

UNIVERSITE DE STRASBOURG – FACULTE DE DROIT

MASTER 2 DROIT COMPARE

2015-2016



LA GESTATION POUR AUTRUI

Etude comparative entre la France et les Etats-Unis

Mémoire rédigé sous la direction de Madame la Professeure
Dominique D'AMBRA

Par Geoffrey WATRIN

Mémoire soutenu le 7 juin 2016, à l'Université de Strasbourg, devant un jury composé de Mesdames les professeures Dominique D'AMBRA et Jacqueline BOUTON.

« *Aut viam inveniam aut faciam* »

Hannibal

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes remerciements les plus profonds à Mme la professeure Dominique D'AMBRA pour avoir accepté la direction de ce mémoire, mais également pour ses conseils qui m'ont été d'une grande aide.

Je tiens également à remercier M. le professeur Israël NISAND, pour avoir éveillé en moi une curiosité toute particulière concernant la gestation pour autrui, qui fut indispensable à la réalisation de ce mémoire.

Enfin, je tiens à remercier très chaleureusement mes parents, ma famille et mes amis pour le soutien sans faille dont ils ont fait preuve tout au long de mon cursus universitaire.

RESUME

Après un moment d'accalmie, le débat sur la gestation pour autrui tend à reprendre une certaine vigueur en France, en particulier depuis les récentes avancées orchestrées par la Cour de cassation, en 2015. Aussi infimes soient-elles, ces dernières redonnent pour autant l'espoir aux pro-GPA de voir un jour cette pratique légalisée sur le territoire de la République.

Si tel n'est pas le cas de la France, beaucoup d'Etats ont osé franchir le cap, en décidant d'autoriser l'exercice de ce mode de reproduction, à l'instar des Etats-Unis.

Dans la mesure où les droits français et américain sont plutôt bien connus pour être opposés sur cette question, nous avons trouvé intéressant, au travers de ce mémoire, d'étudier ces différences. L'idée qui en découle est ainsi de chercher à comprendre ce qui fonde la position de chacun de ces deux Etats sur la maternité de substitution. A cette occasion, plusieurs grands principes ont pu être mis en lumière, comme l'indisponibilité du corps humain pour la France, ou la liberté contractuelle pour les Etats-Unis.

Mais loin d'être en formelle opposition, nos recherches nous ont également permis de constater que ces deux grands systèmes disposaient parfois de dispositions communes, applicables à la GPA. C'est notamment le cas de la traite des êtres humains, contre laquelle la France et les Etats-Unis luttent avec force.

Enfin, si on retrouve des notions similaires dans le droit de ces deux Etats, toutes ne bénéficient pas de la même interprétation, ou de la même force, à l'instar du droit au respect à la vie privée, ou encore de la dignité humaine.

La grande question qui découle alors de ces constatations est la suivante : faut-il que la France légalise la gestation pour autrui, et si oui, doit-elle s'inspirer du droit américain pour parachever ce but ?

LISTE DES ABREVIATIONS

ADA : Americans with Disabilities Act

ASMP : Académie des Sciences Morales et Politiques

Ass. Plén. : Cour de cassation, Assemblée plénière.

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation

Bull. crim : Bulletin criminel de la Cour de cassation

CAP : Center for American Progress

CCNESVS : Conseil Consultatif National de l’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé

CE : Conseil d’Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l’Homme

Civ. : Cour de cassation, chambre civile

CLEDP : Creative Love Egg Donor and Surrogate Agency

Cons. Const : Conseil constitutionnel

Crim. : Cour de cassation, chambre criminelle

DDHC : Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen

DUDH : Déclaration universelle des droits de l’Homme et du Citoyen

ERISA : Employee Retirement Income Security Act

GPA : Gestation pour autrui

IVG : Interruption volontaire de grossesse

LII : Legal Information Institute

NOTA : National Organ Transplantation Act

PMA : Procréation médicalement assistée

SOMMAIRE

Introduction.....	7
Partie 1 : Le principe d'indisponibilité du corps humain : un principe controversable.....	15
I. Le freedom of contract.....	18
A. La notion de freedom of contract.....	18
B. Le freedom of contract et la gestation pour autrui	23
II. La major life activity et l'Americans with Disabilities Act.....	29
A. La définition des notions	30
B. L'Americans with Disabilities Act : un texte à l'applicabilité limitée	31
III. La personal autonomy	33
A. La protection accordée à la personal autonomy	34
B. La personal autonomy : un fondement possible de la GPA.....	35
Partie 2 : Des fondements conciliables.....	37
I. Les fondements communs aux deux nations	37
A. La prohibition de la traite des êtres humains	38
B. La prohibition de la vente des produits du corps humain.....	41
C. Le droit à la liberté inclus dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen et le Bill of Rights.....	44
II. Les principes communs mais disposant d'une interprétation différente.....	49
A. Le droit au respect de la vie privée / Right of privacy	49
B. La dignité humaine	57
Conclusion.....	65
Bibliographie.....	67

INTRODUCTION

« *Mater semper certa est.* »

La maternité de substitution, autrement appelée gestation pour autrui, est une pratique qui, notamment depuis ces dernières années, connaît un certain engouement auprès de nombreuses personnes. Cette dernière revêt pour elles l'espoir de pouvoir un jour fonder une famille.

Les motivations qui les poussent à utiliser ce procédé sont diverses. On trouve parmi elles l'infertilité féminine, mais aussi l'échec répété de fécondations in vitro, les risques pour la vie de la mère liés aux complications éventuelles d'une grossesse, ou encore le refus de passer par une procédure d'adoption, jugée à la fois trop longue et complexe, et dont résulte l'arrivée d'un enfant qui n'est génétiquement pas celui des parents d'intentions¹. A cela il faut également ajouter le cas des couples homosexuels, notamment dans le cas où il s'agit d'hommes, ainsi que celui des célibataires souhaitant établir une descendance.

Bien que les Etats n'aient commencé à s'intéresser juridiquement à ce sujet qu'au cours de ces dernières années, ce mode de procréation est quant à lui bien plus ancien. En effet, les premières références auxquelles on peut se rapporter se trouvent dans l'Ancien Testament, et plus particulièrement dans la Genèse, où il nous est tout d'abord décrit l'histoire d'Abraham et de son épouse, Sarai. Cette dernière, dans l'incapacité d'enfanter, décide d'offrir sa servante à son mari afin qu'il puisse procréer. Il résultera de cette décision la naissance d'Ismaël².

On peut encore citer un autre exemple plus marquant issu de ce même ouvrage, cette fois concernant Rachel et son époux Jacob. Stérile, Rachel n'en souhaite pas moins devenir mère. Elle demande alors à Jacob de procréer avec plusieurs de ses servantes afin de pouvoir adopter les enfants à leur naissance³.

¹ R. HENRION et C. BERGOIGNAN-ESPER, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, 2009, 193, no 3, 583-618, séance du 10 mars 2009 dédiée à la gestation pour autrui.

² Genèse (16 :1>16 :4)

³ Genèse (30 :1>30 :13)

Plus proche de nous, il est également possible d'évoquer le cas particulier des afro-américaines esclaves aux États-Unis avant la guerre de Sécession. Ces dernières étaient alors considérées comme des mères de substitution, en ce sens que les enfants qu'elles mettaient au monde devenaient la propriété de leur maître⁴.

Toutefois, une différence notoire est à souligner entre ces époques respectives et la nôtre. En effet, si dans l'histoire on utilisait les techniques ancestrales de procréation au travers du rapport sexuel ou de l'insémination artificielle⁵, les progrès de la médecine à partir des années 1970 vont permettre une avancée majeure en matière de procréation médicalement assistée, avec la fécondation in vitro⁶. Le procédé consiste alors à fabriquer un embryon grâce à la rencontre d'un spermatozoïde et d'un ovule pouvant provenir de donneurs en laboratoire, puis de l'implanter dans l'utérus d'une femme. Si le dispositif est particulièrement révolutionnaire et utile pour bon nombre de couples, il aura toutefois des conséquences importantes en matière de gestation pour autrui.

