent ? » Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales, *Spirale*, 2002/1, n° 21, p. 22.

²²⁹ MIRKOVIC Aude, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *Revue Lamy Droit Civil*, n° 76, novembre 2010, p. 74.

intentionnelle sur le sol français mais en mentionnant la filiation de l'enfant avec sa mère intentionnelle dans un autre Etat, participe de cette confusion de même que du rattachement juridique de l'enfant à une seule branche.

b) La construction hors norme de la maternité

A la différence d'une conception naturelle, la gestation pour autrui se particularise par une procédure précédant l'accouchement, grâce à laquelle les parents intentionnels ont la possibilité de *préconstruire* leur lien de filiation, ce qui s'appelle le projet parental.

Cette *préconstruction* tient dans la démarche elle-même. En effet, le couple commanditaire qui décide de faire appel à une gestatrice en vue de concevoir son enfant, doit se mettre en relation avec une association ou une institution médicale, qui a pour objet de mettre en relation de parents intentionnels et de femmes disposées à jouer le rôle de gestatrice. Cette première étape représente le point de départ du parcours parental du couple commanditaire. S'en suit une diversité de choix à opérer, pour la femme avec qui le couple aspire à réaliser son projet, au regard des conditions dans lesquelles la grossesse va se dérouler, etc. Ainsi, contrairement à une conception naturelle, le parcours de la gestation pour autrui est constitué de diverses options qui engagent la nature et la progression du projet. Un mouvement parallèle se dessine alors entre l'avancée du projet de conception et la mutation psychologique d'un couple commanditaire en parents intentionnels, formant la *préconstruction* de l'ascendance de l'enfant à naître. Ce phénomène est le même que celui rencontré au cours d'un processus d'adoption. En effet, les autorités étatiques justifient le plus souvent la lenteur du parcours adoptif, par une volonté d'inscrire fermement les futurs parents potentiels dans un « *mûrissement progressif de la réflexion* »²³⁰.

²³⁰ EPELBOIN Sylvie, « Impossibilité de concevoir », *Etudes sur la mort*, 2001/1 no 119, p. 108

Mais cette *préconstruction* peut également être juridique. Le cas de la Grèce est suffisamment exceptionnel, pour être rappelé. En effet, la législation grecque se distingue par une présomption de maternité au profit de la « *la femme à laquelle a été accordée l'autorisation judiciaire* », autorisation judiciaire qui doit obligatoirement précéder toute demande d'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation, selon l'article 1464 du Code civil grec. Cette présomption de maternité, non seulement s'oppose au principe majoritairement partagé selon lequel l'accouchement détermine le statut de mère, mais surtout pose comme postulat, que la maternité est un phénomène social, dépendant donc, d'une autorité étatique compétente, qui possède le pouvoir de déterminer qui peut être parent. Cette préemption du pouvoir judiciaire sur la capacité à devenir parent, est en totale opposition avec l'autonomie, soulevée plus haut. La Grèce, malgré une volonté de marquer une distance certaine avec le principe selon lequel, seule la femme qui accouche peut se voir gratifiée du statut de mère, offre ainsi une plus grande liberté d'accès à la parentalité et ferme la porte qu'elle avait ouverte, en conditionnant cet accès à la parenté, à une décision judiciaire.

Ainsi, l'exemple grec montre à quel point, opter pour l'une ou l'autre des conceptions du lien fondant la parenté, n'est pas tâche facile.

La France semble également réceptive à cette *préconstruction* du lien, comme le souligne Philippe Descamps pour qui la lettre de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique²³¹, selon laquelle « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* », énonce, en fait que « *l'enfant issu d'une PMA possède en droit une ascendance avant même que d'être conçu, alors que l'ascendance d'un enfant né*

²³¹ Tel qu'issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

sans recours à un quelconque technique n'a effectivement de parents qu'au moment de sa naissance »²³².

Cette *préconstruction* ou construction de la parenté pendant le processus de la gestation pour autrui, correspond ainsi à une « *auto élaboration [s'inscrivant] dans un mouvement plus ample de subjectivisation du lien familial* »²³³. Les « *faits de nature* »²³⁴ ont évolué et la maternité de substitution offre une remise en cause des représentations de la parentalité.

Conclusion partielle

La réponse apportée aux parents par le juge s'inscrit dans la politique de dissuasion mise en place par les pouvoirs publics, afin que les couples désireux d'enfants cessent de se rendre à l'étranger pour profiter d'une réglementation leur permettant de recourir à une gestation pour autrui. Toutefois, en refusant l'établissement d'un lien de filiation avec la mère intentionnelle, le juge français génère trois conséquences : d'une part il opère une forme de discrimination à l'encontre de la seule mère, puisque le père de l'enfant est légalement reconnu en apportant la preuve qu'il est le père biologique de l'enfant ; d'autre part il sanctionne uniquement l'enfant qui se voit au mieux reconnaître une seule branche ; enfin il se rattache à un élément biologique pour justifier la reconnaissance paternelle de l'enfant, contrariant toute la conception sociale de la parenté, que le législateur a mise en place depuis des années ! Cette solution, loin d'être avantageuse pour qui que ce soit et surtout pas pour l'enfant, met également à mal l'ordre juridique dont elle se voulait la gardienne !

