



FACULTÉ DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

Master II – Droit de la famille interne, international et comparé

Année académique 2015-2016

LES CONVENTIONS DE MATERNITÉ POUR AUTRUI :

**ANALYSE COMPARATISTE DES LÉGISLATIONS EUROPÉENNES
CONFRONTÉES À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES
DROITS DE L'HOMME**

Mémoire rédigé sous la direction de Madame Anna MATTEOLI

Cours de Droits de l'Homme et de la Famille

SOUTENANCE LE 17 JUIN 2016

Alix KAYSER

N° étudiant 21212662

« Le mot progrès n'aura aucun sens tant qu'il y aura des enfants malheureux. »

- Albert Einstein (1879-1955)

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Anna Matteoli, sous la direction de laquelle ce mémoire a été rédigé, pour sa disponibilité et ses conseils judicieux tout au long du processus de rédaction.

Je tiens ensuite à remercier Madame Frédérique Granet-Lambrechts, directrice du Master II Droit de la famille interne, international et comparé, qui m'a inspiré ce sujet.

Je remercie également mes parents et mes proches qui m'ont soutenue tout au long de mes études et qui m'ont toujours encouragée à faire de mon mieux, et, en particulier, mon père, qui a montré beaucoup d'intérêt pour ce travail et pour mes recherches.

Alix Kayser

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	4
INTRODUCTION	5
TITRE I^{ER} – LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME FACE À LA DISPARITÉ DES LÉGISLATIONS EUROPÉENNES EN MATIÈRE DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION.....	13
Chapitre 1 – Le constat par la Cour européenne des droits de l’homme des divergences notables dans les législations européennes.....	14
Section 1 – Le principe « <i>mater semper certa est</i> » : un principe reconnu dans tous les États européens.....	14
Section 2 – La convention de maternité de substitution dans les États encadrant la technique .	19
Section 3 – Les sanctions dans les États dans lesquels la gestation pour autrui est interdite.....	27
Chapitre 2 – La prudente position de la Cour européenne des droits de l’homme par rapport à la diversité des législations en matière de maternité pour autrui	29
Section 1 – L’absence de consensus européen sur la question de la légalité de la gestation pour autrui et les problèmes liés au tourisme procréatif.....	29
Section 2 – Une ample marge d’appréciation laissée aux États par la Cour européenne des droits de l’homme	34
Section 3 – L’atténuation de cette marge d’appréciation : le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l’homme	35
TITRE II – COUR EUROPÉENNE ET LÉGISLATIONS NATIONALES : UNE TENDANCE COMMUNE VERS LA RECONNAISSANCE DE LA FILIATION DE L’ENFANT NÉ PAR GPA À L’ÉGARD DE SES PARENTS D’INTENTION	37
Chapitre 1 – La nécessaire prise en compte par la Cour européenne des droits de l’homme de la vie familiale effective et de l’intérêt supérieur de l’enfant.....	38
Section 1 – Les droits des parents d’intention	38
Section 2 – Les droits des enfants nés de GPA.....	45
Chapitre 2 – Les différentes tendances nationales inspirées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme	52
Section 1 – Les conséquences directes dans les ordres juridiques internes des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l’homme en matière de maternité de substitution.....	52
Section 2 – Les tendances nationales rejoignant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme	54
CONCLUSION	61
BIBLIOGRAPHIE	64

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualité juridique
AP	Assemblée plénière
Art.	Article
c.	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Conseil d'État
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
Civ.	Chambre civile (de la Cour de cassation)
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. pén.	Code pénal
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de
Fam.	Famille
g. ch.	Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
GPA	Gestation pour autrui
HFEA 2008	<i>Human Fertilisation and Embryology Act 2008</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCP G	Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP Fam.	JCP – Droit de la famille
JDSAM	Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie
JORF	Journal officiel de la République française
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p. / pp.	Page / pages
Préc.	Précité
R.	Règlement
RBDI	Revue belge de droit international
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
Req.	Requête
REVDH	La Revue des Droits de l'Homme
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille (Lamy)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SAA 1985	<i>Surrogacy Arrangements Act 1985</i>

INTRODUCTION

« En taisant ce ‘don’ à mon entourage, je croyais agir avec prudence. Je pensais qu’il serait plus facile pour eux d’admettre la gestation pour autrui si c’étaient mes ovules. On sait combien, dans les familles, les ressemblances sont importantes ! [...] Avec les années, j’ai compris combien l’origine génétique avait peu d’importance, face à l’amour, à l’éducation, à l’environnement familial. Nos enfants n’ont pas d’autre histoire que la nôtre »¹.

C’est ainsi que Sylvie Mennesson raconte son expérience personnelle de la maternité pour autrui. Affectée du syndrome MRHK², elle ne pouvait pas porter d’enfant. Afin de réaliser leur projet parental commun, son mari et elle se sont rendus en Californie pour y conclure une convention de gestation pour autrui avec une femme américaine. Leur parcours - qui s’avère un véritable parcours du combattant lorsqu’on lit leur témoignage - a beaucoup fait parler de lui dans les médias et a donné lieu au fameux arrêt *Mennesson c. France* rendu par la Cour européenne des droits de l’homme en juin 2014³. Depuis la naissance de leurs filles aux États-Unis et leur retour en France, les époux Mennesson se sont beaucoup engagés au fil des années pour que la GPA puisse être réglementée en France et ils ont même fondé leur propre association qui œuvre en ce sens : C.L.A.R.A⁴.

Lorsque l’on parle de conventions de maternité pour autrui, on songe immédiatement à la gestation pour autrui – cette fameuse GPA qui anime les débats politiques depuis bien des années. On entend ainsi régulièrement parler de « gestation pour autrui », de « maternité pour autrui », de « maternité de substitution » ou encore de « mères porteuses ». L’idée peut paraître simple à première vue : la gestation pour autrui renvoie à « *l’état d’une femme inséminée avec le sperme du mari de la femme stérile, ayant accepté d’abandonner à sa naissance l’enfant qu’elle ne porte que pour le compte d’autrui* »⁵. La femme ou « mère » porteuse renonce donc à ses droits et devoirs parentaux et, après la naissance, remet l’enfant au couple qui était à l’initiative du projet parental. C’est ce que l’on entend par « gestation

¹ Sylvie et Dominique MENNESSON, *Interdits d’enfants*, Éditions J’ai Lu, 2012, pp. 196-197.

² Syndrome Mayer Rokitansky Kuster Hauser, du nom des médecins ayant découvert et étudié le syndrome

³ Cour EDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11

⁴ Comité de soutien pour la Légalisation de la GPA et l’Aide à la Reproduction Assistée

⁵ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 19^{ème} édition, Dalloz, 2012, p. 427.

pour autrui » au sens large. Et pour ce qui est du couple ayant eu recours à la GPA, on parle régulièrement de « parents d'intention » ou encore « commanditaires ».

Sous couvert d'une terminologie variée, la technique recouvre en pratique deux réalités distinctes⁶ : d'un côté, on retrouve la procréation pour autrui et, de l'autre côté, la gestation pour autrui. Dans la procréation pour autrui (comprise dans la gestation pour autrui au sens large), la femme qui assume la grossesse est aussi la mère génétique de l'enfant, c'est-à-dire que l'enfant a été conçu avec le sperme du père d'intention et avec les ovules de la mère porteuse, tandis que, dans la gestation pour autrui au sens strict, la femme qui porte l'enfant n'a pas de lien génétique avec l'enfant. L'enfant est, dans ce cas, conçu avec un ovocyte provenant soit de la mère d'intention, soit encore d'une tierce donneuse.

Alors que la GPA est un sujet actuellement très médiatisé, il ne faut pas croire qu'il s'agit pour autant d'un phénomène récent. Ainsi la Bible, et plus précisément la Genèse, évoque déjà des cas de gestations pour autrui (sans insémination artificielle bien évidemment) : on songe ainsi à l'histoire de Saraï qui demande à son mari, Abram, de passer la nuit avec son esclave, parce qu'elle ne peut avoir d'enfants, ou encore à celle de Rachel et Jacob. La Rome antique admettait également l'idée selon laquelle une femme fertile pouvait donner un enfant à une femme stérile. La pratique n'était pas légalement encadrée à l'époque, mais cela ne l'a pas empêchée de se poursuivre au fil des siècles au sein des familles, et notamment, entre sœurs⁷.

C'est surtout depuis les années 1970 et 1980 que la GPA s'est développée, d'abord aux États-Unis, puis en France, et ce, sous l'impulsion du développement de la fécondation *in vitro* et de l'insémination artificielle. En permettant l'implantation d'un embryon dans l'utérus d'une autre femme, les techniques médicales d'assistance à la procréation ont en effet permis de dissocier la gestation de la génétique, afin de remédier à l'impossibilité pour une femme de mener une grossesse (en raison d'une malformation - voire même d'une absence totale de l'utérus -, d'une maladie ou d'un accident).

La GPA connaît un véritable essor depuis les 10 à 15 dernières années grâce à la convergence de progrès scientifiques, démographiques, juridiques et sociaux⁸ ainsi qu'en raison du taux

⁶ Anne-Marie LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 1^{ère} édition 2011, p. 269.

⁷ *Idem*, p. 268.

⁸ Conférence de La Haye de Droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012, p. 6.

croissant d'infertilité dans le monde. Depuis, la maternité pour autrui est devenue un phénomène d'envergure mondiale, et l'on rencontre des parents d'intention originaires de tous les pays du monde⁹ et qui se rendent dans une minorité d'États ayant adopté une approche « libérale » face à la gestation pour autrui, parce que leur pays d'origine ne leur ouvre pas la possibilité de recourir à la GPA. Mais l'interdiction de la technique dans le pays d'origine n'est pas le seul facteur incitant des couples à se déplacer pour y recourir : les coûts peuvent être moindres dans certains États, les risques peuvent y être mieux prévenus, etc. Les déplacements transfrontières se multiplient facilement de nos jours grâce aux moyens de communication et de transports modernes. On constate ainsi l'émergence d'un véritable « marché de la maternité pour autrui »¹⁰.

Il est difficile, voire même impossible, de déterminer avec exactitude le nombre de conventions de maternité pour autrui internationales conclues. Mais des données issues de cinq agences spécialisées dans la GPA internationale permettent de constater une croissance extraordinaire du phénomène de près de 1000 % entre 2006 et 2010¹¹. Du fait du caractère clandestin du procédé, on n'a pas non plus de chiffres exacts concernant le nombre de couples français optant pour la GPA à l'étranger. Selon des estimations, ce chiffre se situerait toutefois entre 200 et 400 par année¹².

La maternité de substitution, parfois aussi appelée « location d'utérus » par ses plus fervents opposants, est très répandue aux États-Unis et en Inde. Aux États-Unis, elle ne fait toutefois pas l'objet d'une loi fédérale : chaque État fédéré légifère en la matière de la façon qu'il estime adéquate, et l'on aboutit ainsi à une réelle « mosaïque de réglementations étatiques disparates »¹³. En Californie, par exemple, la pratique s'est développée en l'absence d'interdiction, et la Cour suprême avait pris position sur la détermination de la filiation juridique de l'enfant issu d'un contrat de mère porteuse : au détriment de la mère porteuse,

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Anne-Marie LEROYER, *op. cit.* note 6, p. 269.

¹¹ Conférence de La Haye de Droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, préc., p. 8.

¹² Roger HENRION et Claudine BERGOIGNAN-ESPER, « La gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui*, Georges DAVID, Roger HENRION, Pierre JOUANNET et Claudine BERGOIGNAN-ESPER (dir.), Académie nationale de Médecine, Lavoisier, 2011, p. 22.

¹³ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), Bruylant, 2013, p. 259.

elle avait donné préséance à la mère d'intention qui était également mère génétique de l'enfant¹⁴. Plus récemment, l'État s'est doté d'une réglementation en la matière qui a été introduite dans le *Family Code* californien, et dont les dispositions sont entrées en vigueur au début de l'année 2013. La mère porteuse renonce à ses droits sur l'enfant soit avant, soit après l'accouchement, et, ensuite, un jugement déclare parents de l'enfant le couple commanditaire¹⁵. Parmi les conditions d'accès à la technique de la GPA, il n'y a aucune condition de résidence aux États-Unis. La Californie est ainsi un État particulièrement « *surrogacy-friendly* »¹⁶ et attire beaucoup de couples étrangers, ce qui ouvre les portes au tourisme procréatif. Après avoir eu recours à la gestation pour autrui en Californie, ces couples retournent dans leur pays d'origine avec un enfant titulaire d'un acte de naissance américain qui précise sa filiation selon les règles légales américaines.

En Inde, la gestation pour autrui n'est pas réglementée, mais elle est toutefois admise par la jurisprudence. Le *Indian Council of Medical Research* a émis des *guidelines* ou directives en 2005, mais les conditions dans lesquelles opèrent les sociétés privées spécialisées dans le « *baby business* » restent douteuses. Le *Indian Council of Medical Research* estime que la GPA constitue en Inde une industrie de plus de 450 millions de dollars par an¹⁷ : le marché des mères porteuses est donc particulièrement lucratif dans ce pays et prospère grâce à la rémunération sans équivalent que peuvent recevoir les mères porteuses. La rémunération d'une mère porteuse indienne peut en effet s'élever jusqu'à dix, voire vingt ans de salaire¹⁸.

Le phénomène transfrontière met en évidence les questions éthiques liées à la gestation pour autrui : parfois, ce qui attire un couple dans un État plutôt que dans un autre, c'est notamment la facilité d'y recruter une mère porteuse pauvre, qui, en contrepartie d'une somme d'argent (souvent assez modeste par rapport aux ressources du couple commanditaire), s'engage à porter un enfant pour le couple. La GPA est loin d'être encadrée dans tous les États dans lesquels elle est autorisée ou tolérée, et même lorsqu'elle l'est, des abus se font jour. L'Inde

¹⁴ Cour suprême, *Johnson v Calvert*, 1993

¹⁵ Adeline LE GOUVELLO, « Une exigence pour l'enfant : combattre le tourisme procréatif », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, p. 150.

¹⁶ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.* note 13, p. 261.

¹⁷ Stefan BECK, Michi KNECHT et Maren KLOTZ, *Reproductive Technologies as Global Form: Ethnographies of Knowledge, Practices and Transnational Encounters*, Campus Verlag, 2012, p. 149.

¹⁸ Adeline LE GOUVELLO, *op. cit.* note 15, p. 150.

est d'ailleurs connue pour ses « usines à bébés »¹⁹ dans lesquelles des jeunes femmes sont totalement exploitées dans le seul et unique but de porter des enfants pour des couples prêts à en payer le prix.

Les conventions de maternité de substitution suscitent, en effet, bon nombre de discussions et d'interrogations en ce qui concerne la mère porteuse et puis aussi – et surtout – en ce qui concerne les enfants à naître de ces arrangements. Du côté des opposants à la GPA, on retrouve des arguments tels que le fait qu'il s'agit d'une atteinte à la dignité humaine de la mère porteuse ainsi qu'au principe d'indisponibilité du corps humain, atteinte assimilable à une forme moderne d'esclavage ou de prostitution, ou encore l'idée selon laquelle cette pratique a des conséquences néfastes pour l'enfant et, notamment, sur son droit à connaître ses origines. Certains affirment aussi que la GPA a pour finalité une réification de l'enfant, qui devient objet pur et simple d'une convention, voire même d'une « vente ». Du côté des défenseurs de la GPA, certains suggèrent que l'autorisation de la pratique permettrait également de mieux l'encadrer et, ainsi, d'éviter au maximum les abus.

À côté de ces arguments d'ordre éthique se posent également bon nombre de questions juridiques sur la gestation pour autrui. Qu'en est-il de la filiation de l'enfant ? Qui seront ses parents et, surtout, qui sera sa mère ? La mère porteuse ? La mère d'intention ? Comment le lien de filiation envers la mère d'intention va-t-il pouvoir être établi ? L'internationalisation du phénomène complique encore davantage les réponses à ces questions.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position plutôt prudente face à ces interrogations. « *Il est clair que tant le principe même de la gestation pour autrui que l'attitude à prendre une fois que l'enfant est né et confié aux parents d'intention posent diverses questions sous l'angle des droits fondamentaux* »²⁰. En effet, la maternité de substitution touche directement au domaine de la vie privée et tombe donc dans le champ de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale. Selon ce texte, « *1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité*

¹⁹ Natacha TATU, « Mères porteuses : bienvenue dans l'usine à bébés », mis en ligne le 27 octobre 2013, consulté le 30 mars 2016 [<http://tempsreel.nouvelobs.com/l-enquete-de-l-obs/20131024.OBS2655/meres-porteuses-bienvenue-dans-l-usine-a-bebes.html>].

²⁰ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 275.

publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »²¹.

C'est dans les arrêts *Menesson c. France*²² et *Labassée c. France*²³ que la Cour s'est, pour la première fois, prononcée sur la question de la gestation pour autrui. Dans ces deux affaires, des couples français s'étaient rendus aux États-Unis (respectivement en Californie et au Minnesota) pour y conclure une convention de maternité pour autrui. À leur retour en France avec leurs enfants ainsi conçus, les autorités françaises refusèrent de transcrire les actes de naissance américains dans les registres de l'état civil français, en raison de la contrariété à l'ordre public de la gestation pour autrui. La GPA est, en effet, interdite en France aux termes de l'article 16-7 du Code civil selon lequel « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, dans ces deux arrêts, que le droit au respect de la vie privée des enfants avait été violé : l'identité de la personne est une composante essentielle de sa vie privée, et le respect de cette vie privée implique que chacun puisse établir les détails de son identité, y compris sa filiation. Mais la Cour ne se prononce pas sur la légalité ou sur l'illégalité de la gestation pour autrui en tant que telle ; elle veille, en effet, à rester prudente sur cette question de principe : selon Nicolas Hervieu, « *la Cour a la redoutable mission de protéger effectivement les droits conventionnels, sans prêter le flanc à la critique de l'excès de pouvoir sur des sujets de société si explosifs* »²⁴.

La Cour a encore eu à se prononcer dans le cadre d'une troisième affaire portant sur la GPA et, plus précisément, sur les mesures d'éloignement dont l'enfant avait fait l'objet après le refus des autorités italiennes de reconnaître la filiation établie en Russie à la suite d'une convention de maternité de substitution. Il s'agit de l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*²⁵.

²¹ CEDH, art. 8

²² Cour EDH, *Menesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11

²³ Cour EDH, *Labassée c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65941/11

²⁴ Nicolas HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de la société », *REVDH* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 8 septembre 2014, consulté le 29 mars 2016 [<http://revdh.revues.org/870>].