C'est sans doute ce qui poussera de nombreux États, notamment en Europe, à s'interroger sur cette question à partir des années 1970-80. La France, où la pratique commence petit à petit à s'installer depuis 1985⁷, n'y fera pas exception. En effet à partir de cette période, plusieurs associations, dont l'objet consistait à mettre en contact de couples infertiles avec des mères porteuses, ont profité de la pénombre juridique en la matière pour se former sur le territoire. Parmi elles, on peut notamment citer *Alma Mater* et *Les Cigognes*, qui ont beaucoup œuvré dans le développement de la gestation pour autrui en France.

Pour éviter toute dérive, les pouvoirs publics français ont très rapidement tenté d'enrayer ce phénomène en essayant de prohiber le recours à la maternité de substitution. C'est ainsi qu'en 1984, le Comité Consultatif National de l'Éthique va émettre un avis négatif au regard de la continuité de cette pratique, en la qualifiant

⁴ C. SPIVACK, « National Report : The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, pp. 97 à 98.

⁵ J. HUNTER, chirurgien écossais, réussi à obtenir la première grossesse par insémination artificielle en 1789.

⁶ La toute première naissance par FIV n'interviendra toutefois qu'en 1978.

⁷ Date de la première naissance par gestation pour autrui en France.

d'illécite. Cet avis a par ailleurs été reformulé en 2010⁸. En 1988, le Conseil d'État appuiera cette position à deux reprises. Tout d'abord, au travers d'une étude intitulée *De l'éthique au droit*, où il sera fait mention de la nécessité de légiférer en matière de procréation médicalement assistée, mais surtout par un arrêt du 22 janvier 1988, visant l'association *Les Cigognes*. Cette décision va manifester le ressentiment du Conseil d'État pour la gestation pour autrui, en ce sens qu'il va la considérer comme pénalement répréhensible, en soulignant notamment la provocation à l'abandon d'enfant, les compensations financières perçues par la mère porteuse, ainsi que la sélection des mères porteuses par l'association, avant leur insémination⁹.

C'est dans cette même optique que le 13 décembre 1989, la Cour de cassation va poursuivre la marche vers l'illicéité du recours aux mères porteuses, en prononçant la pire sanction civile qui soit à l'égard d'une association, à savoir la dissolution d'*Alma Mater*. Pour ce faire, la Cour se base sur le caractère illécite de son objet, en citant notamment l'article 1128 du code civil¹⁰.

Ce n'est toutefois que dans son arrêt du 31 mai 1991 que la Cour de cassation va poser la première pierre à l'interdiction de la gestation pour autrui en France. Dans cette affaire, il était question d'un couple dont madame était atteinte d'infertilité. Ce dernier, désireux d'enfanter, décide alors d'avoir recours à une mère porteuse, inséminée artificiellement par le sperme de monsieur. A la naissance de l'enfant, ce dernier est déclaré comme étant celui de l'époux, madame devant procéder préalablement à l'adoption plénière du bébé afin de pouvoir officiellement devenir sa mère. Ce procédé a été dans un premier temps approuvé par la Cour d'appel de Paris, qui reconnaissait « *la méthode de maternité substituée* » comme « *licite et non contraire à l'ordre public* »¹¹. La Cour de cassation, disposant d'une opinion parfaitement dissidente, va alors y mettre un terme en la qualifiant de contraire à un nouveau principe élaboré par ses soins : le principe

⁸ CCNESVS, Avis n°110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA), 1^{er} avril 2010.

⁹ CE, 22 janvier 1988, n°80936.

¹⁰ Article 1128 du code civil : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

¹¹ Paris, 1^{re} ch. C., 15 juin 1990.

d'indisponibilité du corps humain¹², qui sera étudié plus en détail dans la première partie de ce mémoire.

Cet arrêt de la Cour de cassation aura dès lors deux conséquences sur le droit français. Premièrement, il va contribuer à stabiliser la situation juridique de la gestation pour autrui sur le territoire de la République. Ensuite, il va préparer l'arrivée d'une intervention d'envergure du législateur quelques années plus tard, au travers des premières lois bioéthiques.

Cette dernière, publiée au Journal officiel le 30 juillet 1994, va définitivement fixer la position de la France en matière de maternité de substitution, en donnant naissance à plusieurs nouveaux articles dans le Code civil. Parmi eux, l'article 16-1 qui vise à protéger le corps humain, mais aussi l'article 16-5, qui prohibe les conventions donnant une valeur patrimoniale à ce dernier. Si ces interdictions ne concernent pas directement la GPA, il en va autrement de l'article 16-7 du Code civil qui l'interdit très explicitement, en sanctionnant les conventions qui en découleraient de nullité absolue.

Bien qu'à l'origine, cette loi devait être revue tous les 5 ans, la première révision n'interviendra qu'en 2004, n'apportant aucun changement probant en la matière. En 2009, à l'occasion de la seconde révision de la loi bioéthique, la question s'est à nouveau posée au législateur de savoir si la position de la France devait être modifiée concernant la situation des mères porteuses. De nombreux débats démontrent l'intérêt que les pouvoirs publics portent à cette question, comme en témoigne une étude du Conseil d'État du 9 avril 2009¹³, où l'on trouve plusieurs pages consacrées à la procréation pour autrui. De ces discussions va découler la loi du 7 juillet 2011 consacrée à la bioéthique. La réponse qu'elle contient au sujet de la GPA sera sans appel. Ce sera un nouveau refus inconditionnel de légalisation de cette pratique.

Cette position est par ailleurs appuyée par le code pénal, dès sa création en 1810, sous la qualification de « supposition d'enfant »¹⁴. Cette infraction sera modifiée par l'entrée en

¹² Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105 : « *Attendu 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 d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

¹³ Conseil d'État, *La révision des lois bioéthiques*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 60 à 65

¹⁴ Article 345 du code pénal de 1810 : « *Les coupables d'enlèvement, de recélé, ou 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, seront punis de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans* ».

vigueur du nouveau code pénal en 1994 sous l'appellation de « simulation d'enfant »¹⁵. Ce délit consiste à admettre qu'une femme est la mère d'un enfant sans l'avoir mis au monde et sans l'avoir adopté. En d'autres termes, c'est le fait d'admettre qu'elle a accouché de lui sans que ce ne soit le cas. Cette incrimination, en matière de gestation pour autrui, s'adresse donc aux parents d'intentions.

Dans le même esprit, le législateur a souhaité incriminer les personnes ou organismes qui pousseraient une mère à porter l'enfant d'un autre couple en vue de l'abandonner, au travers de la provocation à l'abandon¹⁶.

Si la position du droit français semble parfaitement claire, il n'en va pas de même en ce qui concerne le droit américain.

En effet, il est bon de rappeler dans un premier temps que la structure des Etats-Unis est bien différente du schéma que l'on peut trouver en France, notamment au travers du fédéralisme qui y règne. Cette forme étatique a des conséquences importantes sur le droit américain, en ce sens que les Etats fédérés bénéficient d'une marge plus ou moins grande pour légiférer sur certains sujets, non réservés au Congrès ou au gouvernement fédéral par la Constitution¹⁷.

En ce qui concerne la gestation pour autrui, aucun article ni amendement de la Constitution américaine ne prévoit de compétence spéciale attribuée au législateur fédéral. En application du Dixième Amendement du Bill of Rights¹⁸, c'est donc aux Etats fédérés de prendre les mesures nécessaires.

De ce fait, il est impossible de parler d'un positionnement unique du droit américain sur la maternité de substitution, étant donné que chaque Etat dispose de son propre corps

¹⁵ Article 227-13 al.1er du code pénal : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

¹⁶ Article 227-12 al. 1^{er} et 2 du code pénal : « *Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

¹⁷ C'est ce que prévoit le 10^{ème} Amendement de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, qui dispose que : « *The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* ».

¹⁸ Tout au long de ce mémoire, ce terme ne visera que le Bill of Rights américain.

de règles. Toutefois, on peut aujourd'hui mettre en évidence plusieurs groupes d'Etats qui s'accordent selon une gradation particulière.