²³² DESCAMPS Philippe, *op. cit.*, 2008.p. 145.

²³³ MEHL Dominique, « La famille contemporaine au prisme des procréations médicalement assistées », *Cliniques méditerranéennes*, 2011/1 n° 83, p. 106.

²³⁴ FINES Agnès et MARTIAL Agnès, « Vers une naturalisation de la filiation ? », *Genèses*, 2010/1 n° 78, p. 130.

SECTION II. La création de semi-apatrides ?

L'incompatibilité des valeurs défendues par l'Etat avec la pratique de la gestation pour autrui entraîne un rejet de toute reconnaissance de ces enfants par l'ordre juridique français. Ils bénéficient, aux mieux d'une demi-reconnaissance de leur lien de filiation (§ I.) quand ils ne sont pas tout simplement apatrides (§ II.).

§ I. La demi-reconnaissance du lien de filiation

Par cette expression peu académique, il convient d'évoquer la seule reconnaissance du lien paternel, aujourd'hui admise sur le sol français (a)) ainsi que la validité reconnue par la jurisprudence des actes de naissance étrangers en dehors du sol français (b)).

a) La reconnaissance du lien de filiation paternelle

La gestation pour autrui cause un bouleversement et même un renversement²³⁵ de la certitude du lien de parenté, qui existait à l'intérieur du couple parental-procréateur. En effet, avant l'arrivée des tests ADN, le père était celui qui subissait le doute de sa parenté avec son enfant. Le législateur a alors repris la règle du droit romain selon laquelle *pater is est, quem nuptiae demonstrant* c'est-à-dire que le mari de la mère est présumé être le père des enfants nés de celle-ci. Cette règle avait alors pour finalité d'assurer la tranquillité des familles, mais aussi et de manière plus classique, cette présomption apparaissait comme le « *corollaire de la présomption d'innocence (...) au devoir de fidélité de la femme* »²³⁶.

²³⁵ BERNARD-XEMARD Clara, « A propos du Saint Quentin de la bioéthique », *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76, p. 70.

²³⁶ Cette conception correspond à celle retenue par l'Ancien Droit (Voir CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2004, p. 998).

Or, la gestation pour autrui tendrait au contraire à renverser cette présomption au profit de l'épouse du père, ce à quoi la jurisprudence se refuse. Le doute est désormais appliqué à l'épouse qui pour l'heure n'a aucun moyen de le faire disparaître, le législateur se refusant de lui faire profiter d'une présomption qui lui permettrait « *d'ériger le probable, le vraisemblable, en vrai* »²³⁷ !

Dans la pratique, ce renversement est parachevé par la seule reconnaissance du père biologique en tant que père légal et des conséquences qui en découlent au regard de l'autorité parentale dont il est le seul détenteur au sein du couple, à savoir la garde de l'enfant et son éducation.

Dès lors, on peut s'interroger sur les implications qu'une telle responsabilité fait peser sur le père et mari. En effet, de nombreuses études²³⁸ ont montré la place prédominante de la mère dans l'organisation de la vie familiale. Or, si la mère intentionnelle n'est pas reconnue comme mère légale, contrairement au père qui est le seul à jouir des droits parentaux, cette nouvelle organisation légale de la famille peut-elle avoir des conséquences sur l'organisation quotidienne de la vie familiale ? Les affaires connues de familles ayant eu recours à la maternité de substitution sont trop récentes et malheureusement pas assez nombreuses pour une étude sur l'incidence qu'une non-reconnaissance de la mère intentionnelle comme mère légale peut avoir sur l'organisation sociale et quotidienne de la famille, mais à l'heure actuelle, il serait intéressant pour les pouvoirs publics de se rendre compte des répercussions sur la vie sociale et quotidienne des enfants d'un rattachement à une seule branche de sa

²³⁷ NEIRINCK Claire, *op. cit.*

²³⁸ Voir notamment DEVREUX Anne-Marie, « Autorité parentale et parentalité » Droits des pères et obligations des mères ?, *Dialogue*, 2004/3 n° 165.

filiation. ; rattachement qui au vu de certaines affaires pourrait même également se voir remis en cause, à l'instar de l'espèce relative à la demande de possession²³⁹.