²⁵ Cour EDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, req. n° 25358/12

L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre pour être réexaminée, et le jugement est très attendu.

Mais la GPA soulève beaucoup de questions annexes relatives notamment à l'identité, au droit à connaître ses origines, au droit de devenir parent génétique, à l'adoption, etc. Ces questions ne sont donc pas à négliger dès lors qu'on analyse la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En pratique, les approches nationales concernant la GPA diffèrent aujourd'hui d'un pays à l'autre, mais elles sont en évolution. Ainsi, plusieurs États ont récemment adopté une législation en la matière et, dans d'autres, des projets de loi sont en préparation.

En ce qui concerne les États européens sur lesquels cette étude va se concentrer, on peut les classer en 3 catégories. Ainsi, on a d'abord les États dans lesquels la gestation pour autrui est expressément interdite par la loi, généralement au nom du principe de la dignité humaine. C'est le cas notamment de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Autriche, de l'Espagne ou encore de la Suisse. La deuxième catégorie comprend les États dans lesquels la gestation pour autrui est essentiellement non réglementée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas du tout envisagée par la loi, comme en Belgique ou encore au Luxembourg, ou encore qu'elle est permise indirectement : souvent ce sont alors les seuls aspects médicaux de la pratique qui sont envisagés, mais pas ses conséquences civiles. Il en est ainsi aux Pays-Bas. Finalement, il y a les États dans lesquels la GPA est autorisée et entièrement encadrée par la loi, tant en ce qui concerne les aspects médicaux de la pratique qu'en ce qui concerne ses aspects civils. Cette troisième catégorie concerne le Royaume-Uni, la Grèce et l'Ukraine.

Quels sont alors les points communs et les différences en matière de GPA dans les législations européennes ? Comment la Cour européenne des droits de l'homme réagit-elle face à ces législations, et quelle est l'influence de sa jurisprudence en la matière ?

La Cour européenne des droits de l'homme l'a souligné dans les trois affaires précitées : comme pour bon nombre de questions liées à l'éthique, il n'y a pas de consensus européen sur la question de la GPA. On observe ainsi des législations très différentes les unes des autres (Titre I^{er}).

Mais on constate toutefois entre ces législations - et, notamment, sous l'influence de la Cour - une certaine tendance commune qui va dans le sens d'une reconnaissance de la filiation de l'enfant né par gestation pour autrui à l'égard de ses parents d'intention²⁶, et ce, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de la vie privée²⁷ (Titre II).

²⁶ Laurence BRUNET, « Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ? », *JDSAM*, n° 2, 2013, p. 27.

²⁷ Adeline GOUTTENOIRE, « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », *Lexbase – La lettre juridique* n° 577, 3 juillet 2014.

TITRE I^{ER} – LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME FACE À LA DISPARITÉ DES LÉGISLATIONS EUROPÉENNES EN MATIÈRE DE MATERNITÉ DE SUBSTITUTION

Depuis 2010, la Conférence de La Haye sur le droit international œuvre envers l'établissement d'un projet international de réglementation de la GPA²⁸. Mais un encadrement d'une telle envergure des conventions de maternité pour autrui s'avère difficile, faute d'harmonie internationale en la matière, et, pour l'instant, ces travaux n'ont pas abouti.

La diversité sur le plan international entre les législations va « *de l'interdiction absolue à la permissivité* »²⁹. Les approches varient en effet selon le contexte social, politique et culturel propre à chaque État.

Même au niveau plus restreint des 47 États membres du Conseil de l'Europe, les législations se démarquent très nettement les unes des autres (Chapitre 1).

La Cour européenne des droits de l'homme tolère parfaitement ces différences et, en raison de l'absence de consensus européen sur la question de la légalité de la GPA, la Cour entend laisser aux États une large marge d'appréciation en la matière - marge qui leur permet d'autoriser ou d'interdire la GPA (Chapitre 2).

²⁸ Chronologie du travail de la Conférence de La Haye sur la maternité de substitution, 2010 à 2016, site consulté le 30 mars 2016 [<https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>].

²⁹ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 283.

Chapitre 1 – Le constat par la Cour européenne des droits de l’homme des divergences notables dans les législations européennes

Dans les arrêts *Mennesson c. France*³⁰ et *Labassée c. France*³¹ en 2014, la Cour européenne des droits de l’homme a présenté une analyse de droit comparé relative à la réglementation de la gestation pour autrui dans les 47 États membres du Conseil de l’Europe. Elle a ainsi pu constater que les législations nationales en la matière varient énormément : certains de ces pays l’admettent et l’encadrent entièrement, d’autres l’admettent, mais ne prévoient pas les conséquences civiles du procédé, et d’autres encore interdisent expressément le recours à cette technique de procréation et, par conséquent, le sanctionnent.

Pourtant, le principe « *mater semper certa est* » - pierre angulaire de la filiation maternelle en droit romano-germanique – se retrouve dans pratiquement tous ces États, c’est-à-dire tant dans les États qui interdisent la GPA que dans ceux qui l’organisent (Section 1).

À côté de ce principe « universel », on observe dans les pays à la législation permissive que les conditions précises entourant la maternité de substitution varient en fonction de la conception qu’a l’État en question de la GPA (Section 2).

Enfin, les législations nationales qui interdisent la gestation pour autrui prévoient chacune des sanctions en cas de conclusion d’une convention de maternité pour autrui, mais ces sanctions ne s’appliquent pas nécessairement aux mêmes personnes (Section 3).

Section 1 – Le principe « *mater semper certa est* » : un principe reconnu dans tous les États européens

En vertu du principe « *mater semper certa est* », l’identité de la mère est toujours connue. Cet adage est largement interprété aujourd’hui comme créant un lien de filiation entre l’enfant et la mère qui en a accouché.

Avant les progrès scientifiques et la fécondation *in vitro*, la mère qui portait l’enfant était nécessairement aussi sa mère génétique, et il n’y avait donc aucun problème à admettre que cette femme serait également dotée de l’autorité parentale envers l’enfant. Mais la fécondation *in vitro* et la gestation pour autrui sont venues chambouler cette idée :

³⁰ Cour EDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, préc.

³¹ Cour EDH, *Labassée c. France*, 26 juin 2014, préc.

« paradoxalement, les progrès de la génétique qui rendent possible la dissociation entre maternité génétique et maternité utérine ont ébranlé cette certitude ancestrale »³². Génétique et gestation peuvent désormais être dissociées, et, pourtant, le principe « *mater semper certa est* » continue à s'appliquer dans bon nombre d'États.

Ainsi, lorsque l'on applique l'adage à la gestation pour autrui, la mère de l'enfant serait la femme qui en accouche, c'est-à-dire la mère porteuse. Cela pose toutefois problème puisque l'idée derrière la gestation pour autrui est justement de donner un enfant à la mère d'intention, alors que la mère porteuse n'est que gestatrice, et s'engage à remettre l'enfant à sa naissance à sa « vraie » mère. Les choses se compliquent encore davantage parce que, bien que dans la plupart des cas la mère porteuse ne puisse pas fournir son matériel génétique nécessaire à la « production » de l'enfant (et que donc ce matériel génétique provient alors soit de la mère d'intention, soit d'une tierce donneuse), il existe des hypothèses dans lesquelles la mère porteuse est la mère génétique de l'enfant. Et, bien plus encore, lorsque l'on applique le corollaire³³ de l'adage « *mater semper certa est* », qui institue une présomption de paternité du mari, au cas particulier de la maternité pour autrui, le père de l'enfant serait alors le mari de la mère porteuse, et non pas le père d'intention.

A) La filiation maternelle dans les États qui interdisent ou ne réglementent pas la gestation pour autrui

Dans les États qui interdisent ou qui n'envisagent pas la gestation pour autrui dans leur législation, le principe « *mater semper certa est* » est d'ordre public et s'applique de plein droit. Ainsi, en France, la filiation est légalement établie à l'égard de la mère porteuse en vertu de l'article 311-25 du Code civil. En Allemagne, c'est l'article 1591 du BGB³⁴ qui vient entériner

³² Florence CHALTIEL, « La gestation pour autrui : réflexions avant la révision des lois bioéthiques », *LPA*, 1^{er} septembre 2010, n° 174, p. 3.

³³ « *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* » : Le père est celui que le mariage désigne (comme tel).

³⁴ *Bürgerliches Gesetzbuch*

le principe. Il en va de même, par exemple, en Espagne³⁵, en Italie³⁶ ou encore en Suisse, au Luxembourg³⁷ et en Belgique.

Dans ces États, c'est donc bien la mère porteuse qui est considérée comme la mère légale de l'enfant né d'une GPA. Cela pose problème surtout lorsque la mère d'intention est la mère génétique de l'enfant. Cette question n'a pas encore été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans toutes les affaires relatives à des conventions de maternité de substitution présentées à la Cour européenne des droits de l'homme à l'heure actuelle, la mère d'intention n'était jamais la mère génétique de l'enfant. Il serait pourtant intéressant de voir l'attitude de la Cour en la matière, puisqu'elle a déjà pu condamner la France en raison du refus de transcrire les actes de naissance d'enfants nés de GPA à l'étranger, du moins en ce qui concerne leur filiation paternelle, parce que le père d'intention était le père biologique³⁸. La solution de la Cour à l'égard de la mère d'intention (lorsqu'elle est également mère génétique) devrait *a priori* être la même, mais cela supposerait que l'on se détache de l'adage « *mater semper certa est* » - élément fondamental de la filiation, plus ou moins remis en cause de nos jours.

B) L'application du principe « mater semper certa est » dans les pays qui autorisent la GPA

De manière plus étonnante, l'adage trouve à s'appliquer même dans les pays qui autorisent la GPA. Aux Pays-Bas, par exemple, un règlement de 1998 envisage l'hypothèse particulière de la GPA (altruiste) combinée avec une fécondation *in vitro*, réalisée avec ou sans don de sperme. Une telle GPA est possible lorsqu'elle est pratiquée dans le respect des conditions édictées par les directives³⁹ de la *Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie*⁴⁰. La

³⁵ L. 26 mai 2006, art. 10, al. 2 : « *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.* »

Cf. [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html#cpa10], site consulté le 13 avril.

³⁶ C. civ. italien, art. 269, al. 3 : « *La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.* ».

Cf. [<http://www.altalex.com/documents/news/2014/08/22/della-filiazione>], site consulté le 13 avril.

³⁷ C. civ. luxembourgeois, art. 334, al. 3 (qui distingue encore entre filiation légitime et naturelle) : « *La filiation naturelle est légalement établie à l'égard de la mère par l'acte de naissance lorsqu'elle y est désignée.* »

³⁸ Cour EDH, *Menesson et Labassée c. France*, préc.

³⁹ « *Richtlijnen* ». Cf. [<http://nvog->

documenten.nl/index.php?pagina=/richtlijn/pagina.php&fSelectTG_62=75&fSelectedSub=62&fSelectedParent=75], site consulté le 13 avril.

⁴⁰ Association néerlandaise d'obstétrique et de gynécologie

GPA doit ainsi être le seul moyen pour la mère d'intention de devenir mère. Seul l'hôpital d'Amsterdam est habilité à pratiquer la fécondation *in vitro* combinée avec une GPA⁴¹, et la technique est réservée aux personnes de nationalité néerlandaise résidant aux Pays-Bas.

Mais les conséquences civiles de la gestation pour autrui ne sont pas réglementées. L'article 198 du Code civil hollandais prévoit que la mère est la femme désignée dans l'acte de naissance. Par conséquent, en cas de fécondation *in vitro* réalisée en combinaison avec une convention de maternité pour autrui, la filiation de l'enfant à sa naissance est légalement établie à l'égard de la mère porteuse du seul fait de l'accouchement. Si la mère porteuse n'est pas mariée, le père d'intention peut, avec le consentement de la première, reconnaître l'enfant dès lors qu'il existe un lien personnel étroit entre l'enfant et le père d'intention⁴².

La parenté (c'est-à-dire la qualité de parents) est transférée aux parents d'intention au terme d'une procédure comprenant 2 étapes distinctes. En effet, la mère porteuse et son éventuel mari doivent d'abord se voir retirer l'autorité parentale⁴³ : les parents d'intention deviennent alors les tuteurs⁴⁴ de l'enfant. À partir du moment où ils vivent ensemble depuis au moins 3 ans et prennent soin de l'enfant depuis au moins 1 an, ils peuvent alors introduire une procédure d'adoption, et ce, indifféremment selon qu'il s'agit d'un couple hétérosexuel ou d'un couple de même sexe⁴⁵.

Au Royaume-Uni, la GPA est autorisée et encadrée par le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 et le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008. Il convient ici de souligner qu'au Royaume-Uni la mère porteuse peut être la mère biologique de l'enfant - ce qui est unique parmi les législations européennes -, et qu'il est seulement exigé que l'un des parents d'intention puisse fournir son matériel génétique à l'enfant. Après la naissance de l'enfant, un premier acte de naissance désignant la mère porteuse comme mère de l'enfant est dressé, conformément à l'adage « *mater semper certa est* ». C'est donc la mère porteuse qui, dans un premier temps, est réputée mère légale de l'enfant, et ce, même si elle n'est pas la mère

⁴¹ Aksiniya MARINKOVA, « La légalité des conventions de mère-porteuse : résumé de la note de synthèse rédigé par la Commission internationale de l'état civil », mis en ligne le 24 mars 2014, consulté le 13 avril 2016, [<http://www.village-justice.com/articles/legalite-des-conventions-mere,16521.html>].

⁴² C. civ. hollandais, art. 204 (1).

⁴³ *ontheffing van het gezag*

⁴⁴ *voogden*

⁴⁵ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 250.

génétique de l'enfant⁴⁶. Par ailleurs, si elle est mariée, son mari sera le père de l'enfant, sauf s'il s'est opposé à la gestation pour autrui⁴⁷.

Pour obtenir le transfert de parenté, les parents d'intention doivent agir en justice pour obtenir un *parental order*. Cette ordonnance, à l'instar d'une procédure d'adoption, permet aux parents d'intention d'être traités comme les parents de l'enfant et fait disparaître le lien de filiation existant entre la mère porteuse (et son éventuel mari) et l'enfant. La procédure présente l'avantage d'être plus rapide qu'une procédure d'adoption, et, si toutes les conditions légales sont remplies, elle nécessite moins de contrôle de la part du juge. Mais les conditions requises sont bien plus strictes que les conditions de l'adoption. Ainsi, au moins un membre du couple doit être un parent biologique et au moins l'un des parents d'intention doit être domicilié au Royaume-Uni. La mère porteuse doit être médicalement suivie dans une institution agréée. Pour que la demande du *parental order* soit recevable, l'enfant doit vivre avec le couple au moment de la demande, et la demande doit avoir été formulée dans les 6 mois suivant la naissance de l'enfant. Enfin, la mère porteuse et, le cas échéant, son mari ou partenaire civil, doivent avoir consenti à la procédure – consentement qui ne peut être émis avant l'écoulement d'un délai de 6 semaines à compter de la naissance de l'enfant. Une fois le *parental order* délivré, l'enfant est réenregistré à l'état civil et les parents d'intention sont inscrits en qualité de parents légaux sur le nouvel acte de naissance⁴⁸.

Véritable précurseur au sein de l'Union européenne, le législateur grec a encadré la GPA par la loi du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine⁴⁹, complétée par la loi du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée⁵⁰. En Grèce, la mère d'intention est immédiatement désignée comme mère juridique à la naissance de l'enfant. Une nouvelle présomption a été insérée dans le Code civil pour évincer le principe « *mater semper certa est* »⁵¹ en cas de gestation pour

⁴⁶ *Idem*, p. 253.

⁴⁷ HFEA 2008, art. 35 : Cet article déroge donc dans ce cas à la présomption de paternité applicable selon la *common law*.

⁴⁸ Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui », *AJ Fam.*, 2014. 300.

⁴⁹ L. n° 3089/2002 du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine

⁵⁰ L. n° 3305/2005 du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée

⁵¹ Ce principe se trouve à l'art. 1463 C. civ. grec.

autrui : l'enfant a pour mère la femme qui a obtenu l'autorisation judiciaire⁵² (et non pas la femme qui a accouché). Mais cette présomption de maternité de la mère d'intention peut être renversée pendant un délai de 6 mois à partir de la naissance de l'enfant s'il s'avère que, contrairement à ce que prévoit la loi, la mère porteuse est aussi la mère génétique de l'enfant. Si cette action aboutit, la mère porteuse sera rétroactivement la mère juridique de l'enfant.

En Ukraine, l'idée est la même dans le sens où la mère porteuse n'est à aucun moment la mère juridique de l'enfant : la filiation de l'enfant est directement établie dans l'acte de naissance à l'égard de ses parents d'intention. L'article 132-2 du Code de la famille ukrainien prévoit en effet que « *si un embryon conçu par les époux est implanté dans une autre femme, les époux seront les parents de l'enfant* »⁵³.

Section 2 – La convention de maternité de substitution dans les États encadrant la technique

Les conventions de maternité pour autrui conclues dans les États européens qui autorisent la pratique de la gestation pour autrui – c'est-à-dire aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Grèce et en Ukraine – varient en ce qui concerne leur formation (A) ou encore les droits et obligations qui en découlent pour les parties (B).

A) La formation de la convention

Les législations encadrant la maternité de substitution se trouvent face à la délicate mission de protéger l'intérêt général et les intérêts privés en cause, c'est-à-dire l'intérêt de la mère porteuse, celui des parents d'intention et, surtout, celui de l'enfant à naître. La recherche de l'« équilibre » idéal entre ces intérêts peut ainsi justifier que la convention soit soumise à un mécanisme de contrôle juridictionnel (1). Dans certains États, il se peut encore que des professionnels interviennent dans la conclusion de la convention (2).

1. Le contrôle juridictionnel

« Deux situations se rencontrent dans certains pays. Dans l'une, le contrôle opéré par le juge intervient en amont de la conception et dans l'autre, il est effectué en aval du processus de

⁵² Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 255.

⁵³ *Idem*, p. 267.

maternité de substitution, après la naissance de l'enfant »⁵⁴. En effet, le contrôle juridictionnel peut avoir lieu *a priori* (ou *ex ante*, comme le précise Laurence Brunet⁵⁵) ou *a posteriori* (*ex post*).