On trouve tout d'abord, les Etats qui sont formellement contre la GPA. Cette position se manifeste par la nullité absolue de toute convention visant, pour une femme, à abandonner à un autre couple l'enfant qu'elle va porter, mais aussi par la pénalisation de cette pratique. Parmi ces Etats, on retrouve notamment le Michigan et le District de Columbia, où les sanctions s'échelonnent de 10.000 à 50.000\$ d'amende, ainsi que d'une à cinq années de prison.

On trouve ensuite les Etats qui acceptent la GPA, mais uniquement sous certaines formes. A ce stade, il convient de préciser qu'il existe sur le sol américain une distinction entre deux types de gestation pour autrui. La première, appelée *traditional surrogacy*, consiste à inséminer artificiellement la mère porteuse. Cela implique que cette dernière sera génétiquement liée à l'enfant à naître. Aux côtés de cette méthode, on trouve ensuite la *gestational surrogacy*. Cette dernière implique que la mère de substitution ne se contente que de porter l'enfant, sans avoir à donner l'un de ses ovules. Elle n'a donc aucun lien génétique avec l'enfant.

En application de cette distinction, plusieurs Etats comme le Nevada, l'Utah ou l'Illinois s'accordent pour interdire la première forme de GPA, mais autoriser la seconde. Cela peut notamment s'expliquer par le risque moins accru que la mère porteuse s'attache à l'enfant, et décide de ne plus transmettre la garde de ce dernier aux parents d'intention.

Par la suite, on peut citer les Etats qui admettent pleinement la pratique de la maternité de substitution, quelque soit sa forme. C'est notamment le cas du New Hampshire et dans une certaine mesure de la Floride.

On trouve encore des Etats où aucune loi ne vient régler la question. Ces derniers constituent une majorité sur le sol américain¹⁹. Dans ce cas, il appartient aux juges des Cours étatiques de se prononcer sur la question. Dans la plupart des affaires, la réponse s'avère être favorable à la maternité de substitution.

¹⁹ Parmi ces Etats figurent entre autre l'Alaska, le Colorado, la Géorgie, Hawaï, l'Idaho, le Maine, le Maryland, le Massachussets.

Enfin, parmi les Etats américains acceptant la GPA, il ne faut pas oublier la question de la rémunération des mères porteuses. Là encore, il n'y a aucun consensus sur ce point.

Certains Etats comme la Californie ou le New Jersey sont très permissifs et autorisent que la mère porteuse soit rémunérée pour ses services. D'autres admettent la légalité de la GPA à condition qu'elle soit exclusivement pratiquée à titre gratuit, avec néanmoins une possibilité de remboursement des frais inhérents à la grossesse. Ces Etats sont entre autres l'Oklahoma, le Nebraska ou encore Washington.

Si les Etats-Unis n'ont pas de position unique en la matière, il est toutefois possible, grâce à ces précisions, de dégager une tendance plutôt favorable du droit américain à la gestation pour autrui.

Ce faisant, on constate une certaine opposition entre les législations de ces deux puissances.

Le débat pourrait s'arrêter là. Néanmoins, la récente condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en 2014²⁰ a ouvert une brèche en droit français. Dans les faits, il était question de deux couples ayant eu recours à une procédure de GPA, respectivement en Californie et dans le Minnesota. A leur retour en France accompagnés leurs enfants, ces derniers se sont heurtés au refus des autorités françaises de transcrire l'acte d'état civil de leur progéniture. C'est ainsi que de longues procédures judiciaires ont été engagées, jusqu'à la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2011. Celle-ci conclue, en 2014, que la République Française a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme portant sur le droit à la vie privée et familiale, mais uniquement vis-à-vis des enfants des deux couples issus de gestation pour autrui.

Suite à cette décision, la Cour de cassation française a effectué un revirement jurisprudentiel important par le biais notamment de deux arrêts, dans lesquels elle casse et annule un arrêt de Cour d'appel qui refusait la transcription d'un acte d'état civil d'un enfant issu de maternité de substitution à l'étranger²¹.

²⁰ *MENNESSON c. France*, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n° 65192/11 et *LABASSE c. France*, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n°65941/11.

²¹ Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002 et Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-21323.

La Cour se montre toutefois prudente au travers de ces décisions, en précisant que ces cassations ne valent bel et bien que pour la transcription des actes d'état civil. Il ne faut donc pas les interpréter comme une position favorable à la gestation pour autrui.

Néanmoins, cette ouverture permet de se poser des questions quant à l'avenir de cette pratique en France. On peut en effet se demander si, à l'instar de l'interruption volontaire de grossesse en 1975, la gestation pour autrui est en phase de s'implanter sur le territoire de la République.

Pour ces raisons, il serait dès lors intéressant de confronter les lois antagonistes de ces deux pays en posant la problématique suivante : est-il envisageable de légaliser la gestation pour autrui en France au regard de la législation américaine ?

En effet, comme le disait Aristophane, « *de leurs ennemis, les sages apprennent bien des choses* ». En application de cet adage, serait-il alors possible pour la France de tirer des enseignements du droit américain en la matière ?

Ces interrogations sont d'ampleurs car les réponses qui en découleront seront importantes. En effet, selon Jennifer Merchant, deux risques majeurs sont à prévoir si la République française maintient la prohibition de la gestation pour autrui²². Le premier est de voir se multiplier le tourisme procréatif, et le second est d'assister à une recrudescence d'enfants à « *la filiation incomplète* », à savoir sans filiation maternelle officielle.

En France, le pilier sur lequel repose l'interdiction de la maternité de substitution concerne le principe d'indisponibilité du corps humain. Toutefois, il apparaît comme controversable tant il s'oppose à des fondements américains d'envergure (Partie 1). Mais malgré cela, il sera possible de constater que les deux Etats disposent de fondements communs (Partie 2).

²² J. MERCHANT, « Procréation et politique aux Etats-Unis : le cas de la gestation pour autrui », Académie nationale de Médecine, *La gestation pour autrui*, Lavoisier, 2011, p. 223.

Partie 1 : Le principe d'indisponibilité du corps humain : un principe controversable

Le principe d'indisponibilité du corps humain est un principe fondamental en droit français concernant l'interdiction de la gestation pour autrui. Ce dernier, établi par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 mai 1991, va servir de modèle lors de l'établissement des lois bioéthiques en 1994.

Comme son nom l'indique, ce principe vise à protéger le corps humain, en ce sens qu'il vient limiter les utilisations que l'on peut faire de son propre corps. Toutefois, selon certains auteurs comme Muriel Fabre-Magnan²³, il convient de distinguer entre le rapport de soi à soi et le rapport de soi à autrui.

Dans le premier rapport, la personne est dotée d'un certain pouvoir sur son corps, en ce sens qu'elle a le droit de décider ce qu'elle en fait. Cornu parle alors « *d'autodisponibilité du corps humain* ». C'est en particulier grâce à cela que l'on peut s'adonner à des pratiques dangereuses au péril de sa vie, ou que l'on peut décider librement de mettre fin à ses jours.

Dans le rapport de soi à autrui, la logique est toute autre, dans la mesure où l'on fait intervenir un tiers. C'est ici que le principe d'indisponibilité prend toute son essence. Dans ce nouveau schéma, la volonté de la personne sur son propre corps n'est plus prise en compte. C'est pour ces raisons qu'il est impossible à un individu de demander l'aide d'autrui afin de mettre fin à ses jours²⁴. On ne parlerait d'ailleurs plus de suicide mais d'euthanasie, voire même d'homicide volontaire dans le cadre du droit français.

C'est précisément dans cette optique qu'intervient la prohibition de la maternité de substitution en France.

A cela, il faut ajouter que ce principe dispose d'une application large de par l'existence de certains corollaires, parmi lesquels figure le principe d'extrapatrimonialité du corps humain, inscrit explicitement à l'article 16-5 du code civil.

²³ M. FABRE-MAGNAN, « Autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », in *Liber amicorum en hommage à Antonio Marzal*, Esade, Bosch éditeur, 2008.

²⁴ Exemple tiré de *Pretty c. Royaume-Uni*, CEDH, quatrième section, 29 avril 2002, n°2346/02.