A défaut d'appréhender l'organisation de vie de ces familles *hors norme*, on ne peut que regretter l'apparition d'un « droit paternel » que l'on pensait définitivement aux oubliettes dédiant au père un rôle de « *mari chef de famille* »²⁴⁰ dans le cadre duquel, la mère n'est plus son égal !

b) La validité des actes de naissance étrangers dans le pays auteur

Sur un plan juridico-juridique, la fin du mécanisme de révision au fond des jugements étrangers, souligné plus tôt, révèle la volonté de mettre fin à l'attitude de méfiance que la jurisprudence a longtemps adoptée à l'encontre des jugements étrangers²⁴¹. Ainsi cette nouvelle attitude de « confiance » se révèle dans les effets produits par un jugement étranger sur le sol français et ce, abstraction faite de sa régularité.

Avant tout, un jugement étranger, même irrégulier va être pris en considération²⁴² par le juge français, en ce sens qu'indépendamment de la valeur normative de la décision étrangère, cette dernière relève du « fait » sur lequel le juge français ne peut pas revenir : on retrouve ici encore la volonté de ne pas faire preuve d'ingérence dans l'ordre juridique étranger. De là, le jugement étranger produit un effet de fait sur le sol français, c'est-à-dire qu'il peut constituer une donnée factuelle pouvant se voir accorder un effet juridique par le jeu d'une règle de droit substantielle. Autrement dit, le juge français peut tenir compte de la

²³⁹ Voir notamment NEIRINCK Claire, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2011.

²⁴⁰ CARBONNIER Jean, *op. cit.*, 2004, p. 845.

²⁴¹ MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010, p. 272.

²⁴² NIBOYET Marie-Laure et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 2011, pp. 607-608.

situation créée à l'étranger, sans pour autant donner effet à cette décision étrangère. Le jugement étranger peut également constituer un titre, de même qu'il peut constituer un élément de preuve utilisé par le juge pour rendre sa décision, à condition que le juge français ne s'attache qu'à la preuve d'un fait et non à la preuve d'un droit !

Ainsi, bien que les contrats de gestation pour autrui soient interdits en France, les ressortissants français qui ont conclu ce type de convention dans un Etat l'autorisant, à leur retour en France, indépendamment du contrôle de la régularité du jugement, ne peuvent se voir privés des effets du jugement étranger, de l'Etat dans lequel celui-ci a été rendu. De plus, ce jugement pourra bénéficier des mêmes effets que ceux rapportés plus haut. L'interdiction de cette pratique, tout comme le refus de l'ordre juridique français de prendre en compte le moindre des effets qu'elle produit, ne peut omettre les effets « autres que juridictionnels »²⁴³ autrement dit les effets factuels.

La validité des actes de naissance étrangers est réaffirmée dans chacun des arrêts de la Cour de cassation qui assure toujours que la décision prise pour la France n'a aucun effet sur la situation acquise dans l'Etat dans lequel le couple a eu recours à une gestante. De plus, et ce qui ne manque pas de saveur, la Cour ordonne également que soit fait mention de sa décision d'annulation sur les registres d'acte civil, en marge²⁴⁴. Ainsi, lesdites marges de l'état civil de ces enfants connaissent d'une transcription, puis d'une annulation de la transcription et enfin d'une décision de justice qui ne leur attribue pas de lien de filiation avec leur mère mais qui assure ce même lien dans un autre Etat...

Le juge français ne marcherait-il pas sur la tête ? Ou constate-t-on une pareille contradiction à porter au crédit de notre ordre juridique !

²⁴³ NIBOYET Marie-Laure et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, 2011, *op. cit.*, p. 607.

²⁴⁴ BRUNET Laurence, « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques), *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76.

§ II. L'apatridie des enfants issus d'une mère porteuse causée par la méconnaissance du droit du sol de certains Etats autorisant la gestation pour autrui

La non-reconnaissance des enfants par le droit français ainsi que l'absence d'un droit du sol reconnu par tous les Etats autorisant les conventions de mère porteuse engendrent un état juridique d'apatridie à l'encontre de ces enfants (a)). Le juge britannique, qui a également eu à trancher ce type d'affaires s'est illustré en optant pour une solution inédite (b)).

a) Les cas de l'Ukraine et de l'Inde

Deux pays ont souvent fait la une des journaux pour illustrer la situation parfois inextricable dans laquelle se retrouvaient des parents qui avaient utilisé les services d'une mère porteuse à l'étranger et qui étaient dans l'incapacité juridique de revenir en France avec leurs enfants à cause de la politique législative du pays étranger et celle de la France.