Comme nous avons pu l'étudier, le juge néerlandais ne procède qu'à un contrôle *a posteriori*, une fois l'enfant accueilli chez ses parents d'intention, lors de la procédure d'adoption. De la même manière, le contrôle opéré par le juge en Angleterre est un contrôle *a posteriori*, même s'il s'opère de manière différente. En effet, en Angleterre le contrôle du juge s'opère au stade de la demande du *parental order* par les parents d'intention. Si toutes les conditions légales sont remplies, le juge accorde la décision parentale qui va permettre de rompre les liens de filiation entre la mère porteuse (et son éventuel mari ou partenaire civil) et l'enfant : les parents d'intention deviennent les parents légaux de l'enfant.

La situation en Grèce est plus surprenante, car le juge opère le contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant la naissance de l'enfant et même « *dès le moment où se forme l'accord entre la femme porteuse et les parents d'intention* »⁵⁶. Le juge vérifie dès le début le respect des conditions fixées par la loi avant d'autoriser le recours au processus.

Le choix entre l'une ou l'autre de ces approches n'est pas anodin, et la distinction entre les deux modèles est très importante. Ainsi, le modèle du contrôle juridictionnel *a priori* peut parfois être perçu comme plus sécurisant et peut-être, par conséquent, comme plus satisfaisant. Ce modèle permet en effet au juge de ne pas autoriser un projet procréatif lorsque toutes les conditions ne sont pas réunies, ou encore d'adapter les conditions à la situation particulière en cause. Le modèle du contrôle juridictionnel *a posteriori* penche davantage du côté de la femme porteuse qui « *prend toutes les décisions au cours de la grossesse et lors de la naissance* »⁵⁷ de l'enfant. Selon Jehanne Sosson et Géraldine Mathieu, ce dernier modèle est exemplatif d'une « *logique de complément* »⁵⁸ : l'enfant sera considéré comme l'enfant de la femme porteuse, même si cette dernière n'est pas la mère génétique

⁵⁴ Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), Bruylant, 2013, p. 331.

⁵⁵ Laurence BRUNET, *op. cit.* note 26, p. 26.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Florence CHALTIEL, *op. cit.* note 32.

⁵⁸ Jehanne SOSSON et Géraldine MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : Quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON (dir.), Bruylant, 2013, p. 395.

de l'enfant, et ce n'est qu'au terme d'une intervention de la part du juge, « *dans le cadre d'un échéancier précis qui ménage un droit de veto à la femme porteuse* »⁵⁹, que la parenté est transférée au couple commanditaire. La distinction entre ces deux approches a également des conséquences au niveau de la possibilité ou non d'une exécution forcée de la convention de maternité de substitution (*cf. infra*).

En Ukraine, enfin, aucun contrôle de la part du juge ni aucun contrôle éthique n'est prévu par les dispositions du Code de la famille relatives à la gestation pour autrui : des conditions d'accès à la technique de procréation sont prévues, mais le respect de ces conditions n'est pas contrôlé dans cet État qui, comme on le sait, permet un véritable commerce en matière de gestation pour autrui. Le seul « garde-fou » prévu est l'exigence d'un acte notarié garantissant le consentement de la mère porteuse à la gestation pour autrui, mais ne lui conférant aucun droit.

2. L'intervention de professionnels

Dans un contrat de maternité de substitution, les parties sont au moins la mère porteuse et le ou les parent(s) d'intention. Peuvent s'y ajouter, le cas échéant, l'époux ou le partenaire de la mère porteuse. Mais l'exécution du contrat peut également impliquer l'intervention d'un tiers, soit le centre de médecine de la reproduction qui réalisera les actes médicaux visés par le contrat. Ce centre peut parfois être, lui aussi, signataire de la convention⁶⁰.

Aux Pays-Bas et en Grèce, l'intermédiation professionnelle est interdite et sanctionnée par la loi⁶¹. *A contrario*, au Royaume-Uni, l'intermédiation non commerciale est permise. Il existe ainsi différentes *agencies* spécialisées dans la maternité de substitution, comme par exemple l'organisation COTS⁶² qui met en contact des parents d'intention et des mères porteuses. Ces agences offrent aux parents d'intention du soutien et des conseils lors de la conclusion de la convention.

Depuis la réforme du *Human Fertilisation and Embryology Act* en 2008, les dispositions concernant l'intervention de professionnels ont été assouplies. Les agences spécialisées

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, *op. cit.* note 54, p. 337.

⁶¹ Pays-Bas : C. pén. hollandais, art. 151b et 151c ; Grèce : L. 3305/2005, art. 26 § 8.

⁶² *Childlessness Overcome Through Surrogacy*

peuvent désormais demander une modique participation aux frais⁶³ à leurs clients et faire de la publicité, tout en conservant leur vocation d'établissement non lucratif⁶⁴. L'idée principale derrière cette réforme était celle qu'une certaine rémunération de ces agences permettrait également une certaine professionnalisation. Mais, comme le précisent les professeurs Horsey et Sheldon, la réforme de 2008 n'a pas entièrement résolu le problème, car la distinction entre les services susceptibles de faire l'objet d'une telle « rémunération » et ceux qui ne le sont pas reste floue⁶⁵.

En Ukraine, vue la réglementation très libérale de la gestation pour autrui, il n'est guère surprenant que l'intervention d'agences spécialisées soit permise. Il existerait dans le pays plus d'une vingtaine de cliniques spécialisées dans les questions de reproduction et les problèmes de fertilité, et sperme et ovocytes sont librement en vente dans le pays, par le biais de cliniques et d'agences spécialisées⁶⁶. Les coûts sont attractifs et le *business* est florissant.

B) Les droits et les obligations des parties à la convention

Quels sont les droits conférés aux parties et les obligations auxquelles s'engagent les parties à la convention de maternité de substitution ? Les médias relatent encore et encore des cas de gestation pour autrui où, au dernier moment, la mère porteuse ou le couple commanditaire changent d'avis. La question de la force exécutoire de la convention se pose donc très directement (1). Par ailleurs, lorsqu'on analyse les droits et obligations découlant des conventions de maternité pour autrui, on est nécessairement amené à s'interroger sur les aspects financiers de cette convention : les opposants de la GPA vont souvent jusqu'à parler d'un « trafic d'enfants », ou même de « ventes d'enfants ». Mais la mère porteuse est-elle rémunérée dans les États européens qui l'autorisent ou non ? Et si oui, à quelle hauteur (2) ?

⁶³ *reasonable payment*

⁶⁴ Florence CHALTIEL, *op. cit.*

⁶⁵ Kirsty HORSEY et Sally SHELDON, « Still hazy after all these years : the law regulating surrogacy », *Medical Law Review*, 20, winter 2012, pp. 67-89 (document consulté le 10 avril, [https://kar.kent.ac.uk/28991/2/_bodiam_SLR_jh566_My%20Files_STILL%20HAZY%20AFTER%20ALL%20THESE%20YEARS-THE%20LAW%20REGULATING%20SURROGACY.pdf]

p. 75: « *Although this represents some recognition of the problem, the distinction between precisely which services may be subject to charge and which may not is a fine one and the reform stops far short of offering a complete solution.* »

⁶⁶ Mathilde GOANEC, « La gestation pour autrui en Ukraine », mis à jour le 12 juillet 2010, consulté le 17 avril 2016, [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/pages-europe/d000454-la-gestation-pour-autrui-en-ukraine-par-mathilde-goanec/article>].

1. La remise de l'enfant et sa filiation juridique

Aux termes d'un contrat de maternité pour autrui, une partie (la mère porteuse) s'engage à porter un enfant en vue de le remettre à l'autre partie (le ou les parent(s) d'intention) qui s'oblige en contrepartie à accueillir l'enfant chez soi et à en assumer la filiation juridique. Chaque contrat de maternité de substitution suppose *a minima* ces deux obligations essentielles⁶⁷. Et pourtant, la possibilité même pour une femme de s'obliger contractuellement à céder à autrui l'enfant qu'elle a porté reste discutée, et la question du consentement de la mère porteuse se situe au cœur de ce débat⁶⁸.

En ce qui concerne les droits fondamentaux, il n'est guère surprenant que la mise à disposition de son corps dans le cadre du projet procréatif d'autrui et la promesse de ne pas établir sa filiation à l'égard de l'enfant porté relèvent du droit au respect de la vie privée⁶⁹. La mère porteuse renonce contractuellement à des prérogatives qui relèvent d'un droit fondamental, et une telle renonciation doit nécessairement remplir certaines conditions. Le consentement du renonçant doit notamment être libre et éclairé. Cela pose problème dans le cadre de la maternité de substitution, où il est permis de craindre que, dans certains cas, les conditions matérielles (détresse financière de la mère porteuse, pression de la part de la famille) et les conditions tenant à l'information de la mère porteuse (quant aux conséquences de la renonciation anticipée à l'enfant qu'elle va porter et ensuite devoir remettre) ne soient pas garanties⁷⁰.

Mais si la question du caractère exécutoire de la convention de maternité pour autrui est en général plutôt appréhendée du point de vue de la mère porteuse (en raison des renonciations importantes auxquelles elle consent), il peut être intéressant de la poser également du point de vue des parents d'intention⁷¹. En effet, si la convention n'est pas exécutoire, ils pourraient décider de ne pas respecter leurs engagements et de laisser l'enfant avec la mère porteuse à sa naissance sous prétexte, par exemple, qu'il y a eu plus d'enfants que prévu, que le projet conjugal des parents d'intention a disparu ou encore que l'enfant est malade ou handicapé. On peut ainsi songer, par exemple, à l'affaire de la jeune mère porteuse thaïlandaise qui, en

⁶⁷ Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, *op. cit.*, p. 341.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ CEDH, art. 8

⁷⁰ Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, *op. cit.*, p. 342

⁷¹ *Idem*, p. 343.

2014, s'est retrouvée avec l'un des deux jumeaux qu'elle avait portés pour un couple commanditaire qui n'en voulait plus sous prétexte que l'enfant était atteint du syndrome de Down⁷².

Même si toutes ces questions laissent, à juste titre, penser que la gestation pour autrui n'est pas exempte de risques, il ne faut pas pour autant oublier que la plupart des contrats de maternité pour autrui sont exécutés de manière volontaire et sans trop de difficultés.

Comme nous avons pu le voir, « (...) parmi les rares pays qui ont adopté des dispositions légales spécifiques pour encadrer la gestation pour autrui et faciliter le transfert de la parenté aux parents d'intention, deux modèles s'opposent radicalement : celui retenu par la Grèce et celui suivi par le Royaume-Uni »⁷³. En effet, dans la législation grecque⁷⁴, l'encadrement se déploie dès le moment où se forme un accord entre la mère porteuse et le couple commanditaire. Et cet accord est soumis à un contrôle de la part du juge qui, si toutes les conditions légales sont réunies, va autoriser la GPA. *A contrario*, la législation anglaise n'encadre que le transfert de parenté, une fois l'enfant né, de la mère porteuse aux parents d'intention.

La divergence entre ces deux systèmes est fondamentale en ce qui concerne le caractère exécutoire de la convention. En Grèce, la convention de maternité de substitution est valide et susceptible d'exécution forcée dès qu'elle a été approuvée par le juge, en raison de la présomption selon laquelle la mère est celle qui a obtenu l'autorisation judiciaire. Le contrat ne peut donc pas ne pas être exécuté, puisque le transfert de parenté se réalise *ipso facto* par la décision du juge. La mère porteuse qui n'est pas la mère génétique de l'enfant n'a donc aucune possibilité de rétractation. Il semble qu'il en aille de même en Ukraine, où la mère porteuse n'est à aucun moment la mère légale de l'enfant.

En droit anglais, le contrôle du juge n'intervient qu'*a posteriori* et la convention reste donc nulle : son exécution est entièrement laissée à la bonne foi des parties. Effectivement, le contrat ne déploie ses effets que si toutes les parties persistent dans leurs intentions initiales jusqu'au dénouement ultime du processus. *A fortiori*, un juge au Royaume-Uni ne pourra

⁷² « Australien : Ehepaar lässt Leihmutter mit behindertem Baby im Stich », mis en ligne le 2 août 2014, consulté le 18 avril 2016, [<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/australien-leihmutter-und-baby-mit-down-syndrom-im-stich-gelassen-a-984139.html>].

⁷³ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁴ L. 3089/2002 et L. 3305/2005

jamais contraindre une mère porteuse à remettre l'enfant qu'elle a porté, ni les parents d'intention à prendre en charge l'enfant ainsi né : le juge prendra *in fine* une décision prenant au mieux en compte l'intérêt de l'enfant. À titre d'exemple, en 2011⁷⁵, la High Court of Justice de Birmingham a ainsi pu confier l'enfant à la mère porteuse qui ne souhaitait pas le remettre aux parents d'intention. Mais il y a également eu des cas exceptionnels dans lesquels le juge a forcé l'exécution de la convention. On peut ainsi citer un arrêt de la *Supreme Court*⁷⁶ qui a accordé un *parental order* aux parents d'intention malgré la rétractation de la mère porteuse, parce que cette dernière n'avait jamais eu l'intention de remettre l'enfant aux parents d'intention. S'il n'y avait pas eu de dol dans cette affaire, le juge aurait certainement tranché autrement.

Il en va de même aux Pays-Bas, où le juge n'intervient qu'au moment de la demande d'adoption de l'enfant : la convention de maternité de substitution ne peut donc pas faire l'objet d'une exécution forcée. Alors que les auteurs ne s'accordent pas tous sur la question de la validité des clauses subsidiaires du contrat ni sur la possibilité pour les parents d'intention d'obtenir un dédommagement dans le cas où la mère porteuse ne respecterait pas ses engagements, la doctrine majoritaire du pays considère que la clause du contrat qui prévoit l'obligation de remettre l'enfant est contraire à l'ordre public⁷⁷, ou encore qu'elle viole les dispositions légales.

2. Les aspects financiers de la convention

Dans les débats sur la GPA, la question de la rémunération de la mère porteuse ressurgit encore et encore : faut-il permettre ou interdire la GPA commerciale ? Indépendamment de la rémunération de la mère porteuse, une autre question se pose : celle de la prise en charge des frais de grossesse.

a) La commercialisation de la GPA

⁷⁵ High Court of Justice de Birmingham, 21 janvier 2011

⁷⁶ Supreme Court, 2007

⁷⁷ Dr. Machteld J. VONK, « Pays-Bas. Maternity for another : a double dutch approach », in *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, Françoise MONÉGER (dir.), Société de législation comparée, 2011, p. 208.

Il existe un assez large consensus en Europe occidentale sur la nécessité d'interdire la maternité de substitution commerciale et l'intermédiation en la matière. Geneviève Schamps et Geoffrey Willems expliquent ainsi les réticences des législations européennes face à la commercialisation éventuelle de la gestation pour autrui : « *Envisager que l'on puisse disposer de son corps et de la filiation à l'égard d'un enfant à naître est déjà une chose. Concevoir que l'on puisse le faire non seulement à titre gratuit, mais également à titre onéreux, en est une autre* »⁷⁸. En effet, dès lors que la mère porteuse renonce par contrat à certaines prérogatives qui relèvent, à tout le moins, de son droit au respect de la vie privée, l'existence d'un bénéfice financier accentue nécessairement le doute sur l'authenticité de son consentement.

Ainsi, au Royaume-Uni et en Grèce, la GPA commerciale est interdite. La mère porteuse ne peut pas être « rémunérée » pour la grossesse qu'elle a acceptée. Mais certains avancent que la prohibition de la GPA commerciale en Grèce est purement théorique et, qu'en réalité, la plupart des GPA dans le pays sont réalisées à titre onéreux⁷⁹.

Aux Pays-Bas, la GPA commerciale n'est pas interdite, mais, comme nous avons pu l'examiner, l'intermédiation professionnelle dans le cadre d'une gestation pour autrui, commerciale ou non, est pénalement punissable.

En Ukraine, le Code de la famille permet la GPA contre rémunération, mais l'essentiel de la somme est accaparé par les agences spécialisées. En raison de sa réglementation très libérale en la matière, l'Ukraine est rapidement devenue une destination très prisée à l'échelle mondiale pour les couples souhaitant réaliser leur projet parental en contournant les éventuelles interdictions ou restrictions opposées par leur État d'origine.

b) La question de la prise en charge des frais

La prise en charge des frais de la maternité de substitution (frais médicaux, perte de salaire, etc.) ne constitue pas une rémunération de la mère porteuse, mais bien une indemnisation des dépenses engagées par elle pour réaliser le projet procréatif du couple commanditaire. Mais la distinction entre un simple remboursement des frais par les parents d'intention et une réelle rémunération de la mère porteuse n'est pas évidente.

⁷⁸ Geneviève SCHAMPS et Geoffrey WILLEMS, *op. cit.*, p. 357.

⁷⁹ *Idem*, p. 363.

Au Royaume-Uni, en vertu du HFEA de 2008⁸⁰, aucune somme ou aucun avantage, autre que les dépenses raisonnablement encourues, ne peut avoir été donné ou reçu par les parents d'intention. Mais les juges anglais acceptent que les sommes versées aux mères porteuses puissent atteindre entre 12 000 et 15 000 £. En ce qui concerne les GPA transnationales, même des montants supérieurs à 25 000 € ont été tenus pour raisonnables. Les juges britanniques sont en effet peu enclins à mettre en œuvre la seule sanction dont ils disposent – le refus de délivrer le *parental order* –, puisque cette sanction pèse d'abord et surtout sur l'enfant. La jurisprudence interprète donc assez largement ce que constitue une « dépense raisonnable », et le juge appréciera la demande en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁸¹.

En 2005, la loi grecque⁸² a réaffirmé l'interdiction de la maternité de substitution commerciale, mais elle a permis une compensation pour les dépenses liées à l'insémination artificielle, à la grossesse, à la naissance de l'enfant et à la période *post partum*, ainsi que pour la perte de revenus liée à la grossesse⁸³.

Section 3 – Les sanctions dans les États dans lesquels la gestation pour autrui est interdite

Dans les États qui interdisent le recours à la maternité de substitution, des peines sont encourues par les protagonistes du processus. Curieusement, ce sont bien plus les intermédiaires et les professionnels qui encourent ces peines, et non pas les parents d'intention qui ont été à l'initiative du projet procréatif. En Allemagne par exemple, les sanctions ne visent que les intermédiaires au processus de GPA ainsi que les médecins en cause. En Italie toutefois, la législation en matière de GPA est l'une des plus strictes et vient sanctionner également la mère porteuse et les parents d'intention⁸⁴.

⁸⁰ HFEA 2008, art. 54 (8)

⁸¹ Children Act 1989, art. 1

⁸² L. 3305/2005

⁸³ L. 3305/2005, art. 13, 4 : « *The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation: a. The payment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed. b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during periods (and because) of insemination, pregnancy, delivery and childbed. The amount of the expenses covered is going to be regulated by the National Independent Authority for Medically Assisted Reproduction.* »

⁸⁴ L. 9 février 2014 « *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* », art. 12 (6).