Ce dernier vise à frapper de nullité toute convention à titre onéreux passée sur un élément ou produit du corps humain. L'idée qui en découle est d'éviter toute exploitation de l'être humain concernant son corps. C'est par ce biais qu'on arrive à protéger les populations les plus pauvres en droit français, afin de les dissuader de vendre certains de leurs organes. C'est également dans une certaine mesure grâce à ce fondement que l'on peut prohiber la gestation pour autrui, mais cette fois uniquement dans sa forme onéreuse.

En droit américain, pour comprendre l'existence de la gestation pour autrui, il faut au préalable préciser que la protection du corps humain s'effectue de manière substantiellement différente. Il n'existe en effet pas de grands principes²⁵ ou de règles concrets régissant ce sujet, comme on pourrait en trouver en France.

De ce fait, la Cour suprême des Etats-Unis a très tôt commencé à statuer sur la place du corps en droit. Ce fut notamment le cas dans *Union Pacific Railway v. Botsford* (1891)²⁶, où les juges de la majorité ont décidé « *qu'aucun droit n'est plus sacré ou mieux gardé par la Common Law que le droit pour tout individu à la possession et au contrôle de son propre corps, libre de toute limitation ou intervention de la part d'autrui, en dehors de l'autorité claire et incontestable de la loi* »²⁷. Dès lors, on constate que la réponse donnée par la Cour suprême est quelque peu changeante de celle donnée par la France. En effet, ici l'accent est mis sur la libre disposition du corps par la personne, plutôt que sur sa limitation.

Cette notion d'autodétermination sur son corps, la Cour suprême ne va pas l'abandonner. Elle la rappellera en effet 80 ans plus tard dans la très fameuse affaire *Roe v. Wade* (1973)²⁸, où les juges vont instaurer la possibilité pour les femmes d'avorter. L'argument avancé par les *Justices*²⁹ consistera à dire que les Etats-Unis ne peuvent pas impacter le droit à la reproduction (*reproductive right*) des femmes. Ici, on constate une

²⁵ Il convient de préciser que certaines juridictions américaines mentionnent la notion de *bodily integrity*, que l'on peut traduire par la notion d'intégrité du corps humain. Ce fut par exemple le cas dans *United States v. Lanier* (1997), où la Cour d'appel des Etats-Unis du 6^{ème} Circuit a jugé qu'il était nécessaire de protéger le droit de *bodily integrity* à l'égard de cinq femmes qui avaient été violées.

²⁶ *Union Pacific Railway Co v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891).

²⁷ « *No right is held more sacred or is more carefully guarded by the common law than the right of every individual to the possession and control of his own person, free from all restraint or interference of others unless by clear and unquestionable authority of law* ».

²⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁹ Appellation utilisée aux Etats-Unis pour désigner les juges de la Cour suprême.

autre variante de la protection du corps humain à l'américaine. Alors qu'en France on va chercher à protéger le corps humain vis à vis des autres personnes, aux Etats-Unis on va préférer le protéger contre l'Etat lui-même.

La libre disposition de son corps, certains ont souhaité la pousser à son paroxysme. Ce fut le cas en 1991 avec *Moore v. Regents of the University of California*³⁰. Dans cette affaire, John Moore, alors hospitalisé à l'époque des faits, revendiquait un droit de propriété sur son corps, afin de se voir verser une rémunération quant à une découverte médicale permise grâce au prélèvement de ses cellules. Etant donné que cette avancée avait été brevetée et commercialisée par les chercheurs, Moore arguait qu'il avait le droit d'obtenir un certain pourcentage sur les gains amassés grâce à ses cellules.

Les *Justices* de la Cour suprême de Californie n'ont toutefois pas fait droit à cette argumentation, refusant d'admettre qu'il pouvait exister un tel droit sur son corps. Selon eux, le risque était trop fort de créer un précédent qui laisserait libre cours à l'exploitation des êtres humains pour leurs organes, mais aussi qui impacterait à coup sûr la recherche médicale.

Malgré cette décision, il n'en reste pas moins que le droit de disposer de son corps est important aux Etats-Unis, pour ne pas dire fondamental. Cette perception de la personne permet plusieurs ouvertures en droit américain qui sont simplement impossibles en droit français, du fait de la prééminence du principe d'indisponibilité. Ce sont précisément ces ouvertures qui permettent à la gestation pour autrui d'être admise dans certains des Etats fédérés.

Ces dernières se retrouvent dans plusieurs grandes notions primordiales en droit américain, comme le *freedom of contract* (I), la *major life activity* (II) ou encore la *personal autonomy* (III), trois concepts qui contribuent à fonder de manière plus ou moins importante la gestation pour autrui.

³⁰ *Moore v. Regents of the University of California*, 499 U.S. 936 (1991).

I. Le freedom of contract

En France, la passation d'un contrat sur son corps est absolument prohibée par les articles 16-1 al. 3, 16-5 et même 16-7 concernant la gestation pour autrui, mais également dans une plus large mesure par le principe d'indisponibilité du corps humain.

Pour comprendre l'état d'esprit du droit américain, il faudra dans un premier temps s'attacher à déterminer à quoi correspond exactement la notion de *freedom of contract* et comment elle est protégée (A). Ceci fait, il sera possible d'aborder la manière dont elle est appliquée à la gestation pour autrui (B).

A. La notion de freedom of contract

Le *freedom of contract* est une notion fondamentale au sein de la société américaine, et par là même de son droit. Il bénéficie donc à la fois d'une protection constitutionnelle (1), mais aussi d'une protection accrue émanant de la Cour suprême des Etats-Unis (2).

1. Le freedom of contract : une liberté protégée par la Constitution des Etats-Unis

A la différence du droit français, où le contrat est encadré par plusieurs séries de règles, le droit de contracter aux Etats-Unis est traité de manière très libérale, suivant l'idée que nul n'est mieux placé que soi pour juger de ses propres intérêts. C'est dans cette optique que les juges lui confèrent une protection toute particulière.

Néanmoins, à la lecture de la Constitution américaine, on peut constater qu'aucune mention expresse du *freedom of contract* ne figure dans le texte. La protection résulte en effet d'une interprétation du Quatorzième Amendement émanant des juges Bradley et Field, et plus particulièrement de leurs *dissents*³¹ respectifs à propos des affaires *Slaughter-House* (1873)³². Selon eux, le freedom of contract devait pouvoir bénéficier de

³¹ En Common Law, il arrive que dans un procès où siègent plusieurs juges, l'un d'entre eux ne soit pas d'accord avec la majorité. Dans ce cas, il a la possibilité de rédiger ce que l'on appelle en anglais un *dissent*, où il fera état de son opinion contraire et du raisonnement qu'il aurait souhaité appliquer à l'affaire. Cette pratique est très courante à la Cour suprême des Etats-Unis.

³² *Slaughter-House cases*, 83 U.S. 36 (1873).

la protection de cet Amendement, et donc à travers lui de la *due process clause* qu'il prévoit.

Cette doctrine sera pour la première fois consacrée dans l'affaire *Frisbie v. United States* (1895)³³.

Si la notion de *due process* n'est pas connue comme telle en droit français, on en retrouve néanmoins quelques bribes dans le concept de procès équitable³⁴. A l'origine en Common law, ce concept vise à faire bénéficier tout individu d'une procédure juste (*fair procedure*), en lui permettant de se faire juger par un jury au cours d'un procès. Le *due process* empêche donc une personne d'être envoyée en prison alors même qu'elle ne serait que suspectée d'avoir commis certains actes répréhensibles.

Si cette notion n'avait qu'une visée essentiellement procédurale à l'époque, elle a été considérablement élargie par la Cour suprême des Etats-Unis, avec l'incorporation du *substantive due process*. Ce principe de droit constitutionnel provient d'une interprétation des Cinquième et Quatorzième Amendements du Bill of Rights, que les *Justices* ont effectué sous l'ère *Lochner* (1897 à 1937), et il répond à l'autorité des *due process clauses* qui y sont incluses.

Néanmoins, aussi important que cela puisse paraître, la Cour suprême des Etats-Unis ne donne aucune définition du *substantive due process*. Si on s'attache à la Constitution, l'idée qui en découle réside dans le fait que le gouvernement, qu'il soit fédéral (Cinquième Amendement), ou fédéré (Quatorzième Amendement), ne puisse porter atteinte « à la vie, à la liberté ou à la propriété » d'une personne sans avoir préalablement justifié d'un but raisonnable.