En effet, l'Ukraine qui est un des rares pays d'Europe à autoriser les conventions de mère porteuse, ne connaît malheureusement pas le droit du sol en matière d'acquisition de la nationalité ; la nationalité est attribuée notamment par l'exercice du droit du sang. Mais en application d'une convention de gestation pour autrui conclue en Ukraine, la gestatrice est considérée comme n'ayant aucune parenté avec l'enfant qu'elle porte. Dès lors, une fois né, l'enfant n'est ni affilié à la mère porteuse, ni à l'Etat sur le sol duquel il est né. L'enfant ne peut alors acquérir la nationalité ukrainienne. Or, comme ce contrat est interdit en France, les parents intentionnels ne peuvent faire jouer le droit du sang organisé par l'article 18 du Code civil²⁴⁵. L'enfant est alors apatride ! L'Organisation des Nations Unie est l'auteur d'une

²⁴⁵ L'article 18 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 dispose : « Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. »

convention relative au statut des apatrides entrée en vigueur en 1960²⁴⁶ par laquelle elle définit le terme d'apatride comme « *une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation* ».

Cette situation a déjà été vécue par un certain nombre de couples, lesquels ont tenté de revenir en France avec leurs enfants, en usant parfois de stratagèmes particulièrement frauduleux, à l'instar de ces parents qui avaient caché leurs enfants dans les placards de leur caravane²⁴⁷ !

L'Inde est également une destination particulièrement prisée pour ses mères porteuses et ses prix réduits ! La réglementation indienne est identique à celle pratiquée à l'Ukraine et les conséquences pour les couples commanditaires sont donc similaires. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs été saisi l'année dernière par le ministre des affaires étrangères et européennes d'une demande d'annulation d'une décision du juge des référés selon laquelle, le ministre était prié d'émettre un document de voyage autorisant les enfants nés en Inde à entrer sur le territoire. Le ministre fondait son refus sur l'origine du contrat « *entaché de nullité au regard de l'ordre public français* ». Le juge administratif estime alors que la délivrance d'un document de voyage permettant aux enfants de rejoindre le domicile des parents intentionnels, ne relève que d'une mesure provisoire qui n'empiète pas sur les « *compétences réservées par la loi à l'autorité judiciaire* ».

Loin de trancher en faveur d'une quelconque reconnaissance de la maternité de substitution par la France, le Conseil d'Etat marque un tournant dans la prise en compte de l'intérêt de l'enfant : contrairement à la Cour de cassation qui ne se positionne qu'en vertu d'un intérêt général de l'enfant, selon lequel la gestation pour autrui ne lui serait pas

²⁴⁶ Convention relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954 et entrée en vigueur le 6 juin 1960.

²⁴⁷ L'histoire de cette famille a été racontée par le journal L'Express, le 6 avril 2011.

favorable, le Conseil d'Etat prend en compte l'intérêt imminent de l'enfant qui se traduit par une autorisation à rejoindre le domicile de ses parents.

Enfin, les parents intentionnels ont certes obtenu le droit de faire entrer leurs enfants sur le territoire français, mais ils ne sont qu'au début d'une longue histoire juridique devant les tribunaux...

b) L'exemple anglais, exemple à suivre ou à fuir ?

Le cas de l'outre-manche est assez remarquable et illustre la grande plasticité du juge anglais. Le Royaume-Uni a encadré la gestation pour autrui dès 1985 par la loi du 16 juillet dénommée *Surrogacy Arrangements Act* qui fut également complétée par la loi du 1er novembre 1990 intitulée *Human Fertilisation and Embryology Act* selon laquelle au Royaume-Uni, les parents d'intention ne peuvent obtenir l'établissement de la filiation de leur enfant qu'après la naissance de celui-ci, en recourant à une décision de justice désignée *parental order*. L'obtention de cette décision de justice est conditionnée entre autre par l'accord de la mère porteuse, qui doit être exprimé plus de six semaines après la naissance de l'enfant ainsi que par l'assurance d'une rémunération limitée au « dédommagement raisonnable » des frais auxquels la mère porteuse a dû faire face au cours de sa grossesse²⁴⁸.

Mais il est à noter que, depuis 2008, le Royaume a marqué un virage dans sa réglementation en matière de rémunération acceptable et acceptée. En effet, comme le décrit Karen Parizer-Krief²⁴⁹, cette mutation est l'œuvre de la *Hight Court of Justice*, qui, dès 1987, a exercé son « *pouvoir d'autorisation rétroactive* » de paiement, permettant, ainsi le *passage*

²⁴⁸ Les conditions d'obtention de cette décision de justice sont au nombre de huit. En plus des deux conditions énoncées plus haut, la demande d'obtention est limitée dans le temps puisqu'elle ne peut être formulée que dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant, objet de la filiation ; le couple qui requiert ce *parental order* doit être marié ; ils doivent tous deux être âgés d'au moins dix-huit ans ; l'un des membres du couple doit être le parent génétique de l'enfant issu de cette technique ; le domicile de l'un d'entre eux doit se trouver sur le territoire et le domicile de l'enfant doit être le même que celui du couple.