Sur le territoire français, la spécificité de l'accouchement sous X⁸⁵ permet la mise en œuvre frauduleuse d'un processus de maternité pour autrui non médicalisé en France et l'établissement subséquent d'un double lien de filiation à l'égard de l'enfant.

Le droit français prohibe expressément la maternité de substitution aux termes de l'article 16-7 du Code civil. Le Code pénal, quant à lui, prévoit, aux articles 227-12 et 227-13, les peines applicables à ceux qui officieraient en qualité d'intermédiaire et aux protagonistes d'un processus de maternité de substitution : il s'agit d'une peine d'emprisonnement et d'une amende. Les parents d'intention n'encourent toutefois aucune sanction. Il en va de même en Espagne, notamment, où les articles 220 et 221 du Code pénal prévoient des sanctions pour les personnes participant au processus de maternité de substitution.

En France, les lois bioéthiques ont été révisées en 2004⁸⁶ et en 2011⁸⁷, mais, malgré certains signes d'une évolution des perceptions favorables à la GPA⁸⁸, les révisions considérées n'ont pas levé l'interdiction.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme portant spécifiquement sur la gestation pour autrui est encore très récente. Les premiers arrêts datent en effet de 2014⁸⁹. D'autres arrêts sont actuellement très attendus, notamment l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*. Confrontée à une question encore très récente, très controversée, et, surtout, appréhendée de manière très différente selon les États membres du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position assez prudente, en accordant une importante marge d'appréciation aux États parties à la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁵ C. civ., art. 326 : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. »

⁸⁶ L. n° 2004-800 du 6 août 2004

⁸⁷ L. n° 2011-814 du 7 juillet 2011

⁸⁸ Cf. : Rapport sénatorial n° 421 du 25 juin 2008

⁸⁹ Cour EDH, *Menesson c. France et Labassée c. France*, 26 juin 2014, préc.

Chapitre 2 – La prudente position de la Cour européenne des droits de l’homme par rapport à la diversité des législations en matière de maternité pour autrui

La Cour européenne des droits de l’homme ne s’est, pour l’instant, pas prononcée sur la question délicate de la légalité ou non de la gestation pour autrui en tant que telle : la très grande diversité des législations a conduit la Cour à conclure à l’absence de consensus européen sur la question tant de la légalité de la maternité de substitution que de la reconnaissance des actes de naissance établis à l’étranger suite à une gestation pour autrui. Cette diversité des législations engendre le phénomène du « tourisme procréatif », phénomène difficile à cerner au niveau national. Il suffit aux parents d’intention de voyager et de conclure des conventions de maternité à l’étranger, là où elles sont autorisées, ou alors moins chères, mieux encadrées, moins risquées (Section 1).

En raison de l’absence de consensus en Europe entre les législations sur la question de la GPA, la Cour tient à laisser aux États le soin de régler la question selon leurs propres conceptions, leurs politiques, etc. (Section 2).

Il est important de souligner que la marge d’appréciation laissée aux États en matière de conventions de maternité de substitution n’échappe pas à un certain contrôle de la Cour, et que la liberté accordée aux États sur la question n’est donc pas illimitée. La Cour l’a précisé dans les arrêts *Mennesson et Labassée c. France* (Section 3).

Section 1 – L’absence de consensus européen sur la question de la légalité de la gestation pour autrui et les problèmes liés au tourisme procréatif

En matière de gestation pour autrui, il n’y a selon la Cour pas de consensus européen. Dans les arrêts *Mennesson c. France*⁹⁰ et *Labassée c. France*⁹¹, la Cour fait état d’analyses de droit comparé selon lesquelles « *la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze [de ces] États. [...] Dans dix autres États, dans lesquels il n’y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n’y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. [...] La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de*

⁹⁰ Cour EDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, § 41.

⁹¹ Cour EDH, *Labassée c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65941/11, § 32.

conditions strictes). [...] Elle paraît en outre tolérée dans quatre États où elle ne fait l'objet d'aucune réglementation ».

À côté des législations permissives que nous avons pu examiner dans un premier chapitre, il y a donc bon nombre de législations qui soit interdisent expressément le recours à la gestation pour autrui, soit ne prévoient pas la question dans leur législation.

Ainsi, en France, la prohibition absolue des conventions de maternité est édictée à l'article 16-7 du Code civil, qui est qualifié d'ordre public par l'article 16-9 du même Code. De l'autre côté du Rhin, en Allemagne, la loi sur la médiation en matière d'adoption de 1989⁹², la loi du 13 décembre 1990 relative à la protection des embryons⁹³ et les règles du droit commun issues du BGB convergent pour retenir la nullité des conventions de maternité de substitution en raison de leur contrariété aux bonnes mœurs. En Autriche, c'est une loi fédérale de 1992 relative à la médecine procréative⁹⁴ qui consacre la prohibition absolue des conventions de gestation pour autrui. Il en va de même en Espagne⁹⁵, en Italie⁹⁶, en Suisse⁹⁷, ou encore en Turquie⁹⁸.

En Belgique et au Luxembourg, les conventions de mères porteuses ne sont pas expressément prohibées par la loi. Au Luxembourg, elles sont toutefois réputées illicites au regard de l'ordre public. Le Code pénal luxembourgeois prévoit que « *seront punis de la réclusion de cinq à dix ans, les coupables de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée* »⁹⁹. Un projet de loi datant de 2013¹⁰⁰ prévoit, en outre, l'introduction dans le Code civil luxembourgeois d'une disposition interdisant expressément la conclusion des conventions de maternité de substitution ainsi que la tentative et la mise en relation d'un couple commanditaire avec une mère porteuse.

⁹² *Adoptionsvermittlungsgesetz* (AdVermiG), 27 novembre 1989

⁹³ *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), 13 décembre 1990

⁹⁴ *Fortpflanzungsmedizinengesetz* (FMedG), 4 juin 1992

⁹⁵ *Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida* : L. du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée

⁹⁶ *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* : L. du 19 février 2004 relative à la réglementation des techniques de procréation médicalement assistée

⁹⁷ L. fédérale du 19 décembre 1998 sur la PMA ; Ordonnance du 4 décembre 2000 sur la PMA

⁹⁸ R. du 31 mars 2001 relatif à la PMA

⁹⁹ C. pén. luxembourgeois, art. 363

¹⁰⁰ Projet de loi 6568 portant réforme de la filiation, déposé le 18 avril 2013.

En ce qui concerne la Belgique, la loi du 6 juillet 2007, relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes réglementant les techniques autorisées d'assistance médicale à la procréation, ne contient pas de disposition permettant la GPA. La doctrine majoritaire du pays considère ainsi que les conventions portant sur la gestation pour autrui sont contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à l'indisponibilité du corps humain.

Les législations européennes varient donc fortement et vont de l'interdiction ferme (comme en France par exemple) à une très grande permissivité (comme en Ukraine). Face à ces disparités, la Cour a conclu, dans les arrêts *Mennesson et Labassée c. France* à une absence de consensus sur la question de la légalité de la GPA. La Cour précise par ailleurs également qu'il n'y a pas non plus de consensus en Europe sur la question de la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants conçus par GPA à l'étranger¹⁰¹.

Par ailleurs, les États se distinguent également en ce qui concerne leur conception de la GPA. Ainsi, dans une première conception de la GPA, le « prêt d'utérus » se fait de manière anonyme et contre rémunération. Dans cette hypothèse mercantile de la maternité de substitution, les parents d'intention ne conservent en principe aucun contact avec la mère porteuse. Dans une seconde conception, c'est l'aspect altruiste qui domine, et les parents d'intention et la mère porteuse conservent des relations¹⁰².

La diversité des conceptions face à la maternité de substitution alimente directement le problème du tourisme procréatif. En effet, « *le désir exacerbé d'avoir un enfant issu de ses propres gènes, l'absence de toute autre alternative crédible, la difficulté d'adopter un enfant, le fait que la gestation pour autrui soit autorisée ou tolérée dans de nombreux États, a conduit à un 'tourisme procréatif' ou 'exode procréatif' qui a pour conséquence une insécurité juridique quant à la filiation des enfants. On assiste, peu à peu, à une mondialisation du marché* »¹⁰³. Les problèmes liés à la transposition, dans les États qui interdisent la GPA, des liens établis à la suite de processus de GPA dans des États qui l'autorisent ou la tolèrent, entraînent une insécurité juridique internationale. Les différences de législation peuvent susciter des

¹⁰¹ Cour EDH, *Mennesson c. France*, § 78 : « La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. »

¹⁰² Roger HENRION et Claudine BERGOIGNAN-ESPER, *op. cit.* note 12, p. 21.

¹⁰³ *Ibid.*

questions complexes de droit international privé concernant l'établissement ou la reconnaissance de la filiation juridique des enfants issus de conventions de maternité pour autrui internationales. Ces problèmes constituent, d'ailleurs, la raison pour laquelle les États dans lesquels la GPA est autorisée anticipent, pour la plupart, le problème, en instaurant une condition de nationalité ou de résidence dans l'État concerné pour les parents d'intention et parfois aussi pour la mère porteuse.

Ces États favorables à la GPA sont aussi beaucoup plus enclins à reconnaître des situations créées à l'étranger que ceux qui l'interdisent et qui invoquent alors leur ordre public pour refuser l'établissement de la filiation de l'enfant vis-à-vis de ses parents d'intention¹⁰⁴. En Angleterre, une décision datant de 2008 en constitue un bel exemple : un couple anglais était allé en Ukraine, où la GPA contre rémunération est autorisée. Selon la loi anglaise, c'était la mère porteuse qui était la mère de l'enfant, alors que, selon le droit ukrainien, ce n'était pas le cas. Le juge Hedley de la High Court a décidé, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, de faire droit à la demande des parents d'intention qui voulaient obtenir un *parental order*, les rendant ainsi les parents légaux de l'enfant, et ce, alors qu'il avait constaté que l'ordre public anglais est opposé à la commercialisation de la GPA¹⁰⁵.

En comparaison, la jurisprudence française s'est montrée très stricte jusqu'aux arrêts *Mennesson* et *Labassée c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme en 2014.

En effet, la Cour de cassation française a marqué son opposition à la GPA dès un fameux arrêt d'assemblée plénière en date du 31 mai 1991¹⁰⁶, en affirmant que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état de personnes* » et que « *ce processus constituait un détournement de l'adoption* ». Et, déjà en 1989, la Cour de cassation s'était clairement prononcée pour la nullité – et par conséquent pour la dissolution – des associations créées pour aider des couples infertiles à concevoir un enfant, en raison de leur objet illicite¹⁰⁷. Le Conseil d'État avait été le

¹⁰⁴ Françoise MONÉGER (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, 2011, p. 20.

¹⁰⁵ *X & Y (foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

¹⁰⁶ Cass. AP, 31 mai 1991, pourvoi n° 90/20.105, GAJC 12^{ème} édition, n° 50.

¹⁰⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15655

premier à se prononcer sur la légalité de ces associations, lorsqu'il s'était opposé, en 1988, à l'inscription de l'association « les Cigognes » au registre des associations¹⁰⁸.

Toutefois, selon Bélinda Waltz-Teracol, « si à partir de 1991, la position de la Cour de cassation concernant l'illicéité de la GPA en France est claire, tel n'est pas le cas de celle du législateur »¹⁰⁹. Avant 1994, seul le droit pénal comportait des dispositions concernant la maternité de substitution, et ces dispositions existent toujours : l'article 227-12 du Code pénal dispose ainsi en son alinéa 1^{er} 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'eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende », et l'article 227-13 du même Code sanctionne la substitution volontaire, la simulation ou la dissimulation d'enfant.

C'est la loi relative au respect du corps humain du 29 juillet 1994¹¹⁰ qui est venue procurer une assise légale à la condamnation des conventions de GPA. Elle a inséré dans le Code civil l'article 16-7 selon lequel « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Depuis l'introduction de cet article dans le Code civil, la Cour de cassation a eu l'occasion de l'appliquer à plusieurs reprises¹¹¹.

Malgré la prohibition tant jurisprudentielle que légale, le contentieux dans le domaine de la GPA n'a pas été annihilé. Les nombreux arrêts rendus récemment encore par la Cour de cassation en témoignent.

Selon les juges européens, l' « absence [de consensus européen] reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique »¹¹². Face à ces interrogations, la Cour entend laisser une ample marge d'appréciation aux États s'agissant non seulement de la décision de légaliser ou non la technique de la GPA, mais également s'agissant de la décision de reconnaître ou non le lien de filiation établi à l'étranger entre les enfants conçus par GPA et les parents commanditaires.

¹⁰⁸ CE, *Association Les Cigognes*, 22 janvier 1988, n° 80936

¹⁰⁹ Bélinda WALTZ-TÉRACOL, « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », *LPA*, 21 novembre 2014, n° 133, pp. 4-13.

¹¹⁰ L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

¹¹¹ P.ex. : Cass. 1^{ère} Civ., 29 juin 1994, n° 92-13563 : Bull. civ. I, n° 226 ; Cass. 1^{ère} Civ., 9 décembre 2003, n° 01-03927 : Bull. civ. N° 25 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2008, n° 07-20468 : Bull. civ. I, n° 289.

¹¹² Cour EDH, *Menesson c. France*, préc., § 79.

Section 2 – Une ample marge d’appréciation laissée aux États par la Cour européenne des droits de l’homme

En l’absence de consensus européen, la Cour conclut, dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée c. France*¹¹³ ainsi que dans l’arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*¹¹⁴, qu’ « eu égard à l’absence d’approche européenne commune, les États parties ont en principe une large marge d’appréciation s’agissant de l’élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui »¹¹⁵. Cette marge d’appréciation porte, comme nous avons déjà pu le préciser, autant sur la question de la légalité de la GPA que sur la question de la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d’intention et les enfants conçus par GPA à l’étranger dans un pays qui l’autorise.

Le recours des juges européens à « l’absence de consensus européen » et à la « marge d’appréciation » n’a rien de particulièrement étonnant : « pour exercer pleinement son office sans brusquer les États parties, la Cour se doit de redoubler de prudence, tout particulièrement lorsqu’elle aborde des enjeux moraux et politiques particulièrement vifs »¹¹⁶. Selon Nicolas Hervieu, la Cour européenne des droits de l’homme fait preuve d’une « prudente audace »¹¹⁷ face aux enjeux éthiquement délicats auxquels elle se voit confrontée. La jurisprudence de la Cour sur la GPA, qui est un sujet encore très controversé, représente un bel exemple de cette prudence de la Cour. En effet, « si la Cour européenne des droits de l’homme ne peut se désintéresser de la gestation pour autrui, force est de constater qu’elle tâche ostensiblement de ne pas prendre position sur le principe-même de la gestation pour autrui et sa possible prohibition »¹¹⁸.

Dans son interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour met en effet en œuvre un certain dynamisme interprétatif, mélange de hardiesse et de prudence, qui repose souvent sur le consensus européen : on parle d’interprétation consensuelle de la Convention. La Cour tient compte de la manière dont la majorité des États parties à la Convention considère une question. Si une majorité écrasante se prononce d’une même façon sur cette question, les juges européens considéreront que les États qui n’ont pas encore fait

¹¹³ Cour EDH, *Mennesson c. France* et *Labassée c. France*, préc.

¹¹⁴ Cour EDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc.

¹¹⁵ Cour EDH, *Mennesson c. France*, préc., § 63.

¹¹⁶ Nicolas HERVIEU, *op. cit.* note 24.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

cette « évolution » vont devoir s’y conformer. C’est donc en analysant l’évolution des législations de l’ensemble des États parties à la CEDH que la Cour en arrive à une conclusion.

Ce qui est marquant dans les arrêts de la Cour relatifs à la GPA, c’est la façon dont la Cour affiche ostensiblement la marge d’appréciation concédée aux États parties. La Cour de Strasbourg a toujours été prudente sur des enjeux aussi débattus tels que l’adoption¹¹⁹, la procréation médicalement assistée¹²⁰, l’avortement¹²¹, etc. Le raisonnement par la marge d’appréciation laissée aux États était fort prévisible en matière de GPA. Mais la Cour semble bien plus avoir tenté en l’espèce de déjouer *a priori* tout risque de déformation de sa solution qu’il ne faut pas interpréter comme imposant aux États la légalisation de la GPA ou encore comme consacrant un droit conventionnel à la GPA en tant que technique de procréation¹²².

Ce soin dans l’usage des termes de la Cour montre le refus de cette dernière de se prononcer sur le principe-même de la GPA. Par le biais de la marge d’appréciation laissée aux États, la Cour esquive la question pour ne se prononcer finalement que sur les conséquences de la prohibition¹²³. Très concrètement, la marge d’appréciation ainsi mise en avant par la Cour va permettre à la France de mieux accepter sa condamnation dans l’affaire.

Mais la liberté ainsi accordée aux États en matière de gestation pour autrui n’est pas illimitée.

Section 3 – L’atténuation de cette marge d’appréciation : le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l’homme

Une fois la Cour ayant proclamé l’existence de cette marge d’appréciation, elle vient aussitôt la limiter. La Cour le précise notamment dans l’arrêt *Mennesson c. France* : « *Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu’un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation. Il convient donc d’atténuer la marge d’appréciation dont disposait l’État défendeur en l’espèce* »¹²⁴. Elle poursuit son raisonnement en affirmant que « *les choix des États, même dans les limites de cette marge, n’échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d’examiner attentivement les arguments dont il a*

¹¹⁹ Cf. Cour EDH, g. ch., *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02

¹²⁰ Cf. Cour EDH, g. ch., *S.H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n° 57813/00

¹²¹ Cf. Cour EDH, g. ch., *A.B.C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n° 25579/05

¹²² Nicolas HERVIEU, *op. cit.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Cour EDH, *Mennesson c. France*, préc., § 80.

été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution »¹²⁵.

C'est ici que la Cour fait référence à la notion – absolument cruciale en la matière – de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, en vertu de l'article 3 § 1 de la Convention de New York¹²⁶, doit primer à chaque fois que la situation d'un enfant est en cause. Cette notion permet un certain rapprochement des législations européennes.

¹²⁵ *Idem*, § 81.