A titre de comparaison, avec le *due process* originel, qui a une visée procédurale, on va plutôt se demander si le pouvoir en place a suivi la bonne procédure en retirant la vie, la liberté ou la propriété d'une personne³⁵. La différence de raisonnement réside donc dans le fait que l'un protège les individus du pouvoir coercitif de l'Etat (*procedural due process*), alors que l'autre a pour but de préserver leurs droits en empêchant l'Etat de promulguer des lois qui iraient au delà de ses pouvoirs.

³³ *Frisbie v. United States*, 157 U.S. 160 (1895).

³⁴ P. MBONGO, « Le conseil constitutionnel et le procès équitable », *Nouveaux cahier du Conseil constitutionnel n°44*, juin 2014.

³⁵ E. CHEMERINSKY, « Substantive Due Process », 15 *Touro Law Review* 1501-1534, 1999.

La Cour suprême a beaucoup utilisé le *due process*, et plus particulièrement le *substantive due process* pour sauvegarder l'intégrité du *freedom of contract*, particulièrement sous l'ère lochnérienne.

2. Le freedom of contract : une liberté protégée par la Cour suprême

Pour comprendre cette notion très forte, il faut remonter à ses origines. Le *freedom of contract* est en effet né d'un cheminement assez complexe de jurisprudences émanant de la Cour suprême des Etats Unis.

a. Avant la jurisprudence Lochner

Tout commence en 1895 avec *Frisbie v. United States*, dans lequel la Cour suprême déclare que cette liberté devait bénéficier d'une protection constitutionnelle. Cependant, le juge Brewer, écrivant au nom de la Cour, va nuancer ce propos. S'il admet dans un premier temps que « *parmi les droits inaliénables du citoyen figure la liberté contractuelle* »³⁶, il ajoute ensuite « *qu'une telle liberté n'est pas absolue ou universelle* »³⁷. En d'autres termes, le *freedom of contract* peut se voir limiter par certaines mesures prises soit par le gouvernement, soit par le Congrès.

Néanmoins, cette appréciation commencera à vaciller dès 1897 avec *Allgeyer v. Louisiana*. En effet, c'est au sein de cette affaire que figure la toute première invalidation d'une loi étatique, sur le fondement de la violation de la liberté contractuelle. En l'espèce, la Cour suprême a considéré qu'il était illégal pour la Louisiane de sanctionner le fait, pour une société louisianaise, de contracter une assurance maritime auprès d'une société new-yorkaise.

L'année suivante, la Cour suprême reviendra sur sa première observation en admettant les premières restrictions au *freedom of contract* dans *Holden v. Hardy* (1898). Ainsi, à

³⁶ « *Among the inalienable rights of the citizen is that of the liberty of contract* ».

³⁷ « *Such liberty is not absolute and universal* ».

une majorité de sept contre deux, la Cour a jugé qu'une loi portant sur un quota d'heures de travail pour les mineurs n'était pas contraire à la Constitution. Elle estime en effet que ces restrictions à la liberté contractuelle font parti des pouvoirs de police des Etats, dans la mesure où ils interviennent dans le cadre de mesures de santé ou de sécurité raisonnables.

En 1905, la Cour suprême va effectuer un revirement important sous l'empire de *Lochner v. New-York*³⁸, et va écarter ce qui avait été entrepris avec *Holden*.

Dans cette affaire, la question posée concernait le nombre maximum d'heures de travail s'appliquant aux boulangers. Les juges considèrent alors, à une majorité de cinq contre quatre, que rien ne démontre qu'une telle loi permettrait la protection de la santé publique.

Bien que cet arrêt ne semble à première vue pas extrêmement subversif, il va engendrer l'entrée dans une nouvelle aire, au sein de laquelle la Cour suprême va suivre une ligne particulièrement dure à l'encontre des législations étatiques, en vue de protéger le *freedom of contract*.

b. Après la jurisprudence *Lochner* : de 1905 à 1937

A partir de 1905, la Cour suprême va s'engager à protéger la liberté contractuelle, au détriment de plusieurs mesures prises par les Etats fédérés dans le but notamment de protéger les salariés. Ce fut le cas au travers d'*Adair v. United-States* (1908)³⁹ et de *Coppage v. Kansas* (1915)⁴⁰ où la Cour a invalidé des lois prohibant les *yellow-dog contracts*⁴¹.

On peut encore citer *Adkins v. Children's Hospital* (1923)⁴², où les juges ont invalidé, à une majorité de cinq contre trois, une loi visant à instaurer un revenu minimum pour les employées femmes.

³⁸ *Lochner v. New-York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁹ *Adair v. United-States*, 208 U.S. 161 (1908).

⁴⁰ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

⁴¹ Les *yellow-dog contracts* sont des contrats qui visaient à interdire la syndicalisation des salariés aux Etats-Unis.

⁴² *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

Cette chasse aux entraves à la liberté contractuelle ne s'arrête néanmoins pas là. En 1924, la Cour Suprême va jusqu'à invalider une loi visant à instaurer une taille pour le pain⁴³, et en 1932 une loi permettant un monopole sur la glace⁴⁴.

c. *West coast hotel v. Parrish* : un revirement d'envergure

Il faudra attendre 1937 pour que la Cour suprême décide de changer sa doctrine impassible sur le *freedom of contract*, en admettant que cette dernière puisse subir quelques limitations. C'est ainsi que dans *West coast hotel v. Parrish* (1937)⁴⁵, les *Justices* ont effectué un revirement sur *Adkins v. Children's Hospital* en reconnaissant le *Minimum wages for women act* de 1913, en vigueur dans l'Etat de Washington, comme étant constitutionnel. Pour fonder cette décision, la Cour explique notamment que les employés et les employeurs ne sont pas sur un pied d'égalité pour négocier leurs contrats, particulièrement avec les conditions économiques et pratiques de l'époque liées à la Dépression. Pour étayer cette décision, le *Chief Justice* Hughes ajoute que le *freedom of contract* n'est pas « une liberté absolue avec laquelle on applique la volonté d'une seule partie, ou que l'on contracte comme l'une en aura décidé »⁴⁶. Ce dernier enrichi son propos en expliquant que « la liberté implique l'absence de restriction arbitraire, mais pas l'immunité face à des régulations ou interdictions raisonnables imposées dans l'intérêt de la communauté »⁴⁷.

Dans les années qui suivirent *Parrish*, la Cour suprême a prit plusieurs autres décisions allant dans ce sens, en établissant petit à petit une nouvelle doctrine. C'est ainsi qu'en 1955, les juges ont déclaré qu'un Etat qui met en vigueur une loi ne devrait pas se voir sanctionner, à partir du moment où il démontre que cette dernière était suffisamment rationnelle pour régler un problème, quand bien même elle entraverait en partie le *freedom of contract*⁴⁸.

⁴³ *Jay Burns Baking v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924).

⁴⁴ *New State Ice v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

⁴⁵ *West coast hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

⁴⁶ « *There is no absolute freedom to do as one wills or to contract as one chooses* ».

⁴⁷ « *Liberty implies the absence of arbitrary restraint, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of the community* ».

⁴⁸ *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955).

A l'heure actuelle, cette doctrine est toujours plébiscitée par la Cour suprême des Etats-Unis, mais les débats ne sont pour autant pas parfaitement clos. En effet, plusieurs Cours inférieures telles que les Cours d'appel fédérales⁴⁹ résistent en appliquant parfois une jurisprudence de type « lochnérienne ». En effet, elles considèrent que la liberté contractuelle peut se voir limiter dans le cadre du bien-être commun, de la santé ou de la sécurité publiques, mais pas dans la dimension individuelle de la passation de contrat. Il faut toutefois préciser que depuis 1937, aucune décision n'a repris la pensée présente dans *Lochner* de manière pure.