²⁴⁹ PARIZER-KRIEF Karen, *op. cit.*

d'un régime de remboursement des dépenses à un régime de rémunération sous conditions. Les juges de la *Hight Court of Justice*, ont, en effet, accueilli la demande d'adoption d'un couple, alors même que des paiements avaient été versés à la mère naturelle, au motif que lesdits « paiements n'entraient pas dans le champ d'application du §50 de l'*Adoption Act 1958* » car ils avaient eu lieu avant que la procédure d'adoption ne soit engagée.

Cette révolution dans l'interprétation de la loi, effectuée par les juges, voit son apogée dans trois arrêts rendus par la *Hight Court*, qui transforment la condition prépondérante de non rétribution en un simple fait, auquel l'accord du *Parental Order* n'est plus subordonné. Cette prise de position des juges est contraire à la lettre de loi de 1985 et se voit justifiée par la volonté d'établir un lien de filiation entre les parents intentionnels et l'enfant issu d'une gestante, sans considération des moyens employés par le couple commanditaire²⁵⁰. Le pouvoir judiciaire confirme la conception autonomiste en matière familiale, adoptée par le Royaume-Uni. Parallèlement la volonté d'établir une filiation à l'enfant né d'une gestation pour autrui a conduit le pouvoir judiciaire à autoriser les conventions de gestation pour autrui commerciales, expressément prohibées par le législateur !

Conclusion partielle

L'exemple anglais, bien que sa réglementation soit depuis 1985 beaucoup plus libérale que la réglementation française, illustre comment les autorités peuvent changer leur manière d'appréhender un principe. Ainsi, l'Angleterre, lorsqu'elle autorise la gestation pour autrui, à condition d'un dédommagement raisonnable, l'exclut *ipso facto* du cadre d'un marché, en s'appuyant pour ce faire sur un sentiment de solidarité et d'entre aide et livre en même temps une interprétation de l'intérêt de l'enfant telle que l'enfant à naître ne puisse faire l'objet

²⁵⁰ Cette volonté d'établir une filiation à l'enfant né d'une gestation pour autrui a conduit le pouvoir judiciaire à autoriser les conventions de gestation pour autrui commerciales, expressément prohibées par le législateur !

d'une vente. Toutefois, la politique très libérale menée, n'a pas freiné le nombre de couples se rendant tout de même à l'étranger, aussi, le juge a-t-il dû changer son interprétation de la notion de l'intérêt de l'enfant, en ne s'appuyant plus que sur son intérêt présent à faire partie d'une famille. Cette mutation de l'interprétation a alors débouché sur l'autorisation d'une pratique qui jusqu'alors était proscrite. Qu'en conclure ? Que la casuistique ne peut mener qu'à une déformation des principes ? Qu'accepter la reconnaissance de la parenté pour un couple au nom de l'intérêt de l'enfant, c'est accepter l'effet boule de neige qui en découlera ? Qu'accepter pour un couple c'est mettre en danger d'autres femmes qui pourraient être devenir mère porteuse et risquer leur vie ? La politique de dissuasion des pouvoirs publics est consciente qu'elle ne répond pas à l'intérêt immédiat de l'enfant ou des parents mais espère ne pas ouvrir la « boîte de Pandore ».

Malheureusement l'histoire apporte bien des exemples d'interdictions publiques qui ont entraîné des effets inverses à ceux escomptés en laissant libre cours au marché noir, tel l'alcool pendant la prohibition aux Etats-Unis ! Cet exemple me permet de mieux dénoncer la dérive potentielle à éviter à tout prix !

CONCLUSION :

L'étude des réponses apportées par le juge français aux demandes d'établissement d'un lien de filiation, formées par les parents d'enfants nés à l'étranger grâce à la procédure de gestation pour autrui, procédure interdite en France, ne fait que raviver les tensions existantes entre le droit, l'éthique et les pratiques médicales.

En effet, l'Etat français bien qu'ayant pris position sur ce mode de procréation, ne peut interdire aux couples désireux de devenir parents, d'y avoir recours à l'étranger. C'est pourquoi, la seule solution que connaît le juge français est de sanctionner la nullité du contrat conclu à l'étranger. Cette nullité du contrat se fonde sur des principes que le juge a cru bon de qualifier d' « essentiels au droit français » que sont les principes d'indisponibilité du corps humain et d'indisponibilité de l'état des personnes. S'ajoute à ces principes une notion chère au droit qu'est l'intérêt de l'enfant.

Mais, l'interprétation et l'application de ces principes par le juge ne coïncident plus à la lettre de ces derniers. En effet, bien que s'opposant à la gestation pour autrui au nom du principe d'indisponibilité du corps humain, le juge français est impuissant face à l'utilisation du corps des femmes qui est faite à l'étranger. La simple sanction d'un contrat de mère porteuse adressée par le juge aux parents qui réclament l'établissement d'un lien de filiation ne sanctionne pas le véritable usage auquel ils se sont adonnés pendant la grossesse de la mère porteuse. Le juge ne fait que se prononcer contre l'idée même de cette « consommation » mais n'intervient pas à la source même du problème.