¹²⁶ Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant, signée à New York, le 20 novembre 1989, art. 3 § 1 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »

TITRE II – COUR EUROPÉENNE ET LÉGISLATIONS NATIONALES : **UNE TENDANCE COMMUNE VERS LA RECONNAISSANCE DE LA** **FILIATION DE L'ENFANT NÉ PAR GPA À L'ÉGARD DE SES PARENTS** **D'INTENTION**

Depuis quelques années, on observe dans l'opinion publique une évolution en faveur de la GPA, et, surtout, une tendance favorable à la reconnaissance de la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger à l'égard de leurs parents d'intention¹²⁷. En effet, même dans les pays qui autorisent et encadrent la pratique, les parents d'intention ont souvent recours à la GPA à l'étranger, là où le procédé est peut-être mieux encadré, voire même moins cher, ou encore là où les conditions d'accès à la maternité de substitution sont éventuellement moins strictes.

Cette évolution favorable aux enfants nés par GPA se remarque tout d'abord dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui met l'accent sur la réalité vécue en soulignant l'importance de la notion de « vie familiale effective », ainsi que sur l'intérêt supérieur de l'enfant – notion clé en matière de maternité de substitution (Chapitre 1).

Mais cette influence non négligeable de la part de la Cour peut également être observée au niveau national, dans les législations et dans la jurisprudence des États membres du Conseil de l'Europe (Chapitre 2).

¹²⁷ Cf. Laurence BRUNET, *op. cit.*

Chapitre 1 – La nécessaire prise en compte par la Cour européenne des droits de l’homme de la vie familiale effective et de l’intérêt supérieur de l’enfant

Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée c. France*, la Cour européenne des droits de l’homme a envisagé la question de la reconnaissance du lien de filiation entre l’enfant né par GPA à l’étranger et ses parents d’intention. Les requérants avaient avancé, d’abord, une violation du droit des parents d’intention au respect de la vie familiale, et, ensuite, une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée.

La Cour a donc été amenée à analyser les requêtes du point de vue des parents d’intention (Section 1), ainsi que du point de vue des enfants (Section 2).

Section 1 – Les droits des parents d’intention

Lors de l’analyse de la GPA du point de vue des parents d’intention, se pose d’abord la question d’un éventuel droit d’accéder à la gestation pour autrui (A). Une seconde question qui s’impose en la matière est celle de la violation ou non du droit au respect de la vie familiale du couple commanditaire (B).

A) Le droit d’accès à la GPA

« Ainsi la maîtrise de la biologie de la reproduction, l’individualisme et la revendication d’une liberté de satisfaire son désir à tout prix ont amené beaucoup de couples ou de célibataires à affirmer qu’ils avaient droit à l’enfant et que l’État, via la médecine, s’ils étaient infertiles, avait le devoir de le leur fournir »¹²⁸.

Bien qu’elle n’ait pas encore rendu d’arrêt portant spécifiquement sur le droit d’accéder à la pratique de la maternité de substitution, la Cour européenne des droits de l’homme a d’ores et déjà reconnu, dans son arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*¹²⁹, le « droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée »¹³⁰. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a fait prévaloir le projet parental sur l’intérêt de l’enfant en reconnaissant la possibilité d’une assistance médicale à la procréation pour un condamné à

¹²⁸ Pierre LÉVY-SOUSSAN, « L’instrumentalisation de l’intérêt de l’enfant contre l’enfant : Lois et construction psychique », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, p. 167.

¹²⁹ Cour EDH, g. ch., *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, req. n° 44362/04

¹³⁰ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 274.

une longue peine¹³¹. En l'espèce, les juges européens avaient estimé que le refus d'autoriser le requérant détenu et son épouse à recourir à l'insémination artificielle, alors que la mise en liberté du requérant était prévue à une date à laquelle le couple ne serait probablement plus en mesure d'avoir un enfant, constituait une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie privée et familiale. Cette décision fait peser une obligation positive sur l'État au titre de l'article 8 de la CEDH. Selon Nathalie Bettio, « *la parentalité n'est plus une question relevant des prérogatives de l'État mais d'un véritable droit individuel* »¹³².

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*¹³³ dans lequel la Cour a refusé de condamner le Royaume-Uni en considérant que la décision d'un père potentiel d'être ou de ne pas être parent génétique devait être respectée. Mais le droit de devenir parent n'est toutefois pas un droit absolu : des limites peuvent s'imposer pour autant qu'elles poursuivent un objectif légitime, et ce, de manière proportionnée, et qu'elles respectent la règle de non-discrimination. Par ailleurs, le choix de devenir parent génétique constitue un aspect important de l'existence ou de l'identité d'un individu et implique par conséquent une marge d'appréciation plus restreinte de l'État¹³⁴.

En 2011, dans l'arrêt *S. H. c. Autriche*¹³⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi pu considérer que l'interdiction de la fécondation *in vitro* hétérologue¹³⁶ n'excédait pas la marge d'appréciation laissée à l'État autrichien au regard du souci de protection de la dignité humaine, du bien-être des enfants et de la prévention des inconvénients et abus possibles¹³⁷.

Le fait que la Cour ait considéré conforme à la Convention l'interdiction de fécondations *in vitro* hétérologues pourrait *a fortiori* laisser penser que le refus d'ouvrir l'accès à la gestation pour autrui serait, lui aussi, acceptable. La portée de l'arrêt contre l'Autriche doit toutefois être nuancée, parce que l'interdiction litigieuse a été examinée par la Cour de Strasbourg au moment de sa validation par la Cour constitutionnelle autrichienne.

¹³¹ Nathalie BETTIO, « Le 'Droit à l'enfant' nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 1^{er} mars 2010, n° 2, p. 473.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Cour EDH, g. ch., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n° 6339/05

¹³⁴ Cour EDH, g. ch., *Dickson c. Royaume-Uni*, préc., § 78.

¹³⁵ Cour EDH, g. ch., *S. H. c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n° 57813/00

¹³⁶ La fécondation *in vitro* hétérologue est la fécondation *in vitro* pratiquée à l'aide des gamètes d'un tiers donneur.

¹³⁷ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 275.

Aux termes des arrêts *Evans c. Royaume-Uni*, *Dickson c. Royaume-Uni* et *S. H. c. Autriche*, la Cour européenne a donc consacré, sous la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'existence d'un droit de procréer. Si ces arrêts font de la garantie du droit à l'assistance médicale à la procréation une obligation positive de l'État, le régime de ce droit est encore inabouti et l'ampleur des abstentions et obligations susceptibles d'incomber aux États parties n'est pas encore tout à fait claire¹³⁸. En raison de l'absence de consensus européen en la matière, la Cour laisse aux États membres une large marge d'appréciation concernant l'agencement de ce droit avec l'ordre public.

B) Le droit au respect de la vie familiale des parents d'intention

Il convient, d'abord, d'examiner la définition de la notion de « vie familiale » selon la Cour européenne des droits de l'homme (1), et, ensuite, d'analyser la protection juridique de la vie familiale effective dans le contexte plus spécifique de la maternité de substitution (2).

1. La notion de vie familiale

En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 de la Convention présume l'existence d'une famille. Cela ressort de l'arrêt *Marckx c. Belgique*¹³⁹ rendu en 1979. Mais la Convention européenne des droits de l'homme ne définit pas ce que constitue une famille, et le juge européen parle d'ailleurs autant de « famille » que de « cellule familiale », de « liens familiaux » ou encore de « relations familiales ».

Selon la Cour, la notion de « vie familiale » comprend les relations familiales personnelles et patrimoniales et, notamment, les successions, les libéralités et les obligations alimentaires¹⁴⁰. Cette notion existe dans la jurisprudence de la Cour européenne sous le concept plus large de « vie privée et familiale », qui recouvre un ensemble de droits individuels liés à la famille¹⁴¹. Ce concept englobe, notamment, le droit de connaître ses origines¹⁴², le droit au nom¹⁴³ et au

¹³⁸ *Idem*, p. 280.

¹³⁹ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74

¹⁴⁰ Frédéric SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^{ème} édition mise à jour, PUF, 2015, p. 572.

¹⁴¹ Frédéric SUDRE, « La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, Bruylant, 2002, p. 11.

¹⁴² Cour EDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 10454/83

¹⁴³ Cour EDH, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, req. n° 16213/90, § 24 : « En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. »

prénom¹⁴⁴, le droit de vivre dans un environnement sain¹⁴⁵, le droit au logement¹⁴⁶, le droit à la santé¹⁴⁷, etc. Les notions de vie privée et de vie familiale sont toutefois des notions larges qui ne peuvent faire l'objet d'une définition exhaustive.

« Si la Cour entend protéger les liens familiaux établis, elle s'attache moins à l'existence formelle d'un lien juridique de filiation qu'à la possibilité de mener une vie familiale effective »¹⁴⁸. Pour la Cour, une vie familiale peut donc exister en dehors des liens juridiques de parenté, à partir du moment où elle est effective. Dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*¹⁴⁹, en 2007, la Cour a ainsi pu condamner les autorités luxembourgeoise qui refusaient de reconnaître l'adoption réalisée au Pérou par une Luxembourgeoise, en avançant l'existence de liens *de facto* entre l'enfant et sa mère adoptive.

En 2012, la Cour a considéré, dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France*¹⁵⁰, que n'était pas contraire au droit au respect de la vie familiale l'impossibilité pour une femme homosexuelle d'adopter l'enfant de sa partenaire conjugale, alors que cet enfant était né d'un projet parental commun des deux femmes et qu'il avait été élevé par elles depuis sa naissance. On peut en déduire que l'existence d'une relation familiale parentale – fût-elle effective et, *a fortiori*, digne de la protection de l'article 8 de la Convention – n'entraîne pas nécessairement l'obligation pour les États parties de permettre sa traduction dans un lien juridique de filiation adoptive¹⁵¹. La même conclusion peut être tirée de l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie*¹⁵². Dans cette affaire, la Cour avait considéré acceptable l'impossibilité pour un père biologique élevant seul ses trois enfants de contester la paternité présumée du mari de leur mère afin de pouvoir subséquemment établir sa propre filiation. Les juges européens ont retenu que la vie familiale de cette famille monoparentale n'avait à aucun moment été menacée en raison de l'impossibilité litigieuse, et que le requérant conservait la possibilité d'adopter ses enfants. Ainsi, dès lors que la relation n'est pas mise en péril, l'existence effective d'un lien parental

¹⁴⁴ Cour EDH, *Guillot c. France*, 24 octobre 1996, req. n° 15773/89

¹⁴⁵ Cour EDH, *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, req. n° 16798/90

¹⁴⁶ Cour EDH, *Velosa Barreto c. Portugal*, 21 novembre 1995, req. n° 18072/91

¹⁴⁷ Cour EDH, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, req. n° 21825/93 et n° 23414/94, JCP G, 1999, I, 105, obs. F. SUDRE.

¹⁴⁸ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.* note 13, p. 278.

¹⁴⁹ Cour EDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 76240/01

¹⁵⁰ Cour EDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n° 25951/07

¹⁵¹ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, pp. 278-279.

¹⁵² Cour EDH, *Chavdarov c. Bulgarie*, 21 décembre 2010, req. n° 3465/03

affectif et exclusif combinée à un lien biologique avec l'enfant n'est pas nécessairement appelée à se traduire dans un lien de filiation *stricto sensu*¹⁵³.

Mais cette jurisprudence selon laquelle la traduction d'une relation familiale effective dans un lien juridique de filiation n'était pas nécessairement essentielle a été quelque peu modifiée par l'arrêt *X. et autres c. Autriche*¹⁵⁴ en 2013. Dans cette affaire, la Cour a en effet souligné « l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait »¹⁵⁵ en se référant, entre autres, à l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*.

2. La protection juridique de la vie familiale effective dans le contexte de la maternité de substitution

Dans les affaires *Mennesson et Labassée c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'absence de violation du droit au respect de la vie familiale du couple commanditaire (a), alors que dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, les faits étaient tels que la Cour a dû conclure à une violation de ce même droit (b).

a) L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention dans les affaires françaises

Dans les arrêts *Mennesson et Labassée c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est posé la question d'une éventuelle violation du respect de la vie familiale des parents d'intention, en raison du refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance de leurs enfants sur les registres de l'état civil français. La Cour de cassation avait considéré qu'« en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel de droit français, de faire produire effet au regard de la filiation à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil »¹⁵⁶.

Après avoir rappelé la marge d'appréciation laissée aux États en matière de gestation pour autrui, elle a estimé que le droit au respect de la vie familiale des parents d'intention n'avait

¹⁵³ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁴ Cour EDH, g. ch., *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n° 19010/07

¹⁵⁵ *Idem*, § 145.

¹⁵⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, bull. civ. I. n° 70 à 72.

pas été violé. L'existence d'une vie familiale entre les requérants n'est pas mise en doute par la Cour qui souligne qu' « *il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la 'vie familiale' dans son acception habituelle* »¹⁵⁷.

La Cour constate également que « *le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation [entre les parents d'intention et leurs enfants] affecte nécessairement leur vie familiale* »¹⁵⁸, parce qu'il contraint les requérants de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée, à chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite une preuve de la filiation et parce que, partant, les requérants se trouveront parfois confrontés à l'incompréhension, voire même à la suspicion, des autorités auxquelles ils s'adressent. Mais les juges européens soulignent que « *quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers et les troisième et quatrième d'entre eux* »¹⁵⁹. La Cour considère à ce titre que les obstacles auxquels les requérants ont été réellement confrontés n'ont pas été insurmontables : ils ont pu s'établir en France avec leurs enfants et ils y vivent dans des conditions comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles. En outre, il n'y a, selon la Cour, aucune raison de penser que leur vie familiale soit menacée par les autorités qui décideraient de les séparer. Elle a ainsi estimé qu'en ce qui concerne le droit au respect de la vie familiale des parents d'intention en l'espèce, la Cour de cassation avait ménagé un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État.

b) La violation du droit au respect de la vie familiale des requérants dans l'affaire italienne

La conclusion de la Cour de Strasbourg n'a pas été la même dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*¹⁶⁰. Les juges ont en effet conclu à la violation du droit au respect de la vie

¹⁵⁷ Cour EDH, *Mennesson c. France*, préc., § 45.

¹⁵⁸ *Idem*, § 87.

¹⁵⁹ *Idem*, § 92.

¹⁶⁰ Cour EDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, req. n° 25358/12

familiale des parents d'intention. Les faits de l'espèce – qui ne laissent guère indifférent – étaient les suivants : ayant procédé sans succès à plusieurs fécondations *in vitro*, le couple italien avait eu recours à une convention de gestation pour autrui en Russie. L'enfant fut déclaré à l'état civil russe comme né des parents commanditaires. Le consulat d'Italie à Moscou informa un tribunal italien pour mineurs, et les époux italiens furent mis en examen devant une juridiction pénale italienne pour altération de l'état civil de l'enfant. Il s'est avéré que, contrairement à ce qui était indiqué sur les documents russes, l'enfant n'avait aucun lien génétique avec le couple. Le tribunal pour mineurs priva les époux de tous droits parentaux : l'enfant fut retiré à ses parents d'intention, et le tribunal lui attribua un nouveau nom. Les époux furent déboutés de leur demande de transcription de l'acte de naissance russe sur les registres italiens et de leur opposition à l'adoption de l'enfant par des tiers.

Après avoir épuisé les voies de recours internes, le couple saisit la Cour européenne des droits de l'homme : les parents d'intention invoquaient une violation de leur droit au respect de leur vie familiale. La Cour leur donna raison et conclut à la violation de l'article 8 dans son volet « vie familiale » : l'effectivité du droit à la vie familiale des requérants ne saurait tolérer une séparation entre un enfant et ses parents réels ou supposés, sauf dans des circonstances exceptionnelles¹⁶¹. La Cour a toutefois souligné, et cela se comprend, que l'effectivité du droit à la vie familiale ne va pas pour autant jusqu'à imposer à l'État de reconnaître une filiation qui serait contraire à la réalité biologique : une restitution de l'enfant aux parents d'intention reviendrait à briser une nouvelle fois les liens affectifs que l'enfant a développés avec sa famille adoptive.

Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg a eu recours à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour constater la violation du droit au respect de la vie familiale des requérants. Elle avait ainsi estimé que « *l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial* »¹⁶². La marge d'appréciation laissée aux États en la matière doit donc être relativisée : dans l'affaire *Mennesson*, les requérants avaient en effet considéré qu'« *existe en Europe une tendance favorable, à tout le*

¹⁶¹ *Idem*, § 80 : « En effet, l'éloignement de l'enfant du contexte familial est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci. »

¹⁶² Cour EDH, *Pontes c. Portugal*, 10 avril 2012, req. n° 19554/09, § 79.

moins, à la prise en compte des situations telles que les leurs »¹⁶³. Ils soulignaient ainsi la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, qui a pour effet de restreindre la marge d'appréciation des États.

Une autre affaire¹⁶⁴, avec des faits similaires, s'avère intéressante : il s'agissait d'un couple belge qui avait conclu une convention de mère porteuse en Ukraine. Les autorités belges avaient refusé de délivrer au couple les papiers nécessaires pour l'arrivée de l'enfant en Belgique, et les parents ont finalement dû rentrer sans leur enfant. Les requérants se plaignaient du refus des autorités belges d'autoriser l'arrivée de leur enfant sur le territoire national et alléguaient que la séparation entre eux et l'enfant - du fait du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage - avait rompu les relations entre le nourrisson et ses parents, ce qui était, selon eux, contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de leur vie familiale. Mais en raison de nouveaux faits survenus depuis l'introduction de la requête, à savoir la délivrance par les autorités d'un document permettant à l'enfant de venir s'installer en Belgique avec ses parents, le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage à l'enfant fut rayé du rôle. En ce qui concerne la séparation entre l'enfant et ses parents, la Cour a considéré que la période durant laquelle la famille était séparée n'était pas déraisonnablement longue, car « *la Convention ne saurait obliger les États à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques* »¹⁶⁵. Il convient toutefois de noter que la séparation entre l'enfant et ses parents d'intention n'était en l'espèce en rien comparable à la séparation permanente de la famille dans l'affaire *Paradiso et Campanelli* : le couple belge faisait régulièrement l'aller-retour pour aller s'occuper de l'enfant en Ukraine en attendant d'obtenir des papiers de voyage.

Section 2 – Les droits des enfants nés de GPA

L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion assez large et floue qu'il est difficile de définir, mais à laquelle la Cour a régulièrement recours (A). Par ailleurs, la Cour européenne des droits

¹⁶³ Cour EDH, *Mennesson c. France*, préc., § 63.

¹⁶⁴ Cour EDH, *D. et autres c. Belgique*, 8 juillet 2014, req. n° 29176/13.

¹⁶⁵ Cour EDH, Communiqué de presse du Greffier de la Cour, *En procédant à des vérifications avant d'autoriser l'entrée en Belgique d'un enfant né d'une mère porteuse en Ukraine, les autorités belges n'ont pas enfreint la Convention*, 11 septembre 2014.

de l'homme a dû s'interroger sur une éventuelle violation du droit des enfants, nés de GPA à l'étranger, au respect de leur vie privée (B).