B. Le freedom of contract et la gestation pour autrui

La pensée américaine veut que lorsqu'il s'agit d'un contrat passé dans la sphère privée, les individus soient en mesure bénéficiers de leur pleine liberté, sauf à démontrer qu'une des limites précitées est dépassée. Là encore, on note une différence majeure avec le droit français, qui fait notamment valoir une notion qui n'est que vaguement connue par les américains, à savoir celle d'ordre public.

Néanmoins, s'agissant des conventions de mère porteuse, les Etats-Unis semblent écarter ce raisonnement propre aux contrats de droit commun.

En effet, bien que le droit américain leur confère un statut particulier (1), il les accepte malgré tout dans le cas de la majorité des Etats fédérés (2).

1. Le contrat de gestation pour autrui en dehors du droit commun

Cette appréciation différente accordée aux conventions de mères porteuses provient d'une des trois grandes affaires américaines portant sur la gestation pour autrui, à savoir *Baby M* (1986)⁵⁰. Dans les faits, le couple Sterns, atteint d'infertilité, a contacté Mary Beth Whitehead afin qu'elle porte leur futur bébé. A la naissance de l'enfant, cette dernière l'a transmis dans un premier temps aux parents d'intention, avant de très vite faire machine arrière. Celle-ci se sentait en effet dans l'incapacité de se séparer de l'enfant qu'elle avait porté, dans la mesure où elle était également sa génitrice. A l'issue de

⁴⁹ Voir par exemple *Craigmiles v. Giles*, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002).

⁵⁰ *Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

ce procès, la Cour suprême du New-Jersey a déclaré que ce type de contrats ne pouvait être de droit commun et qu'il ne disposait de ce fait pas d'une force obligatoire.

Dans le but d'une meilleure compréhension de ce régime particulier appliqué aux contrats de maternité de substitution, il faut se demander dans un premier temps quel est leur but. Cela correspond en effet à une justification possible de cette limite apportée à la liberté contractuelle en la matière.

Pour rappel, dans un tel contrat, on trouve plusieurs parties. D'un côté les parents d'intention, qui sont dans l'incapacité de procréer, et de l'autre la gestatrice, qui aura pour tâche de porter l'enfant de ces derniers.

Ainsi, une convention de mère porteuse a deux objectifs majeurs. Le premier consiste à organiser les relations entre les parents et la candidate gestatrice. Cela peut se manifester par une limite d'âge imposée à la mère porteuse, un certain poids à ne pas dépasser, ou encore une éventuelle rémunération si l'Etat en question l'y autorise.

Le second but de ce contrat est sans doute le plus important, en ce qu'il va servir à déterminer qui seront les parents reconnus de l'enfant à naître, ou en d'autres termes, qui obtiendra sa garde.

De ce fait, l'objet de cette convention, qui réside dans le service offert par la mère porteuse, n'est pas anodin, d'autant plus qu'il s'agit à terme de la naissance d'une vie humaine. C'est sans doute une des raisons qui explique que les Etats-Unis aient prévu cette restriction au *freedom of contract*.

Après cela, il faut rappeler qu'aux Etats-Unis, il n'existe pas de réglementation centralisée en matière de gestation pour autrui. Cela vaut également pour les contrats qui s'y rattachent. En effet, bien qu'il existe un consensus autour du *freedom of contract*, chaque Etat fédéré dispose de son autonomie en ce qui concerne la réglementation de la question. Ceci est d'autant plus facilité avec l'abandon de la doctrine *Lochner*, qui permet de ne plus appliquer le *substantive due process* en matière contractuelle, ce qui permet aux Etats de bénéficier d'une plus grande souplesse dans la prise des mesures qu'ils estiment nécessaires.

Ainsi, si tous les Etats s'entendent pour dire que les conventions de mères porteuses ne peuvent pas subir une exécution forcée dans toutes les situations, chacun va raisonner d'une manière plus ou moins différente quant à l'application de cette règle.

Toutefois, si un contrat bénéficie d'un statut particulier, cela sous entend qu'il est admis. C'est pour ces raisons que nous n'étudierons que la situation des conventions de GPA passées sur le sol des Etats tolérant la maternité de substitution.

a. Les Etats permissifs : une force exécutoire sous conditions

Dans cette subdivision, on retrouve deux groupes d'Etats. D'un côté ceux qui posent des conditions positives, et de l'autres ceux qui posent des conditions négatives.

Concernant la première catégorie, on peut citer le cas de la Floride. Dans cet Etat, le contrat de gestation pour autrui peut subir une exécution forcée, mais les *Florida Statutes*⁵¹ requièrent pour cela que les parents d'intention soient âgés de 18 ans au minimum, ainsi que mariés ensemble. Ces *statutes* imposent également que la gestatrice soit âgée d'au minimum 18 ans. La doctrine floridienne considère en effet qu'en dessous de cet âge, la mère porteuse n'est pas parfaitement apte à procréer sans risque avéré, mais aussi que les parents sont trop jeunes pour s'occuper d'enfants convenablement. Cela contreviendrait donc aux meilleurs intérêts de l'enfant que de permettre la passation d'un tel contrat en dessous de cet âge.

On peut encore citer la situation du Nevada qui impose que les parties soient chacune mariée légalement, mais aussi que la convention porte sur une procédure gestationnelle uniquement.

Parmi les Etats qui posent des conditions négatives, on dénombre par exemple le Kentucky, l'Oregon ou encore l'Oklahoma qui rendent les conventions de mère porteuse inopposables si les parties ont prévu une rémunération pour la gestatrice. Ces Etats fondent cette interdiction de différentes façons. Pour l'Oregon par exemple, ce sont les *Oregon Statutes*⁵² qui prohibent l'achat et la vente d'une personne.

⁵¹ The 2015 Florida Statutes, Title XLIII, Chapter 742, Section 742.15 (1).

⁵² The 2013 ORS, Vol. 4, Chapter 163, §163.537.

A ces Etats, on peut encore ajouter l'Indiana qui impose un certain nombre de conditions négatives. Ainsi, pour qu'une convention de mère porteuse ait une force exécutoire, il ne faut pas que cette dernière ait donné l'un de ses ovules aux parents d'intention dans le cadre de cette procédure. Il ne faut également pas entre autre que la gestatrice ait consenti à subir un avortement⁵³.

b. Les Etats réfractaires: pas de force exécutoire

Une autre catégorie d'Etats américains se démarque concernant la force exécutoire des contrats de gestation pour autrui, à savoir ceux qui pensent qu'elle ne doit pas exister. Ceci peut paraître paradoxal de ne pas reconnaître l'opposabilité de ce type de conventions, mais de le tolérer quand même.

Parmi ces Etats on retrouve le Kansas. Bien que ce dernier n'ait aucune régulation étatique sur le sujet, on trouve une opinion⁵⁴ produite par le procureur général du Kansas (*attorney general of the State of Kansas*) le 2 juillet 1982 qui déclare que ce type de convention ne devait bénéficier d'aucune force exécutoire.

2. Un contrat dont l'existence est admise

Malgré ces restrictions plus ou moins importantes au *freedom of contract* du fait de l'objet particulier de ces conventions, force est de constater qu'elles existent.

Il est alors légitime de se demander sur quoi se basent les Cours américaines pour juger du bienfondé de cette forme spécifique de contrat, en particulier lorsqu'il s'agit de statuer sur un différent concernant la garde de l'enfant à naître. Trois critères majeurs sont à ce titre souvent invoqués, à savoir les liens génétiques (a), l'intention parentale (b) et l'intérêt de l'enfant (c).

⁵³ Indiana Code, Section 31-20-1-1.

⁵⁴ R. T. STEPHAN, Attorney General of the State of Kansas, opinion 82-150, July 2, 1982.

a. Les liens génétiques

Les liens génétiques revêtissent une certaine importance pour les Cours américaines. C'est en tout cas ce qu'a déterminé la Cour suprême de Californie dans la fameuse affaire *Johnson v. Calvert* (1993)⁵⁵.