De même que lorsqu'il interprète la notion d'intérêt de l'enfant dans son caractère absolu c'est-à-dire qu'il se rattache à une version idéale selon laquelle un enfant ne peut faire l'objet d'un contrat, sa seule intervention consiste en un refus de reconnaissance de cet enfant dans le cadre de la famille qui serait prête à l'accueillir et de l'Etat auquel il pourrait être rattaché. L'interprétation stricte de la notion d'intérêt de l'enfant à laquelle il souscrit, se

caractérise surtout par son refus de prendre en compte l'intérêt imminent d'un enfant déjà né selon cette procédure.

Enfin, l'interprétation qu'il fait du principe d'indisponibilité de l'état des personnes se borne à remettre en cause la conception même de la famille adoptée par notre ordre juridique depuis des décennies. En effet, la biologisation du lien de filiation à laquelle le juge se rattache pour refuser d'établir un lien de filiation entre la mère intentionnelle et l'enfant relève davantage d'une fausse lecture de l'image de la famille que d'un intérêt particulier apporté au respect du principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

Ainsi, se pose la question de savoir si l'application faite par le juge de ces principes répond concrètement à l'intérêt de l'enfant. En effet, en se positionnant en gardien de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge opte pour une solution juridique et éthique qui correspond à la conception générale sur laquelle notre ordre juridique est construit, mais pêche par trop d'idéal à régir une situation de fait qui demanderait davantage de compromis.

Dès lors, en affirmant que la seule réponse à apporter aux demandes d'établissement de la filiation, adressées par des couples qui ont usé d'une assistance médicale à la procréation interdite sur le sol français, est celle d'une fin de non-recevoir, le juge ne sanctionne malheureusement pas les seuls parents, responsables de cette situation, mais les enfants nés, en les privant de leurs droits d'être des enfants ordinaires. Or est-il « éthique » de faire de ces enfants, qui ont déjà été conçus de manière extraordinaire, des citoyens « extraordinaires » ?

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES :

ADJIMAN Maurice, « L'impossible statut de l'embryon », *Champ psychosomatique*, 2009/3 n° 55, p. 123-137. DOI : 10.3917/cpsy.055.0123

ALLOITEAU Stéphane, « L'arrêt « C.H.R. de Nice » : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale », *Petites Affiches*, 22 mai 1997, n° 64, p. 63 et suiv.

AUMERCIER Sandrine, « Naître d'une idée : la grossesse naturalisée », *Recherches familiales*, 2007/1, n° 4, pp. 89-97.

ANDORNO Roberto, « Les droits européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, n° 1, janvier-mars 1994, pp. 141-152. DOI : 10.3406/ridc.1994.4815

BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « La condition fœtale n'est pas la condition humaine », *Travail, genre et sociétés*, 2006/1 n° 15, pp. 176-182. DOI : 10.3917/tgs.015.0176

BAJOS Nathalie et FERRAND Michèle, « L'interruption volontaire de grossesse et la recomposition de la norme procréative », *Sociétés contemporaines*, 2006/1 n° 61, pp. 91-117. DOI : 10.3917/soco.061.0091

BARTHELEMY Claire, « Réflexion d'un biologiste de la reproduction sur la révision des lois de bioéthique », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/HS n° 261, pp. 223-234. DOI : 10.3917/retm.261.0223

BERNARD-XEMARD Clara, « A propos du Saint-Quentin de la bioéthique », *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76, pp. 70-71.

BERTRAND-MIRKOVIC Aude, « Le désir d'enfant contrarié par la stérilité féminine : la procréation pour autrui en question », *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76, pp. 72-75.

BRIEX Michel, « À qui profite le bébé ? », *Spirale*, 2009/2, n° 50, pp. 41-50.

DOI : 10.3917/spi.050.0041

BRUNET Laurence, « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques), *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76, pp. 75-83.

CHARMET Marie-Pierre, « Notes pour une philosophie de l'embryon », *Études*, 2002/3 Tome 396, pp. 323-334.

D'AVOUT Louis, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G*, n° 6, 4 février 2009, pp. 39-41.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Pouvoirs*, 2003/4 n° 107, p. 37-53. DOI : 10.3917/pouv.107.0037

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions à verser au dossier du « droit à l'enfant » », *Revue Lamy Droit Civil*, novembre 2010, n° 76, pp. 65- 70.

DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et COLLARD Chantal, « La gestation pour autrui » Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines, *L'Homme*, 2007/3, n° 183, pp. 29-53.

DELAISI DE PARSEVAL Geneviève, « L'art d'accommoder les parents » Interview de Geneviève Delaisi de Parseval, *Informations sociales*, 2008/5, n° 149, pp. 108-113.