A) La prise en considération par la Cour de l'intérêt supérieur de l'enfant

« Le respect par la société de l'intérêt supérieur de l'enfant est une idée essentielle, inhérente à toutes les cultures. Les enfants ne symbolisent-ils pas la pérennité de la famille, du groupe, de la nation, voire de l'humanité ? »¹⁶⁶

Quelles que soient les prérogatives reconnues ou à reconnaître aux parents, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme commandent la prise en considération prépondérante de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20 novembre 1989 prévoit, en effet, que *« dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*.

Or, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est l'une des plus ambiguës, d'abord, parce qu'elle n'est pas clairement définie (1), et, ensuite, parce qu'elle doit être appréhendée différemment selon que l'on se place avant ou après la réalisation du projet parental (2).

1. L'absence de définition juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant

La Convention de New York relative aux droits des enfants impose aux États de prendre en compte, et ce, de manière prépondérante, l'intérêt supérieur de l'enfant, mais elle ne définit pas cette notion. Pour le doyen Jean Carbonnier, *« c'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt d'autrui ! L'enfance est noble, plastique, et n'a du reste de signification que comme préparation à l'âge adulte : de ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudo-science autoriserait le juge de prophétiser ? »¹⁶⁷*

¹⁶⁶ « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Conférence de M. Thomas HAMMARBERG, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Varsovie, mis en ligne le 30 mai 2008, consulté le 28 avril 2016, [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1313889&Site=&direct=true>].

¹⁶⁷ Jean CARBONNIER, 1960, Dalloz périodique, p. 675.

À défaut de contours clairs et de consensus autour du contenu de la notion, elle demeure largement entendue comme la prise en compte du point de vue de l'enfant dans toutes les décisions qui peuvent le concerner. Selon Jean Zermatten, Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU, la notion d'intérêt supérieur « est une règle d'examen [...] qui a deux rôles 'classiques', celui de contrôler et celui de trouver des solutions ». Zermatten a également proposé une définition de la notion : « L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt, à long terme, sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence »¹⁶⁸.

Il n'en reste pas moins que la notion ne fait l'objet d'aucune définition juridique concrète, et qu'elle peut, partant, être difficile à appréhender – et ce, alors qu'il s'agit pourtant d'une notion souvent invoquée pour justifier toutes les pratiques¹⁶⁹.

2. L'intérêt de l'enfant – une notion susceptible d'être appréhendée de deux façons différentes

L'intérêt supérieur de l'enfant doit, par ailleurs, nécessairement être appréhendé différemment selon que l'on se situe *avant* la réalisation du projet parental ou *après* sa mise en œuvre effective¹⁷⁰.

En effet, lorsqu'il n'existe encore qu'un simple désir d'enfant au sein du couple infertile, l'intérêt de l'enfant peut être invoqué comme frein à l'admission de la maternité pour autrui. À ce stade, une réflexion abstraite sur la question est encore possible, et elle peut amener à penser que le désir d'enfant se heurte à la volonté de ne pas admettre et organiser la naissance d'enfants dans des configurations inhabituelles présentant le cas échéant un caractère financier et brouillant parfois définitivement les circonstances de la conception et de la naissance de l'enfant et l'identité de la mère porteuse¹⁷¹.

¹⁶⁸ Jean ZERMATTEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant », 2005, consulté le 28 avril 2016, cf. p. 28, [http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf].

¹⁶⁹ Pierre LÉVY-SOUSSAN, *op. cit.* note 125, p. 166.

¹⁷⁰ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷¹ *Ibid.*

Par contre, une fois que le projet procréatif a abouti et qu'un enfant est né d'une convention de maternité de substitution, fût-ce frauduleusement ou bien à l'étranger, l'intérêt concret de l'enfant impose plutôt aux États de permettre l'intégration de cet enfant dans sa famille, c'est-à-dire son intégration auprès de ceux qui peuvent se prévaloir de l'effectivité d'une relation affective avec lui¹⁷². Appréhendé sous cet angle, l'intérêt de l'enfant semble imposer aux États de consacrer les liens familiaux *de facto*, nonobstant les éventuelles fraudes et les éventuels détournements dont se seraient rendus coupables les parents d'intention.

Dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, l'intérêt supérieur de l'enfant avait ainsi permis de constater la violation du droit au respect de la vie familiale des requérants, du fait de l'éloignement, par les autorités italiennes, de leur enfant. La Cour souligne que, pour déterminer si les dispositions législatives, telles qu'elles ont été appliquées, ont ménagé un juste équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés en cause, les juges doivent avoir égard au « *principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation de l'enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer* »¹⁷³. L'obligation de prendre en compte l'intérêt de l'enfant incombe aux États parties, indépendamment de la nature du lien parental en cause. Or, l'éloignement de l'enfant de sa famille est une mesure extrême à laquelle les autorités ne devraient avoir recours qu'en tout dernier ressort : on retrouve dans la jurisprudence constante de la Cour relative aux relations parents-enfants l'idée selon laquelle « *pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale* »¹⁷⁴. Une telle mesure n'est justifiée que lorsqu'elle répond à un danger immédiat, ce qui, en l'espèce, n'était pas le cas.

B) Le droit des enfants au respect de leur vie privée

Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée c. France*, après avoir conclu à la non-violation du droit des parents au respect de leur vie familiale, la Cour s'est penchée sur la question du droit des enfants au respect de leur vie privée. Dans le contexte de la GPA, la question du droit à la vie privée des enfants se pose, parce que, comme leur filiation suscite des problèmes du fait du refus des autorités françaises de reconnaître leurs actes de naissance, un élément essentiel

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Cour EDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc., § 75.

¹⁷⁴ Cour EDH, *Kutzner c. Allemagne*, 26 février 2002, req. n° 46544/99, § 58.

de leur identité est directement en cause. La Cour le souligne dans sa jurisprudence, et conclut que cela a pour effet d'atténuer la marge d'appréciation laissée aux États en la matière¹⁷⁵.

Les juges européens commencent par rappeler les implications du respect de la vie privée : ce dernier exige, en effet, que chaque personne puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation, aspect essentiel de cette identité¹⁷⁶. Dans les deux affaires toutefois, la Cour remarque une contradiction qui place les enfants dans une « *situation d'incertitude juridique* »¹⁷⁷ et porte atteinte, selon la Cour, « à leur identité au sein de la société française »¹⁷⁸ : l'État français, sans ignorer que les enfants sont identifiés comme étant les enfants du couple commanditaire, leur refuse cette qualité.

La Cour de cassation française, dans ses arrêts de 2011¹⁷⁹, avait pris le soin de préciser que le refus de la transcription des actes de naissance américains « *ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec [les parents d'intention] en France* » et que, par conséquent, ni l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant n'avaient été violés.

Mais le problème du refus de transcrire les actes de naissance ne se limite pas uniquement à la filiation. En effet, l'absence de transcription se répercute nécessairement dans d'autres domaines, et, en particulier, sur le droit d'acquérir la nationalité de leurs parents. Bien que l'article 8 ne garantisse pas ce droit, la nationalité n'en est pas moins un élément important de l'identité d'une personne. L'arrêt *Genovese c. Malte*¹⁸⁰ de la Cour va d'ailleurs dans ce sens.

Dans les deux affaires françaises, le père d'intention - qui était également le père biologique des enfants - était français, et pourtant ses enfants se trouvaient confrontés à une inquiétante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française.

En outre, le refus de transcrire les actes de naissance affecte nécessairement aussi les droits successoraux des enfants par rapport à leurs parents d'intention : les enfants ne pourront hériter que s'ils auront été institués légataires, et les droits successoraux seront par

¹⁷⁵ Cour EDH, *Mennesson c. France*, préc., § 80.

¹⁷⁶ *Idem*, § 96.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, préc.

¹⁸⁰ Cour EDH, *Genovese c. Malte*, 11 octobre 2011, req. n° 53124/09, § 33.

conséquent calculés comme s'ils étaient des tiers. Cela place les enfants dans une situation nettement moins favorable. Une fois encore, cela choque d'autant plus que le père d'intention des enfants, dans les deux cas, était également leur père génétique.

En raison de la marge d'appréciation laissée aux États parties à la Convention en la matière, la Cour conçoit parfaitement qu'un État interdisant la maternité de substitution puisse tenter de décourager ses ressortissants de recourir à la technique à l'étranger. Mais la non reconnaissance du lien de filiation en France n'est selon la Cour pas la bonne solution pour ce faire : cette « sanction » ne déploie ses effets pas uniquement à l'égard des parents, mais touche beaucoup plus directement les enfants, alors que ce ne sont pas ces derniers qui ont choisi les modalités litigieuses de leur conception. On retrouve dans ce raisonnement un peu l'idée qui ressort de l'arrêt *Mazurek c. France*¹⁸¹ en 2000, selon laquelle les enfants ne sont pas censés subir les conséquences de la situation (en l'espèce matrimoniale) de leurs parents.

La Cour de Strasbourg se montre très protectrice des droits de l'enfant en la matière, et considère que leur vie privée est directement impactée par la décision des autorités de ne pas reconnaître leur filiation. La Cour souligne d'ailleurs qu'à ces yeux, accepter une telle situation engendrerait une grave incompatibilité avec l'exigence de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant : « *on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* »¹⁸².

La Cour condamne donc l'État français qui est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation et qui a méconnu le droit au respect de la vie privée des enfants en question. Mais cette condamnation est loin de régler toutes les questions et en génère même de nouvelles : si la Cour condamne la France en raison de la non reconnaissance du lien de filiation à l'égard du père d'intention qui est également le père biologique, qu'en est-il dans la situation où la mère d'intention est également la mère biologique ? La question ne s'est pas encore posée à la Cour, mais l'hypothèse n'est pourtant pas tellement farfelue. Appliqué à cette hypothèse, le raisonnement de la Cour dans les affaires *Menesson* et *Labassée* conduirait à considérer que le lien de filiation à l'égard de la mère devrait être reconnu. Mais cela reviendrait à remettre en question le principe « *mater semper certa est* » qui est reconnu

¹⁸¹ Cour EDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, req. n° 34406/97

¹⁸² Cour EDH, *Menesson c. France*, préc., § 100.

partout en Europe, sauf à édicter une nouvelle présomption de maternité au profit de la mère d'intention comme en Grèce.

L'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant, de son droit à la vie privée et de la reconnaissance de la vie familiale effective dans la jurisprudence de la Cour a forcément affecté les législations et jurisprudences nationales, et certaines tendances, allant dans le sens de davantage de reconnaissance pour les « familles GPA », peuvent être observées.

Chapitre 2 – Les différentes tendances nationales inspirées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme s’imposent aux États, même à ceux qui ne sont pas parties au litige en question. Bien que l’article 46 (1) de la Convention prévoie uniquement que « *les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquelles elles sont parties* » et ne précise rien sur l’autorité interprétative de la Convention, éviter un retour perpétuel des mêmes affaires devant la Cour implique que l’interprétation de la Convention par la Cour soit suivie par tous les États parties.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme a donc des conséquences directes sur les législations et jurisprudences internes qui devront se conformer à la décision de la Cour (Section 1). Mais, même en dehors de l’influence de la Cour européenne, et bien qu’on soit encore loin d’une légalisation globale du phénomène de la maternité de substitution, on peut déjà remarquer les prémises d’une tendance générale au sein des différents pays européens allant dans le sens de davantage d’empathie pour les parents d’intention (Section 2).

Section 1 – Les conséquences directes dans les ordres juridiques internes des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l’homme en matière de maternité de substitution

La conséquence directe de la condamnation par la France dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* en 2014 est, selon Christophe Blanchard, la suivante : « *La France ne peut donc plus, en vertu de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, se refuser à faire produire dans son ordre juridique les effets d’une situation légalement constituée à l’étranger* »¹⁸³.

Cette conséquence se répercute sur les législations des autres États membres du Conseil de l’Europe s’ils veulent éviter de se voir condamner à leur tour. Dans les États qui prohibent la GPA, tels que l’Allemagne ou encore l’Italie, la jurisprudence au sujet des conséquences de GPA réalisées à l’étranger était très stricte avant les arrêts de la Cour de Strasbourg et refusait,

¹⁸³ Christophe BLANCHARD, « La répression pénale en matière de PMA et de GPA », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, p. 401.

en se fondant notamment sur l'ordre public international ou encore sur la fraude, la transcription des actes de naissance établis à l'étranger à l'issue de processus de GPA. Ces pays devront nécessairement adapter leur législation et leur jurisprudence aux arrêts de la Cour, et la transcription, à tout le moins, du lien de filiation à l'égard du père biologique, devra être effectuée.

En France, la jurisprudence s'est rapidement adaptée. Le 3 juillet 2015¹⁸⁴, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a permis la transcription de l'acte de naissance étranger, à la condition que l'acte public étranger ait force probante au regard de l'article 47 du Code civil. L'acte étranger doit donc être conforme à la réalité. Ces arrêts ne consacrent toutefois pas pour autant un principe de reconnaissance du lien de filiation issue d'une GPA. Il s'agissait en l'espèce de conventions de mère porteuse conclues en Russie. Sur les actes de naissance en cause, le père d'intention, qui était également le père biologique des enfants, était indiqué en tant que père, et la mère porteuse était indiquée en tant que mère, conformément à l'adage « *mater semper certa est* ». Ces actes de naissance, qui relataient donc bien la réalité des faits, ont pu être transcrits sur les registres de l'état civil. Il faut toutefois souligner que la solution retenue par la Cour ne convient qu'à cette hypothèse particulière. Dans deux affaires examinées par la Cour d'appel de Rennes en septembre 2015¹⁸⁵, suite à une GPA réalisée en Inde, l'acte de naissance dressé au Consulat de France indiquait les parents d'intention en qualité de parents de l'enfant. Le Ministère public a fait annuler cet acte de naissance, parce que, justement, il ne correspondait pas à la réalité.

Certains ont considéré qu'en juillet 2015, la Cour de cassation avait mis en œuvre un raisonnement quelque peu instrumentaire en considérant que, puisque l'acte est conforme à la réalité, il peut être transcrit. Avant les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, la Cour de cassation appliquait à la même hypothèse le raisonnement de la fraude pour refuser la transcription de l'acte de naissance alors que celui-ci indiquait le père biologique et la mère porteuse en qualité de parents¹⁸⁶.

Dans les pays qui ne réglementent pas du tout la question de la gestation pour autrui, les arrêts de 2014 pourraient conduire à ce que le législateur s'y intéresse de plus près. Au

¹⁸⁴ Cass. AP, 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

¹⁸⁵ CA Rennes, ch. 6 A, 28 septembre 2015, n° 491, 14/05537 et n° 492, 14/07321.

¹⁸⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, D. 2013. 2382, obs. I. GALLMEISTER.

Luxembourg, l’*Ombuds-Comité fir d’Rechter vum Kand*¹⁸⁷ a émis un avis¹⁸⁸ en début de l’année 2015 selon lequel « *il n’est pas acceptable qu’un État puisse refuser de protéger un enfant en fonction de son mode de conception* ». Cet avis, qui rejoint les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, a appelé le législateur à combler le vide juridique en ce qui concerne la maternité de substitution : « *Le législateur ne peut pas faire abstraction du fait que les enfants issus de la gestation pour autrui existent et qu’ils ont comme tout enfant droit à une sécurité juridique* ». Jusqu’à présent, rien n’a encore abouti, et la question est souvent laissée à l’appréciation des juges qui transcrivent ou non le lien de filiation entre le père biologique et son enfant¹⁸⁹. Cela dit, un projet de loi¹⁹⁰, qui envisage d’interdire formellement la GPA, est actuellement en cours d’examen.

Bon nombre d’États projettent ainsi actuellement de légiférer sur la question de la gestation pour autrui. Ces projets de lois vont, pour la plupart, dans un sens plutôt favorable à la reconnaissance des familles ainsi créées, compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant qui n’est en rien responsable de la manière dont il a été conçu.

Section 2 – Les tendances nationales rejoignant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme

Dans pratiquement tous les pays membres du Conseil de l’Europe, on observe un mouvement qui va dans le même sens que les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en favorisant la reconnaissance de la vie familiale effective et la prise en compte prépondérante de l’intérêt supérieur de l’enfant. Ces tendances nationales existaient pour la plupart déjà avant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : cela montre que les arrêts des juges européens, même s’ils ont pu choquer certains opposants de la maternité pour autrui qui les ont interprétés comme franchissant un pas important vers la légalisation de la pratique, ne sortaient pas de nulle part.

¹⁸⁷ Ombuds-Comité fir d’Rechter vum Kand (ORK) : Ombuds-Comité pour les Droits de l’Enfant.

¹⁸⁸ Avis de l’ORK concernant le projet de loi 6568 portant réforme du droit de filiation, consulté le 30 avril 2016, [http://ork.lu/files/AvisORK/2015_AvisORK2015GestationPourAutruiRechercheOrigines.pdf].

¹⁸⁹ Marion CHEVRIER, « Protéger les enfants nés de mères porteuses », *L’essentiel* [En ligne], mis en ligne le 23 février 2015, consulté le 30 avril 2016, [<http://www.lessentiel.lu/fr/news/luxembourg/story/11072905>].

¹⁹⁰ Projet de loi 6568 portant réforme du droit de filiation

On observe ces mouvements nationaux dans les pays qui autorisent et encadrent la gestation pour autrui (A), mais aussi dans les pays qui n'ont pas légiféré en la matière (B) ainsi que – de manière plus étonnante encore – dans les pays où la pratique est expressément prohibée (C).

A) La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les pays autorisant la maternité de substitution

Lorsqu'on compare les législations qui autorisent la gestation pour autrui, c'est-à-dire les législations anglaise, grecque, néerlandaise et ukrainienne, on peut se demander si la législation du Royaume-Uni ne représente pas peut-être le meilleur compromis entre les différents droits en question – ceux de la mère porteuse, ceux des parents d'intention et, surtout, ceux de l'enfant. Ainsi, « *le pragmatisme du juge anglais, sa prudence et sa capacité à analyser les faits pour en extraire la solution la plus juste doivent pouvoir servir d'exemples à ceux de plus en plus nombreux pour lesquels l'avenir dans ce domaine réside dans la « régulation » - plutôt que dans la « légalisation » - des contrats de mères par substitution* »¹⁹¹.