Dans ce cas, il était question d'un différend survenu à l'occasion d'une procédure de gestation pour autrui, entre le couple Calvert, dans l'impossibilité de concevoir un enfant suite à l'hystérectomie subie par l'épouse, et Madame Johnson, candidate gestatrice. Le problème survenu portait sur la question de la détermination de la garde de l'enfant, dans la mesure où à sa naissance, la mère porteuse a refusé d'appliquer les termes du contrat, en ne transmettant pas l'enfant aux parents d'intention. Les gamètes utilisées correspondant à celles du couple Calvert⁵⁶, la question qui s'est posée devant la Cour était de savoir si ces derniers étaient les parents naturels de l'enfant ou non, et si, en d'autres termes, la garde devait leur revenir.

La Cour suprême de Californie va alors soulever un point important, en disant qu'il convient de se référer aux liens génétiques présents entre l'enfant et les parents d'intention. Ainsi, présenter un test sanguin démontrant la filiation biologique entre le bébé et les parents d'intention est suffisant pour déterminer la parentalité.

b. L'intention de devenir parent

Toutefois, il est des cas où cette démonstration est impossible du fait du célibat, de l'homosexualité, ou encore de l'infertilité des deux membres d'un couple. Ceci pourrait donc, au terme de la démonstration précédente, poser des problèmes dans l'établissement d'une quelconque filiation.

C'est justement pour ces raisons que la Cour suprême de Californie a établi, dans la même affaire, que les parents naturels de l'enfant pouvaient également être déterminés quant à l'intention parentale dont ils font preuve. Cette intention, selon les juges, se manifeste notamment par la volonté de vouloir élever l'enfant comme s'il avait été obtenu sans aucune aide extérieure.

⁵⁵ *Johnson v. Calvert*, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

⁵⁶ Il faut préciser que Madame Calvert disposait toujours de ses ovaires, ce qui lui a permis d'effectuer un don de gamète.

En l'espèce, la Cour a donc donné raison au couple Calvert, aussi bien sur la base des liens génétiques, que de l'intention parentale qu'ils avaient manifesté dès les prémises de la procédure, et ce à la différence de Madame Johnson, qui souhaitait au départ se séparer de l'enfant, comme le stipulaient les termes du contrat auquel elle avait adhéré.

c. Le meilleur intérêt de l'enfant

Ce troisième fondement est quant à lui un peu plus controversé. En effet les juges, dans l'affaire *Baby M*, ont décidé de l'invoquer pour justifier le fait que l'enfant soit confié aux parents d'intention. Et c'est justement en cela que cette notion de meilleur intérêt de l'enfant peut s'avérer être fluctuante, car selon les arguments, elle peut aussi bien justifier la garde du nouveau né par les parents d'intention, que par la mère porteuse, en particulier dans le cadre d'une procédure de type « *genitrix* ». ⁵⁷ On peut d'ailleurs constater ce phénomène en France, où le débat sur ce sujet est particulièrement nourri. C'est ainsi que des personnes comme Marie-Anne Frison-Roche avancent que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'être séparé de sa gestatrice, alors que d'autres comme le Professeur Israël Nisand affirment tout le contraire.

Aux Etats-Unis, bien que la réglementation de l'intérêt de l'enfant ne s'effectue pas à l'échelle fédérale, la majorité des Etats fédérés dispose de mesures légales en la matière. Toutefois, il faut préciser qu'à l'origine, ce principe a été mis en place dans un cadre plus général et donc extérieur à la gestation pour autrui. C'est pourquoi on n'en trouve aucune mention expresse dans les différents textes étatiques.

En guise d'exemple, on peut citer le Dakota du Nord qui établit que les juges, pour déterminer le meilleur intérêt de l'enfant, devront s'attacher à vérifier notamment qu'il existe « *de l'amour, de l'affection et tout autre lien émotionnel entre les parents et l'enfant, ainsi que la capacité pour chacun d'eux de subvenir aux besoins nutritionnels, affectueux et d'orientation de l'enfant* » ⁵⁸.

L'Oregon partage ce point de vue, en déclarant que les juges doivent s'attacher à détecter plusieurs facteurs, tels que « *les liens émotionnels entre l'enfant et les autres*

⁵⁷ Cornu faisait référence à la procédure dite « *génitrix* » pour qualifier la *gestational surrogacy*, et à la procédure dite « *gestatrix* » pour qualifier la *traditional surrogacy*.

⁵⁸ N.D. Cent. Code Ann. § 14-09-06.2(1) : « *The love, affection, and other emotional ties existing between the parents and child and the ability of each parent to provide the child with nurturing, love, affection, and guidance* »

membres de la famille », mais aussi « l'intérêt des parties et leur attitude vis à vis de l'enfant », ou encore « le désir de poursuivre une relation »⁵⁹.

II. La major life activity et l'Americans with Disabilities Act

La *major life activity* ou activité importante de la vie est une notion américaine particulièrement récente, s'inscrivant dans un contexte relativement large, et inconnue en droit français. Elle fut pour la première fois citée dans l'*United States Code* (USC), avec l'instauration de l'*Americans with Disabilities Act* (ADA)⁶⁰, voté par le Congrès et mis en vigueur en 1990.

Cette loi fédérale intervient suite à un constat effectué par le législateur américain, à savoir que les personnes atteintes d'invalidité (*disability*) sont souvent victimes d'isolement, voire même de ségrégation⁶¹. Plusieurs domaines sont alors montrés du doigt, à l'instar du marché de l'emploi, du logement, mais aussi de l'éducation ou des services de soin⁶².

L'instauration de l'*Americans with Disabilities Act* a donc pour objectif de lutter contre les discriminations faites à l'égard de ces individus. L'idée qui en découle est de permettre à chacun d'avoir les mêmes opportunités, mais également d'être autosuffisant et de pouvoir contribuer à l'évolution de la société.

On peut alors se demander en quoi la gestation pour autrui serait liée d'une manière ou d'une autre à l'ADA. La réponse se trouve dans les définitions données à deux notions interdépendantes qui figurent dans cette loi, à savoir les *disabilities* et les *major life activities* (A). Néanmoins, nous constaterons que l'application qui en est faite est particulièrement limitée (B).

⁵⁹ Or. Rev. Stat. Ann. § 107.137(1) : « *The emotional ties between the child and other family members* » ; « *The interest of the parties in and attitude toward the child* » ; « *The desirability of continuing an existing relationship* »

⁶⁰ U.S.C, Title 42, Chapter 126, §12101 et s.

⁶¹ ADA, Sec. 2 (a) (2), 1990

⁶² ADA, Sec. 2 (a) (3), 1990

A. La définition des notions

Dès 1990, l'ADA définit l'invalidité en trois points, comme étant tout d'abord « *une détérioration physique ou mentale qui limite substantiellement les activités importantes de la vie d'un individu* »⁶³. Cela peut ensuite consister en « *l'enregistrement d'une telle détérioration* »⁶⁴ ou finalement dans le fait « *d'être considéré comme ayant une telle détérioration* »⁶⁵.

Dans notre cas, c'est sur la première définition qu'il faut s'attarder, étant donné que c'est en elle que figure la notion d'activités importantes de la vie. Pendant un certain temps, il faut savoir que l'application de ce concept a posé quelques problèmes, dans la mesure où on ne disposait d'aucune précision réelle quant à son essence. Les juridictions américaines ont donc eu libre cours afin d'en donner une définition plus abordable.

C'est ainsi qu'en 1998, dans l'affaire *Bragdon v. Abbott*⁶⁶, la Cour suprême a déterminé que la reproduction humaine entrerait sous le coup des *major life activities*.

Dix ans plus tard, en 2008, cette interprétation des *Justices* a été officiellement reprise par le Congrès des Etats-Unis lors de la réforme portée à l'ADA. Dès lors, si les objectifs de l'acte demeurent inchangés, ce dernier dispose désormais d'une section 4 (2) (A) et (B), dans laquelle figure une énumération assez précise et non exhaustive de ce que la notion de *major life activities* doit comporter. On constate ainsi qu'une telle activité peut consister en manger, dormir, marcher, mais aussi peut correspondre au bon fonctionnement du système immunitaire, du cerveau ou des fonctions reproductrices.

Bien que le législateur américain ne vise pas directement la maternité de substitution, rien ne permet de penser qu'il l'interdit au travers de ce texte. En effet, si une personne est atteinte d'infertilité, elle pourra être considérée comme invalide au sens de l'ADA, étant donné qu'une de ses activités majeures de la vie est atteinte. De ce fait, cette dernière, pour ne pas être victime de discrimination, devrait pouvoir bénéficier du

⁶³ ADA, Sec 3 (2) (A), 1990: « *a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual* ».