DEVREUX Anne-Marie, « Autorité parentale et parentalité » Droits des pères et obligations des mères ?, *Dialogue*, 2004/3 n° 165, p. 57-68. DOI : 10.3917/dia.165.0057

DOUCHY-OUDOT Méлина, « La dignité de la personne en tant qu'être humain », *Revue Lamy Droit Civil*, juin 2010, n° 72, pp. 36-42.

EDELMAN Bernard, « L'homme, objet technique », *L'Express*, 27 janvier 1994.

http://www.lexpress.fr/informations/l-homme-objet-technique_596991.html?xtor=EPR-3020-596991-2012521

ESPELBOIN Sylvie, « Impossibilité de concevoir », *Etudes sur la mort*, 2001/1, n° 119, pp. 101-109. DOI : 10.3917/eslm.119.0101

EVERAERT-DUMONT Dominique, « Filiations et droit social » Liens et enjeux, *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, pp. 112-125.

FAGOT-LARGEAULT Anne, « L'émergence de la bioéthique », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2004/3 Tome 129, pp. 345-350. DOI : 10.3917/rphi.043.0345

FAVIER Yann, « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales*, 2010/1 n° 7, p. 17-28.

FINE Agnès, « Qu'est-ce qu'un parent ? (Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales) », *Spirale*, 2002/1, n° 21, pp. 19-43. DOI: 10.3917/spi.021.0019

FINE Agnès et MARTIAL Agnès, « Vers une naturalisation de la filiation ? », *Genèses*, 2010/1 n° 78, pp. 121-134.

FOUQUE Antoinette, « Les enjeux de la gestation pour autrui » Entretien avec Antoinette Fouque, *Le Débat*, 2009/5, n°157, pp. 145-157. DOI : 10.3917/deba.157.0145

GAUMONT-PRAT Hélène, « La révision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *Revue Lamy Droit Civil*, janvier 2008, n° 45, pp. 39-43.

GAUMONT-PRAT Hélène, « L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance », pp. 65-76, in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la direction de MUZNY Petr, Paris, Dalloz, 2010, 184 p.

GAUMONT-PRAT Hélène et GALLOUX Jean-Christophe, « Droits et libertés corporels », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 308.

GOBERT Michèle, « 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 », *RTD civ.* 1992, p. 489 et s.

HAFTEL Bernard, « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJ Famille*, 2011, p. 205 et suiv.

HAMMJE Petra, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 722.

HAUSER Jean, « La filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d'état ? », *RTD Civ.*, 2007, p. 556 et suiv.

LEMOULAND Jean-Jacques, « Le tourisme procréatif », *Les Petites Affiches*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24 et suiv.

MECARY Caroline, « Homosexualité, mariage et filiation : où en sommes-nous ? », *Informations sociales*, 2008/5 n° 149, pp. 136-149.

MEHL Dominique, « La famille contemporaine au prisme des procréations médicalement assistées », *Cliniques méditerranéennes*, 2011/1 n° 83, pp. 95-108.

DOI: 10.3917/cm.083.0095

MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, n° 7, 15 février 2006.

MURAT Pierre, « Les enjeux d'un droit de la filiation » Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005, *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, pp. 6-21.

MURAT Pierre, « Les transformations de la famille » Quel impact sur les finalités de l'adoption ?, *Informations sociales*, 2008/2 n° 146, pp. 20-33.

NEIRINCK Claire, « Comprendre le secret de la filiation », *Revue Juridique Personne et Famille*, mars 2003, n° 3, sur lamyline.fr

NEIRINCK Claire, « L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2011,

NEYRAND Gérard, « La reconfiguration contemporaine de la maternité », in *Maternité et parentalité*, (Knibiehler Yvonne et Neyrand Gérard), Rennes, Editions de l'ENSP, 2004.
http://acalpa.info/pdf/la_reconfiguration_contemporaine_de_la_maternite.pdf

NISAND Israël, « La gestation pour autrui : pour le cas par cas », pp. 77-83, in *La liberté de la personne sur son corps*, sous la direction de MUZNY Petr, Paris, Dalloz, 2010, 184 p.

OLIER Lucile, « Présentation du dossier. La prise en charge de l'IVG en France : évolution du droit et réalités d'aujourd'hui », *Revue française des affaires sociales*, 2011/1 n° 1, pp. 5-15.

PARIZER-KRIEF Karen, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande Bretagne », *Revue Internationale de Droit Comparé*, octobre 2011, Volume 63, n° 3, p. 645 et s.

REBOURG Muriel, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010/1 n° 7, pp. 29-44.

SAUVAT Christophe, « La fin annoncée de l'illicéité des conventions de mère porteuse ? », *Revue Lamy Droit Civil*, mai 2008, n° 49, pp. 71-77.