Les juges anglais analysent les situations au cas par cas, pour en tirer, à chaque fois, la meilleure solution, tout en prenant en compte, de manière primordiale, l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 1^{er} du *Children Act 1989* : en cas de conflit entre la mère porteuse et les parents d'intention, le juge décidera tantôt d'attribuer l'autorité parentale à la mère porteuse, tantôt de l'attribuer aux parents d'intention, selon les circonstances de l'espèce. En principe, la convention de maternité de substitution ne peut faire l'objet d'une exécution forcée¹⁹², mais il est déjà arrivé qu'en cas de dol de la part de la mère porteuse, l'enfant soit confié aux parents d'intention, malgré la volonté de la mère porteuse de garder l'enfant. La prise en compte par les juges de l'intérêt supérieur de l'enfant qui règne en principe souverain dans le droit de la filiation anglais vient donc tempérer les rigueurs de la loi quant à l'attribution de la parenté en matière de maternité de substitution¹⁹³.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant justifie également que le juge anglais passe outre les difficultés juridiques qui peuvent surgir dans le cas d'un enfant né à l'issue d'une gestation

¹⁹¹ Eva STEINER, « Angleterre, Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Françoise MONÉGER (dir.), Société de législation comparée, p. 44.

¹⁹² Cf. p. ex. : « Surrogate mother who changed her mind is allowed to keep baby », article mis en ligne le 22 janvier 2011, consulté le 1^{er} mai 2016, [<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1349487/Surrogate-mother-changed-mind-allowed-baby.html>].

¹⁹³ Eva STEINER, *op. cit.* note 187, p. 45.

pour autrui conclue à l'étranger. Il en a été ainsi dans l'affaire très médiatisée, *X & Y (Foreign Surrogacy)*¹⁹⁴ : un couple anglais s'était rendu en Ukraine et y avait conclu une convention de maternité de substitution. La mère porteuse ukrainienne accoucha de jumeaux à la suite d'un don d'ovocytes fécondés par le sperme du père d'intention. Dans l'attente de la décision du juge, les enfants furent pris en charge par les services sociaux. Selon le droit anglais, la mère porteuse, bien qu'elle n'eût pas de lien biologique avec les enfants, était leur mère, et son mari, puisqu'il ne s'était pas opposé à la GPA, était leur père. Mais selon le droit ukrainien, les enfants n'avaient pas de lien juridique avec les époux ukrainiens. Ainsi, en raison d'une sorte de « conflit négatif », la filiation des enfants ne pouvait être établie en droit¹⁹⁵. Prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge anglais décida de prononcer un *parental order* en faveur du couple commanditaire sur le fondement de l'article 30 du HFEA 1990 alors en vigueur¹⁹⁶. Il convient toutefois de souligner que le juge a dû admettre que la difficulté à concilier l'interdiction de la commercialisation de la GPA en Angleterre et l'intérêt de l'enfant le mettait dans une situation « très inconfortable »¹⁹⁷. En effet, dans les situations où la gestation pour autrui est réalisée à l'étranger, les juges anglais sont souvent contraints, par considération pour l'intérêt supérieur de l'enfant, de valider des montants qui excèdent les « frais raisonnables » prévus par la loi anglaise.

D'un côté, si l'intérêt supérieur de l'enfant est un facteur primordial dans le domaine de la maternité de substitution, il n'en reste pas moins que les juges, certes bien intentionnés, vont parfois jusqu'à malmener quelque peu les règles de droit relatives à la filiation, et la casuistique dans le domaine crée une insécurité juridique non négligeable. De l'autre côté, une application trop stricte de la loi ne permet pas de s'adapter au domaine de la maternité de substitution – domaine qui s'internationalise et se diversifie, et dans lequel les trafics et abus risquent d'être de plus en plus fréquents à l'avenir¹⁹⁸.

L'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle important dans les pays dotés d'une réglementation de la gestation pour autrui, mais il est aussi appliqué par les juges, afin de

¹⁹⁴ *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam.).

¹⁹⁵ Eva STEINER, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹⁶ Aujourd'hui, il s'agit de l'art. 54 HFEA 2008.

¹⁹⁷ Eva STEINER, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 46.

permettre la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention, dans les pays qui ne disposent pas de législation spécifique sur la question.

B) La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges des pays ne disposant pas d'une législation en matière de gestation pour autrui

Une tendance favorable à la reconnaissance des familles constituées *de facto* à la suite d'un processus de maternité de substitution se fait jour dans les États européens dont la législation ne prévoit rien sur la question de la GPA.

En Belgique et aux Pays-Bas, les juges ont ainsi pu se montrer très soucieux de l'intérêt de l'enfant et n'ont pas hésité, à maintes reprises, à moduler la législation existante dans le but de pouvoir rattacher l'enfant à ses parents d'intention. D'après l'étude de droit comparé menée par le Parlement européen¹⁹⁹, la plupart des décisions des juges belges ont abouti à l'établissement de la filiation entre l'enfant et son père d'intention (le plus souvent par simple reconnaissance de paternité) ainsi qu'entre l'enfant et sa mère d'intention (par la voie de l'adoption). Aux Pays-Bas, où la procédure de rattachement de l'enfant au couple commanditaire est lourde en ce qu'elle requiert l'intervention d'un Conseil de protection de l'enfance²⁰⁰ pour d'abord retirer l'autorité parentale aux parents de naissance avant qu'une adoption par les nouveaux parents de l'enfant ne puisse être prononcée, la plupart des décisions parviennent au même résultat²⁰¹.

Cette bienveillance des juges belges et néerlandais à l'égard des parents d'intention se découvre également dans les situations où le couple commanditaire a eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger et demande, à son retour dans son pays d'origine, la reconnaissance des actes de naissance délivrés à l'étranger. En Belgique, là encore, la plupart des décisions aboutissent à la régulation du lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention²⁰². Mais, la procédure est plus complexe pour l'établissement du lien de filiation maternelle : en effet, tandis que la paternité biologique découle directement de la validation

¹⁹⁹ Parlement européen, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, étude menée sous la direction de Laurence Brunet, mai 2013,

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403_EN.pdf] (consulté le 1^{er} mai 2016).

²⁰⁰ *Raad vor de Kinderbescherming*

²⁰¹ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 27.

²⁰² *Idem*, p. 28.

du lien de filiation établi par l'acte de naissance étranger, la mention de la mère d'intention dans l'acte de naissance se heurte au principe d'ordre public belge selon lequel la mère est celle qui a accouché (conformément à l'adage « *mater semper certa est* »). Pour pouvoir établir la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention (ou pour créer un second lien de filiation paternelle dans l'hypothèse d'un couple formé de deux hommes), une procédure d'adoption s'avère nécessaire. L'intérêt de l'enfant sera avancé au soutien de cette adoption.

Parmi les États qui n'ont pas de législation spécifique en matière de maternité de substitution, certains font preuve d'encore plus de sollicitude à l'égard des parents d'intention, en permettant un établissement facilité de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention, c'est-à-dire sans que le recours à l'adoption ne soit nécessaire. La Cour d'appel de Bucarest a ainsi considéré en 2010²⁰³ que la mère d'intention qui était aussi la mère génétique de l'enfant devait pouvoir être mentionnée en qualité de mère légale dans l'acte de naissance de l'enfant, même si l'enfant était né d'une mère porteuse²⁰⁴.

Le cas de l'Autriche est également intéressant sur ce point. Alors que la législation interdit le don d'ovocytes, deux décisions de la Cour constitutionnelle²⁰⁵ du pays ont indirectement donné effet à une convention de maternité de substitution conclue à l'étranger. Les juges autrichiens considèrent dans les deux affaires que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait que soit validé l'acte de naissance étranger qui établit la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents d'intention. Dans la seconde des deux affaires, la Cour motiva sa décision en faisant expressément référence au droit au respect de la vie familiale découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En Autriche, les parents d'intention doivent par conséquent tous deux être directement reconnus en qualité de parents légaux de l'enfant, sans qu'aucune procédure supplémentaire ne soit nécessaire²⁰⁶.

C) Le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention dans les pays qui prohibent la gestation pour autrui

De manière encore plus surprenante, même les juges des États où la maternité de substitution

²⁰³ CA Bucarest, décision 1309 A/2010, cf. Parlement européen, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, préc., p. 87.

²⁰⁴ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁵ *Verfassungsgerichtshof*, 14 décembre 2011 et 11 octobre 2012

²⁰⁶ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

est formellement interdite par la loi cherchent à favoriser le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention.

Les juges allemands sont à l'origine d'une situation jurisprudentielle imprévisible²⁰⁷. D'un côté, ils condamnent la gestation pour autrui, et, de l'autre, certains d'entre eux suggèrent toutefois aux parents d'intention de procéder à une adoption pour consolider leurs liens avec leurs enfants²⁰⁸. Ainsi, dans une décision du 26 novembre 2009, le tribunal administratif de Berlin a rejeté la demande d'obtention de passeports introduite par des parents d'intention pour leurs enfants, mais a en même temps souligné que « *les parents biologiques, qui ont contourné les impératifs de la loi relative à la protection des embryons et de la loi relative à la médiation en matière d'adoption, doivent – selon la Cour – tenter d'obtenir, le cas échéant, la garde de leurs enfants par le biais d'une procédure d'adoption ou encore d'une procédure de reconnaissance de paternité* »²⁰⁹. En 2009²¹⁰ et 2012²¹¹ déjà, certains juges ont même reconnu un effet partiel à l'acte de naissance étranger en ce qui concerne la filiation paternelle, et ont suggéré l'adoption pour établir un lien avec le second parent (et, notamment, le partenaire de même sexe du père légal).

Il faut toutefois souligner que toutes les juridictions allemandes ne font pas état de la même sévérité ou de la même bienveillance à l'égard des parents d'intention qui ont conclu une convention de maternité de substitution à l'étranger²¹². La situation juridique en Allemagne par rapport aux couples commanditaires est donc variable selon les circonstances de l'espèce et selon les juges. Certains auteurs ont pu considérer qu'en raison des arrêts rendus par la

²⁰⁷ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁸ TA Berlin, 26 novembre 2009 ou TA Berlin, 5 juillet 2012.

²⁰⁹ Tribunal administratif de Berlin, 26 novembre 2009: « *Die biologischen Eltern, die die hiesigen Bestimmungen des Embryonenschutz- und des Adoptionsvermittlungsgesetzes bewusst umgangen haben, müssen – nach Auffassung des Gerichts – gegebenenfalls in einem Adoptions- oder Vaterschaftsanerkennungsverfahren versuchen, Umgang mit ihren „Bestellkindern“ zu erlangen.* » Cf. résumés de plusieurs jugements en matière de GPA rendus en Allemagne, site consulté le 2 mai 2016, [<http://leihmutterchaft-in-russland.de/index.php/deutsches-recht/135-rechtsprechung-zur-elternschaft-der-wunscheltern-bei-leihmutterchaft>].

²¹⁰ Tribunal cantonal de Nürnberg, 14 décembre 2009

²¹¹ Tribunal régional de Düsseldorf, 15 mars 2012

²¹² Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 28.

Cour européenne des droits de l'homme en 2014 et en 2015 la jurisprudence du pays devra évoluer²¹³, mais d'autres considèrent toutefois que l'on est encore loin d'une telle évolution.

En France, la Cour de cassation avait déjà souligné dans ses arrêts du 6 avril 2011²¹⁴ que le refus de transcription des actes de naissance ne prive pas pour autant les enfants de la filiation établie à l'étranger, ni ne les empêche de vivre en France avec leurs parents d'intention. On retrouve ici encore le malaise des juges à s'opposer, au nom de l'ordre public, à la reconnaissance du statut familial de l'enfant né à l'étranger par GPA²¹⁵.

Ce courant jurisprudentiel favorable à la reconnaissance du statut de l'enfant a été davantage renforcé par la publication en 2013 de la fameuse circulaire Taubira²¹⁶. Cette circulaire a invité les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant vraisemblablement eu recours à une gestation pour le compte d'autrui, lorsque le lien de filiation avec un français résultait d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du Code civil. Le Conseil d'État a confirmé l'application de cette circulaire en fin de l'année 2014²¹⁷.

Il convient donc de constater que la très grande diversité des régimes juridiques sur la gestation pour autrui est, à tout le moins en partie, compensée par le souci de nombreux juges nationaux de protéger l'enfant issu d'une GPA, au nom de l'intérêt supérieur de ce dernier. L'étude de droit comparé du Parlement européen fait ainsi état de l'existence des instruments d'un possible rapprochement entre les législations européennes, non pas en ce qu'il s'agit d'un encadrement unifié des conventions de gestation pour autrui, mais davantage pour régler, de manière commune, le sort des enfants une fois nés²¹⁸.

²¹³ P. ex.: Maximilian STEINBEIS, « Deutschland wird sein Regime zur Leihmutterschaft ändern müssen », mis en ligne le 28 juin 2014, consulté le 2 mai 2016, [<http://verfassungsblog.de/deutschland-wird-sein-regime-zur-leihmutterschaft-aendern-muessen/>].

Ou encore : « Mein Kind in deinem Bauch : Die Leihmutter aus dem Ausland », mis en ligne le 29 septembre 2014, consulté le 2 mai 2016, [<https://www.co-eltern.de/blog/mein-kind-in-deinem-bauch-die-leihmutter-aus-dem-ausland/>].

²¹⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, préc.

²¹⁵ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁶ Circulaire CIV/02/13 du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français lorsqu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui.

²¹⁷ CE, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, 12 décembre 2014.

²¹⁸ Laurence BRUNET, *op. cit.*, p. 30.

CONCLUSION

La GPA reste un sujet très controversé qui engendre encore et toujours de nombreuses questions : « *Peut-on admettre un ‘marché’ des mères porteuses et des enfants ? Jusqu’où peut aller le désir d’enfant ? La gestation pour autrui peut-elle être une technique de procréation médicalement assistée comme une autre, alors qu’une femme participe directement à la procréation ? Une législation prohibitive peut-elle avoir un impact sur la pratique des mères porteuses ? Autant de questions auxquelles il est très difficile de répondre* »²¹⁹.

Les notions de vie familiale effective et de l’intérêt supérieur de l’enfant permettent de rapprocher les solutions retenues à l’échelle nationale en matière de gestation pour autrui, malgré les divergences notables entre les différentes législations qui vont de l’interdiction absolue à la permissivité²²⁰. Cette tendance commune favorable à la reconnaissance des familles constituées *de facto* à la suite de la conclusion d’une convention de maternité pour autrui se retrouve également au niveau supranational, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme que nous avons pu analyser.

Mais il convient de souligner que l’on est encore très loin d’une légalisation globale de la GPA. La législation la plus permissive parmi celles que nous avons examinées est sans doute la législation ukrainienne. Bien que la législation du pays ne prévoie pas, à proprement parler, de condition de résidence pour les couples commanditaires, il semble toutefois que le législateur ukrainien ait décidé de prohiber l’accès à la gestation pour autrui aux ressortissants de pays qui interdisent cette technique de procréation²²¹. Dans les autres États, même dans ceux où la pratique est autorisée, elle reste entourée de conditions très strictes, et ce, tant du côté de la femme porteuse que de celui des parents d’intention. Au-delà du cadre des États membres du Conseil de l’Europe, des États tels que la Thaïlande ont récemment restreint leur législation en la matière²²².

²¹⁹ Françoise MONÉGER, *op. cit.* note 101, p. 23.

²²⁰ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 283.

²²¹ *Idem*, p. 267.

²²² « Mein Kind in deinem Bauch : Die Leihmutter aus dem Ausland », mis en ligne le 29 septembre 2014, consulté le 2 mai 2016, [<https://www.co-eltern.de/blog/mein-kind-in-deinem-bauch-die-leihmutter-aus-dem-ausland/>].

Les divergences dans les approches des pays par rapport à la maternité de substitution peuvent s'expliquer par l'existence d'un conflit de droits triangulaire opposant les droits fondamentaux des parents d'intention, ceux de la mère porteuse et l'intérêt supérieur de l'enfant. D'après Geoffrey Willems et Jehanne Sosson, « *la confrontation de ces droits peut aboutir à des solutions très différentes et toutes justifiables en termes de droits fondamentaux* »²²³. Ces auteurs soulignent que la prise en compte prépondérante de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut en l'espèce procurer, à lui seul, de solution ferme ou définitive, car il est appréhendé très différemment selon qu'il s'agit d'une situation purement interne ou que le couple commanditaire a franchi le pas pour mettre en œuvre son projet parental dans un autre État, doté d'une législation plus favorable.

Il ne faut pas, en effet, se voiler la face : à l'heure de l'internationalisation des échanges, de la simplicité des moyens de communication et de la rapidité de la circulation des personnes, « *l'on a beau jeu de stigmatiser la naïveté de ce droit pénal qui semble inapte à comprendre qu'il suffit de prendre le train ou l'avion pour réaliser ailleurs ce qui est réprouvé ici* »²²⁴. En outre, le problème du tourisme procréatif n'est pas réservé aux pays interdisant la pratique. Même dans les pays qui autorisent la pratique, les conditions strictes dans lesquelles elle est encadrée peuvent constituer un facteur poussant les couples désirant avoir un enfant à se rendre à l'étranger. Le « *shopping à la mère porteuse* » constitue un problème universel qu'on ne va certainement pas résoudre du jour au lendemain.

Afin d'éviter un marché et un tourisme occultes, une réflexion globale semble indispensable. Un engagement international pourrait ainsi « *permettre d'endiguer le phénomène et de mettre fin aux trafics de la procréation* »²²⁵. La solution la plus satisfaisante serait probablement d'autoriser et d'encadrer la pratique de la maternité pour autrui, afin de distinguer la « *bonne* » GPA (c'est-à-dire la GPA altruiste) de la « *mauvaise* » (c'est-à-dire la GPA commerciale)²²⁶. C'est ce que prévoit de faire la commission des affaires sociales du Conseil de l'Europe. Son premier projet a été rejeté en mars 2016, mais la commission a été invitée à présenter un nouveau texte en juin. D'après Petra de Sutter, ce texte se concentrera

²²³ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 283.

²²⁴ Christophe BLANCHARD, *op. cit.* note 179, p. 394.

²²⁵ Adeline LE GOUVELLO, *op. cit.*, p. 161

²²⁶ « 15 mars 2016. Rejet du rapport sur la GPA au Conseil de l'Europe », mis en ligne le 22 mars 2016, consulté le 2 mai 2016, [<http://femina-europa.org/actu/2016/03/22/15-mars-2016-rejet-du-rapport-sur-la-gpa-au-conseil-de-leurope/>].

soit sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, soit sur l'opposition à la gestation pour autrui commerciale. La Conférence de La Haye œuvre aussi actuellement dans le sens d'une réglementation internationale de la maternité pour autrui altruiste²²⁷. Mais puisqu'il n'existe, à ce jour, aucun « *ensemble comparable de principes internationaux consensuels* »²²⁸ en matière de maternité de substitution internationale, il peut être difficile de tirer des « *principes communs pour un instrument international* »²²⁹. Les documents d'ores et déjà disponibles témoignent de l'ampleur et du sérieux des travaux, mais il reste difficile, à ce jour, d'en prédire le résultat²³⁰.

²²⁷ Cf. Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Le projet Filiation/Maternité de substitution : note de mise à jour*, février 2015, consulté le 2 mai 2016, [<https://assets.hcch.net/docs/d96dd6e7-94e3-4b17-8cf8-b0342fc92f53.pdf>].

²²⁸ Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012, § 58, consulté le 3 mai 2016, [<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>].

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, *op. cit.*, p. 281.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux et spéciaux

AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Flammarion, 2013.

BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, 7^{ème} édition, LGDJ, 2013.

BECK Stefan, KNECHT Michi et KLOTZ Maren, *Reproductive Technologies as Global Form : Ethnographies of Knowledge, Practices and Transnational Encounters*, Campus Verlag, 2012.

DAVID Georges, HENRION Roger, JOUANNET Pierre et BERGOIGNAN-ESPER Claudine (dir.), *La gestation pour autrui*, Lavoisier, 2011.

DEPADT-SEBAG Valérie, *Droit et Bioéthique*, Bruxelles, 2^{ème} édition, Larcier, 2012.

DIEL Alexander, *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Frankfurt am Main, Wolfgang Metzner Verlag, 2014.

GERBER Paula et O'BYRNE Katie (dir.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, Ashgate, 2015.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 19^{ème} édition, Dalloz, 2012.

FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2013.

LEROYER Anne-Marie, *Droit de la famille*, Paris, 1^{ère} édition, PUF, 2011.

MENNESSON Sylvie et Dominique, *Interdits d'enfants*, Paris, Éditions J'ai Lu, 2012.

MENNESSON Sylvie et Dominique, *La gestation pour autrui – L'improbable débat*, Paris, Éditions Michalon, 2010.

MIRKOVIC Aude, *PMA, GPA, La controverse juridique*, Paris, Librairie Téqui, 2014.

MONÉGER Françoise (dir.), *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Paris, Société de législation comparée, 2011.

SCHAMPS Geneviève et SOSSON Jehanne, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

SUDRE Frédéric (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 7^{ème} édition mise à jour, PUF, 2015.

II. Articles

AGACINSKI Sylviane, « Refusons le commerce des ventres ! », *Le monde*, 29-30 juin 2014.

BANDRAC Monique, DELAISI DE PARSEVAL Geneviève et DEPADT-SEBAG Valérie, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? », *D.* 2008. 434

BELLOTI Alexandre, « GPA : intérêt supérieur de l'enfant et obligations de l'Etat », *JCP G*, 12 octobre 2015 n° 42, p. 1874.

BERNARD Guillaume, « Vers des droits de l'homme... sans homme ? », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 101-109.

BETTIO Nathalie, « Le "droit à l'enfant" nouveau droit de l'Homme ? », *RDP*, 1er mars 2010, n° 2, p. 473.

BLANCHARD Christophe, « La répression pénale en matière de PMA et de GPA », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 391-409.

BOSSUYT Marc, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1980, n° 1, pp. 53-81,
[\[http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201980/RBDI%201980-1/Etudes/RBDI%201980.1%20-%20pp.%2053%20%C3%A0%2081%20-%20Marc%20Bossuyt.pdf\]](http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201980/RBDI%201980-1/Etudes/RBDI%201980.1%20-%20pp.%2053%20%C3%A0%2081%20-%20Marc%20Bossuyt.pdf) (consulté le 28 avril 2016).

BRUNET Laurence, « La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui : les excès du droit », in *La gestation pour autrui*, Georges DAVID, Roger HENRION, Pierre JOUANNET et Claudine BERGOIGNAN-ESPER (dir.), Lavoisier, 2011, pp. 105-117.

BRUNET Laurence, « Le régime juridique de la gestation pour autrui dans les pays membres de l'Union européenne : comment concilier la diversité des législations nationales avec la même incontournable préoccupation de protection de l'enfant né d'une femme porteuse ? », *JDSAM*, 2013, n° 2, pp. 25-30.

CATTO Marie-Xavière, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 10 mars 2016, [<http://revdh.revues.org/201>].

CHALTIEL Florence, « La gestation pour autrui : réflexions avant la révision des lois bioéthiques », *LPA*, 1^{er} septembre 2010, n° 174, p. 3.

CHALTIEL TERRAL Florence, « La gestation pour autrui en droit français : développements récents », *LPA*, 21 mars 2016, n° 57, p. 6.

- CHEVRIER Marion, « Protéger les enfants nés de mères porteuses », *L'essentiel* [En ligne], publié le 23 février 2015, consulté le 30 avril 2016, [<http://www.lessentiel.lu/fr/news/luxembourg/story/11072905>].
- CHEYNET DE BEAUPRE Aline, « Gestation pour autrui : du Conseil de l'Europe à la Cour européenne des droits de l'Homme », *RJPF*, 2016, n° 1, p. 38.
- COHELARD Pauline et DEPASSE Laure, « La gestation pour autrui : les grandes problématiques juridiques en France », *LPA*, 16 octobre 2015, n° 207, pp. 12-15.
- DE LA HOUGUE Claire et PUPPINCK Grégor, « GPA : La nouvelle décision de la CEDH, analyse de l'affaire D. et R. c. Belgique », 7 octobre 2014, consulté le 28 avril 2016 [<http://www.village-justice.com/articles/GPA-nouvelle-decision-CEDH-analyse,17936.html>].
- DE TAILLAC Mathieu, « En Espagne, pas d'état civil pour les enfants nés de mère porteuse », *Le Figaro*, 20 février 2014.
- DI NOTO Romuald, « Le droit au respect de la vie privée et familiale, nouveau paradigme en droit international privé des personnes ? », publié le 6 décembre 2012, consulté le 16 mai 2016, [<http://www.droit-fr-all-paris-ouest.fr/2012/12/le-droit-au-respect-de-la-vie-privee-et-familiale-nouveau-paradigme-en-droit-international-prive-des-personnes-par-romuald-di-noto-doctorant-cedin/>].
- DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Mélanges à la mémoire de P. Courbe, Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz 2012, pp. 157-177.
- DOMINO Xavier, « La circulaire "Taubira" sur les certificats de nationalité française validée », *D.* 2015. 352
- DOMINO Xavier, « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française. La circulaire du garde des Sceaux du 25 janvier 2013 », *RFDA* 2015. 163.
- DUMORTIER Thomas, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 28 avril 2016, [<http://revdh.revues.org/189>].
- DUPONT Gaëlle, « L'onde de choc de la décision sur les mères porteuses », *Le monde*, 28 juin 2014, p. 17.
- FABRE-MAGNAN Muriel, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, à propos de la gestation pour autrui », *D.* 2015. 224.
- FARGE Michel, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF*, 2014, chron. n° 21, [<http://www.revuedlf.com/personnes-famille/la-filiation-des-enfants-issus-dune-gpa-a-letranger-la-cedh-se-livre-a-un-bon-diagnostic-des->

[incoherences-du-droit-francais-mais-prescrit-un-remede-discutable-commentaire/](#)
(consulté le 28 avril 2016).

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « La Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) tanguette-elle en matière de contrats de maternité pour autrui ? : arrêt du 8 juillet 2014, *D. et autres c/ Belgique* », [<http://mafr.fr/en/article/la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-cedh-tangu/>].

GOUTTENOIRE Adeline, « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Informations sociales* 5/2008 (n° 149), pp. 40-51, [www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-40.htm] (consulté le 22 mai 2016).

GOUTTENOIRE Adeline, « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », in *Lexbase – La lettre juridique*, n° 577 du 3 juillet 2014.

GRANET Frédérique, « Convention de mère porteuse et filiation », *D.* 2002. 2902.

GRANET Frédérique, « Maternité de substitution, filiation et état civil, panorama européen », *Dr. Fam.*, 2007, n° 12, étude 34, pp. 9-10.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui – Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ fam.* 2014. 300.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « Droit de la filiation », *D.* 2015. 702.

GUILLARME Bertrand, « À nos sociétés de garantir la liberté de procréer », *Le monde*, 8 octobre 2014, p. 15.

HAMMARBERG Thomas (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe), « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Conférence, Varsovie, 30 mai 2008, consulté le 28 avril 2016 [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1313889&Site=&direct=true>].

HENRION Roger et BERGOIGNAN-ESPER Claudine, « La gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui*, Georges DAVID, Roger HENRION, Pierre JOUANNET et Claudine BERGOIGNAN-ESPER (dir.), Lavoisier, 2011, pp. 7-43.

HERVIEU Nicolas, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 septembre 2014, consulté le 11 mars 2016, [<http://revdh.revues.org/870>].

HILGER Geoffrey, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière », *LPA*, 17 juillet 2015, n° 142, p. 9.

HORSEY Kirsty et SHELDON Sally, « Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy », *Medical Law Review*, 20, winter 2012, pp. 67-89.

- JEAN Albert, « La procréation médicalement assistée : vers une humanité diminuée », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 73-82.
- KOOPS Barbara, « L'État civil d'enfants nés par gestation pour autrui », *Le Républicain du coin*, n° 69, juillet 2015, pp. 3-4.
- LE BOURSICOT Marie-Christine, « Saga judiciaire de la gestation pour le compte d'autrui : retour à la transcription », *RJPF*, 2016, n° 2, pp. 8-11.
- LE BOURSICOT Marie-Christine, « Légiférer en matière de gestation pour autrui ? », in *La gestation pour autrui*, Georges DAVID, Roger HENRION, Pierre JOUANNET et Claudine BERGOIGNAN-ESPER (dir.), Lavoisier, 2011, pp. 167-178.
- LECLAIR Agnès, « Les opposants à la GPA en ordre de bataille », *Le Figaro*, 18 août 2014.
- LE GOUVELLO Adeline, « Une exigence pour l'enfant : combattre le tourisme procréatif », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 145-163.
- LEGRAND Véronique, « Reconnaissance en France de la filiation d'un enfant né d'une GPA : le bout du tunnel ? », *LPA*, 6 août 2015, n° 156, p. 6.
- LE MAIGAT Patrice, « Toujours pas de paix pour les "enfants fantômes de la République" », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 mars 2016, consulté le 10 mars 2016, [<http://revdh.revues.org/2039>].
- LEMOULAND Jean-Jacques, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, p. 24.
- LÉVY-SOUSSAN Pierre, « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant contre l'enfant : lois et construction psychique », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 165-172.
- MARGUET Laurie et MESNIL Marie, « Pour la fin du modèle pseudo-procréatif en droit français », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2014, consulté le 11 mars 2016, [<http://revdh.revues.org/834>].
- MECARY Caroline, « La CEDH et l'intérêt de l'enfant : une approche concrète et pragmatique », publié le 7 novembre 2007, consulté le 16 mai 2016, [https://blogavocat.fr/space/caroline.mecary/content/la-cedh-et-l-int%C3%89r%C3%8At-de-l-enfant---une-approche-concr%C3%88te-et-pragmatique_81e9696f-864d-4069-bab7-081905a60cc4].
- MERCHANT Jennifer, « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », *Travail, genre et sociétés* 2/2012 (n° 28), pp. 183-189, [www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-183.htm] (consulté le 30 mars 2016).
- MEUDLERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.* 1988, pp. 645-672.
- MIRKOVIC Aude, « A propos de la maternité pour autrui », *JCP – Droit de la famille*, n° 6, juin 2008, pp. 9-13.

- MONÉGER Françoise, « Égalité et non-discrimination en droit européen et comparé : l'exemple de la PMA », *LPA*, 23 avril 2015, n° 81, pp. 4-25.
- MORANGE Jean, « Une exigence des droits de l'homme », in *Le mariage & La loi*, Institut Famille et République, 2016, pp. 111-114.
- PARIZER-KRIEF Karène, « La gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC*, 2011, n° 3, pp. 645-659.
- ROBERT Loïc, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 18 novembre 2015, consulté le 10 mars 2016, [<http://revdh.revues.org/1602>].
- RUFFIEUX Gaëlle, « Retour sur une question controversée : le sort des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger », *RDLF* 2014, chron. n° 07, [<http://www.revuedlf.com/personnes-famille/retour-sur-une-question-controversee-le-sort-des-enfants-nes-dune-mere-porteuse-a-letranger-article-2/>] (consulté le 28 avril 2016).
- SCHAMPS Geneviève et WILLEMS Geoffrey, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux : quelles garanties formelles et substantielles ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, pp. 325-374.
- SLOBODANSKY Céline, « Le droit doit limiter les progrès de la science », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 60.
- SOSSON Jehanne et MATHIEU Géraldine, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : Quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, pp. 375-409.
- STEINER Eva, « Angleterre, Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, pp. 39-48.
- SUDRE Frédéric, « La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, pp. 11-54.
- VONK Machteld J., « Pays-Bas : Maternity for another : A Double Dutch Approach », in *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, 2011, pp. 205-220.
- WALTZ-TERACOL Béline, « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », *LPA*, 21 novembre 2014, n° 233, pp. 4-13.

WILLEMS Geoffrey et SOSSON Jehanne, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013, pp. 239-283.

ZERMATTEN Jean, « L'intérêt supérieur de l'enfant », 2005, consulté le 28 avril 2016, [http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf].

III. Rapports, études, avis et propositions de lois

Sénat, Rapp. n° 421 (2007-2008), *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, 25 juin 2008, [<https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf>] (consulté le 30 mars 2016).

Sénat, *La gestation pour autrui*, Étude de législation comparée, n° 182, janvier 2008, [http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html] (consulté le 30 mars 2016).

CE, Rapp., *La révision des lois de bioéthique*, 9 avril 2009, [<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/094000288/>] (consulté le 22 mai 2016).

ANDRÉ M., *Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, Sénat, n° 233, 27 janvier 2010.

MILON A., *Proposition de loi tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui*, Sénat, n° 234, 27 janvier 2010.

CCNE, *Avis n° 110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 1er avril 2010.

MÉZARD J., *Proposition de loi autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui*, Sénat, n° 736, 31 juillet 2012.

Bureau permanent de la Conférence de La Haye de Droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, mars 2012 [<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>] (consulté le 3 mai 2016).

Cour EDH, Research Report, *Bioethics and the Case-law of the Court*, 2012.

Parlement européen (Directorate general for Internal Policies, Policy Department C, Legal Affairs), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, sous la direction de Laurence BRUNET, mai 2013,

[\[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403_EN.pdf\]](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403_EN.pdf).

Commission internationale de l'état civil, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États membres de la CIEC*, note de synthèse rédigée par Frédérique GRANET et le Secrétaire Général de la CIEC, février 2014, [\[http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/02/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf\]](http://www.marinacastellaneta.it/blog/wp-content/uploads/2014/02/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf) (consulté le 18 avril 2016).

THÉRY Irène et LEROYER Anne-Marie, *Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité*, 2014.

Agence de la Biomédecine, *Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique*, actualisation 2014, [\[http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2014_encadrement_juridique_international_vdef.pdf\]](http://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/2014_encadrement_juridique_international_vdef.pdf) (consulté le 22 mai 2016).

Cour EDH, *Rapport annuel 2014*, [\[http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_FRA.pdf\]](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2014_FRA.pdf) (consulté le 20 avril 2016).

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, 2015, [\[http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_FRA.pdf\]](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_FRA.pdf) (consulté le 12 mars 2016).

Conférence de La Haye, *Note mise à jour sur le projet Filiation/Maternité de substitution*, Document préliminaire n° 3A, février 2015 à l'intention du Conseil, mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, [\[https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy\]](https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy) (consulté le 2 mai 2016).

Défenseur des Droits, Avis n° 15-18, 3 juillet 2015, [\[http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20150703_15-18.pdf\]](http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20150703_15-18.pdf) (consulté le 22 mai 2016).

Cour EDH, Fiche thématique – Droits des enfants, février 2016, [\[http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Childrens_FRA.pdf\]](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Childrens_FRA.pdf) (consulté le 30 mars 2016).

Cour EDH, Fiche thématique – Droits parentaux, février 2016, [\[http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_FRA.pdf\]](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_FRA.pdf) (consulté le 30 mars 2016).

Cour EDH, Fiche thématique – Droits en matière de procréation, décembre 2015, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_FRA.pdf] (consulté le 30 mars 2016).

IV. Principales décisions citées

- **Cour européenne des droits de l'homme :**

- *Evans c. Royaume-Uni* (g. ch.), 10 avril 2007, req. n° 6339/05
- *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° 25951/07
- *Dickson c. Royaume-Uni* (g. ch.), 4 décembre 2007, req. n° 44362/04
- *S. H. c. Autriche* (g. ch.), 3 novembre 2011, req. n° 57813/00
- *Menesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. HAUSER.
- *Labassée c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65941/11, *ibid.*
- *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, req. n° 25358/12, *D.* 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

- **Cour de cassation :**

- Cass. AP, 31 mai 1991, pourvoi n° 90/20.105, bull. 1991 A.P. n° 4 p. 5 ; GAJC 12^{ème} édition, n° 50.
- Cass. 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, bull. civ. I. n° 70 à 72.
- Cass. 1^{ère} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, *D.* 2013. 2382, obs. I. GALLMEISTER.
- Cass. AP, 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER.

V. Sites internet consultés

www.legifrance.fr
www.legislation.gov.uk
www.familylawweek.co.uk
www.familylaw.co.uk
www.legilux.lu
www.gesetze-im-internet.de
www.noticias.juridicas.com

www.lextenso.fr
www.nomaternitytraffic.eu
www.revuedlf.com
www.village-justice.com
www.academie-medecine.fr
www.lessentiel.lu
www.lemonde.fr

www.nvog-documenten.nl
www.salute.gov.it
www.altalex.com
www.hcch.net
www.revdh.revues.com
www.senat.fr
www.service-public.fr
www.courdecassation.fr
www.dalloz.fr
www.ladocumentationfrancaise.com
www.echr.coe.int
www.lexisnexis.fr

www.lefigaro.fr
www.spiegel.de
www.dailymail.co.uk
www.conseil-etat.public.lu
www.ork.lu
www.cairn.info
www.defenseurdesdroits.fr
www.nouvelobs.com
www.verfassungsblog.de
www.co-extern.de
www.femina-eruropa.org