STEINER Philippe, « L'héritage au XIXème siècle en France » Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques, *Revue économique*, 2008/1 Vol. 59, p. 75-97. DOI : 10.3917/reco.591.0075

THOUVENIN Dominique, « L'accès au corps humain et à l'embryon humain : une tentative d'arbitrage des intérêts contradictoires par les lois « bioéthiques » », *Champ psychosomatique*, 2009/3 n° 55, pp. 39-62. DOI : 10.3917/cpsy.055.0039

ÉTUDES, RAPPORTS ET AVIS :

Agence de la biomédecine, Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004 - Rapport à la Ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative, octobre 2008.

Agence de la biomédecine, Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2010.

Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du 11 décembre 2001, 2^{ème} lecture de la proposition de loi relative à l'autorité parentale, pp 9232-9273.

Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la 2^{ème} séance du 21 février 2002, 3^{ème} lecture de la proposition de loi relative à l'autorité parentale, pp. 1702-1716.

CLAEYS Alain (prés.) et VIALATTE Jean-Sébastien (dép.), Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, n° 107 Tome 1, 2008-2009.

CLAEYS Alain (prés.) et LEONETTI Jean (Rapp.), Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 2010, Doc. AN 2010, n° 2235.

Comité consultatif national d'éthique, avis n° 1 du 22 mai 1984 relatif prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques.

Comité consultatif national d'éthique, avis n° 3 du 23 octobre 1984 relatif aux problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

Comité consultatif national d'éthique, avis n° 105 du 9 octobre 2008 relatif au questionnement éthique pour les états généraux de la bioéthique.

Comité consultatif national d'éthique, avis n° 110 du 6 mai 2010 relatif aux problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.

Conseil d'Etat, *Etude de la révision des lois de bioéthique*, Paris, La documentation française, 2009.

GRAF Alain (Rapp.), Rapport final des Etats Généraux de la bioéthique, 1er juillet 2009

OUVRAGES et THÈSES :

AGACINSKI Sylviane, *Politique des sexes*, Paris, Le Seuil, 2001 (1998 pour la première édition), 219 p.

AGACINSKI Sylviane, « Le corps fabriqué », *Le Débat*, 2010/2 n° 159, p. 128-140.

DOI : 10.3917/deba.159.0128

BERTRAND-MIRKOVIC Aude, *La notion de personne (Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 472 p.

BOURG Claudine, *L'infertilité : Procréation médicalement assistée, Adoption, filiation, Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck Université, 1992, 151 p.

BUSNEL Marie-Claire, FRYDMAN René, SZEJER Myriam, WINTER Jean-Pierre, *Abandon sur ordonnance : Manifeste contre la légalisation des mères porteuses*, Paris, Bayard, 2010, 86 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Paris, PUF, 1^{ère} éd. « Quadrige », 2004, 1496 p.

CARBONNIER Jean, *Ecrits (Textes rassemblés par Raymond Verdier)*, Paris, PUF, 2008, 1613 p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 7^{ème} édition, 2006, 127 p.

DESCAMPS Philippe, *L'utérus, la technique et l'amour – L'enfant de l'ectogénèse*, Paris, PUF, 2008, 209 p.

IACUB Marcela, *Penser les droits de la naissance*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2002, 194 p.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 10^{ème} édition, 2010, 820 p.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, *La personne, la famille et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, 589 p.

NIBOYET Marie-Laure et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 3^{ème} édition, 2011, 880 p.

PASINI Willy, BEGUIN François, BYDLOWSKY Monique et PAPIERNIK Emile, *Les enfants des couples stériles*, Paris, Les Editions ESF, La vie de l'enfant, 1985, 163 p.

SEGALEN Martine, *A qui appartiennent les enfants ?*, Paris, Tallandier, 2010, 207 p.

SUREAU Claude, *Son nom est personne*, Paris, Albin Michel, 2005, 115 p.

TERRE François, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1987, 222 p.

THERY Irène, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993, 396 p.

NOTES D'ARRÊTS :

CA Aix-en-Provence, 5 décembre 1984, *RTD Civ.* 1985, p. 579, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

CA Poitiers, 22 janvier 1992, *D.* 1993, somm. 119, note J. VASSAUX-VANOVERSCHELDE.

CA d'Orléans, 5 février 1999, *RTD civ.* 2000, p. 80, obs. J. HAUSER.

TGI Paris, 9 décembre 2005, *AJDA* 2006, p. 602, obs. I. SOUPLLET

C. cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *D.* 2009, p. 340, note L. BRUNET.

C. cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468, *D.* 2009, p. 340, obs. V. EGEEA.

Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39-QPC, *AJ famille* 2010, obs. F. CHENEDE.

C. cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, *D.* 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET.

C. cass. Civ. 1^{ère}, 23 avril 2011, n° 02-05.033, *JCP G*, n° 16, 14 avril 2004, obs. A. BOURRAT-GUEGUEN.