⁶⁴ ADA, Sec 3 (2) (B), 1990 : « *a record of such an impairment* ».

⁶⁵ ADA, Sec 3 (2) (C), 1990 : « *being regarded as having such an impairment* ».

⁶⁶ *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624 (1998).

traitement adéquat afin de pouvoir remédier à son problème, à l'instar d'une FIV ou à défaut, du recours à une mère porteuse.

Néanmoins, l'ADA comporte un bémol sérieux quant à son application particulièrement réduite.

B. L'Americans with Disabilities Act : un texte à l'applicabilité limitée

L'ADA a pour objectif de faire disparaître toute forme de discrimination à l'encontre des personnes atteintes d'invalidité. Toutefois, le législateur américain a mis un accent particulier sur les cibles de ce texte, qui ne sont qu'au nombre de trois : les employeurs, les entités publiques et les entités privées exploitant des lieux et services publics.

Dans le cadre de cette étude, il ne conviendra de s'attarder que sur les deux premières formes, qui sont les plus susceptibles d'être confrontées à des personnes atteintes de problèmes d'infertilité.

1. Les employeurs

Aux Etats-Unis, les employeurs peuvent décider d'offrir à leurs employés une couverture sociale concernant leur santé, conformément à l'*Employee Retirement Income Security Act* (ERISA). C'est en cela que l'ADA trouve à s'appliquer à leur égard. Néanmoins, la question en matière d'infertilité et de traitement adéquat est particulièrement difficile, car nombreuses sont les sociétés qui refusent d'offrir une protection si poussée. C'est pourquoi la question a été tranchée au sein de deux arrêts notoires : *Krauel v. Iowa Methodist Medical Center* (1996)⁶⁷ et *Saks v. Franklin Covey Co.* (2000)⁶⁸.

Dans la première affaire jugée par la Cour d'appel fédérale du 8^{ème} Circuit, la question s'est posée de savoir si une employée pouvait poursuivre son employeur pour discrimination au sens de l'ADA, en raison de l'insuffisance de la couverture santé souscrite par ce dernier, en ce qu'elle ne subviennait pas aux frais inhérents aux interventions qu'elle a subies en guise de traitement de son infertilité.

⁶⁷ *Krauel v. Iowa Methodist Medical Center*, 95 F.3d 674 (8th Cir. 1996).

⁶⁸ *Saks v. Franklin Covey Co.*, 117 F.Supp.2d 318, 327-28, 329, 330 (S.D.N.Y.2000)

La réponse de la Cour fut négative. Les juges ont en effet considéré, à l'époque, que l'infertilité n'entraîne pas dans le cadre des *major life activities*, et donc qu'il n'existait ici aucune forme d'invalidité permettant l'application de l'ADA⁶⁹.

En 2000, la Cour d'appel fédérale du 2^{ème} Circuit fut saisi d'une affaire similaire. En l'espèce, une employée a décidé de poursuivre son employeur sur la base de la discrimination au sens de l'ADA, car ce dernier n'a pas couvert ses dépenses concernant les méthodes de procréation médicalement assistée auxquelles elle a eu recours pour tomber enceinte.

La décision retenue fut toutefois différente du cas précédent, du fait de l'émergence de *Bragdon v. Abbott* jugée deux ans plus tôt par la Cour suprême des Etats-Unis, qui retenait alors que la procréation entraîne dans le cadre des *major life activities*.

Néanmoins, la direction prise par les juges de la Cour d'appel restera inchangée. Ils considéreront en effet que l'on ne peut pas parler de discrimination dans ce cas, dans la mesure où l'employeur prévoit la même couverture santé pour chacun de ses employés.

La morale qui ressort de ces deux affaires, c'est que la gestation pour autrui, et plus largement les traitements de l'infertilité ne peuvent pas bénéficier de la protection de l'ADA face aux employeurs.

2. Les entités publiques

A l'heure actuelle, aucune affaire mettant en cause des entités publiques n'a été portée devant les juridictions américaines. On ne s'attachera donc qu'à étudier et interpréter la lettre de l'ADA en la matière.

Dans un premier temps, le texte définit le terme d'« entité publique » comme étant entre autre un Etat, un gouvernement local, ou encore un démembrement de ces derniers. Il s'attache ensuite à donner une définition du terme « discrimination » lorsqu'il est employé vis-à-vis d'une entité publique. Cette notion réside ainsi dans le fait pour une personne d'être exclue de la participation à la vie sociétale, mais également « des

⁶⁹ Il faut noter que cette décision intervient deux ans avant *Bragdon v. Abbott*, jugé par la Cour suprême des Etats-Unis, qui mis en place une solution inverse.

bénéfices des services, programmes ou activités d'une entité publique, ou être soumis à une discrimination par une telle entité »⁷⁰.

Là encore, la rédaction de ces textes est particulièrement large. De ce fait, cela permet d'envisager une réflexion sur le cas de la gestation pour autrui.

En effet, personne n'est sans savoir qu'une grossesse peut engendrer de nombreux frais médicaux. Si la France dispose d'un système de sécurité sociale permettant de se voir rembourser ces dépenses, ce n'est pas tout à fait le cas des Etats-Unis, qui dans un esprit libéral, ont préféré jusqu'à très récemment laisser le champ libre aux assurances privées de santé. Cette question du financement de la grossesse s'avère donc importante, notamment dans le cadre d'une GPA.

Ainsi, si l'on s'attache à la lettre de l'ADA, on peut considérer qu'un Etat fédéré est dans l'obligation de venir en aide aux couples infertiles qui ne disposent pas de moyens financiers suffisants. En effet, en privant ce couple de cette forme de traitement contre l'infertilité, cela pourrait constituer une entrave à son droit de participer à la vie de la société en permettant la naissance d'un nouveau citoyen.

III. La personal autonomy

La notion de *personal autonomy* consiste grossièrement en la possibilité pour une personne de disposer de son corps librement. Appliquée à la gestation pour autrui, elle autorise une femme à porter l'enfant d'autres personnes, à partir du moment où cette dernière en manifeste la volonté.

Ce concept d'autonomie personnelle n'est pas parfaitement inconnu en France, grâce à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme dans *Pretty c. Royaume-Uni* (2002)⁷¹. Néanmoins, cette dernière est définie de manière sensiblement différente par la Cour suprême des Etats-Unis, de telle sorte que son application n'est pas la même.

⁷⁰ ADA, Subchapter II, Part. A, Sec. 12132.

⁷¹ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, du 29 avril 2002.

En Europe, et donc en France, l'autonomie personnelle s'adosse au principe d'indisponibilité du corps humain, mais uniquement dans le rapport de soi à soi, qui permet, entre autre, de s'adonner à des pratiques dangereuses, au péril sa propre vie.

La Cour européenne des droits de l'Homme considère en effet que le pouvoir de disposer de son corps est effectif, mais uniquement à partir du moment où aucun tiers n'est impliqué dans l'action avec son corps. Ainsi, par ce biais, les juges cherchent à protéger non pas la personne contre elle-même, mais plutôt contre autrui⁷².

Aux Etats-Unis, l'objectif principal de la *personal autonomy* est le même, en ce sens que l'on souhaite offrir à chacun la possibilité de disposer librement de son corps. Toutefois, l'appréciation qui en est faite est tout à fait différente. En effet, si en France l'autonomie personnelle est vue comme l'exception, aux Etats-Unis elle constitue le principe.

Ceci se manifeste notamment par la protection qui est accordée à ce concept (A). Il conviendra ensuite d'étudier en quoi il peut s'avérer être un fondement pour la GPA (B).

A. La protection accordée à la *personal autonomy*

La *personal autonomy* n'est pas une notion inventée *ex-nihilo*. Elle provient en effet d'une décision tranchée par la Cour suprême des Etats-Unis, dans *Griswold v. Connecticut* (1965)⁷³, où il était question du droit pour des personnes de pouvoir bénéficier de contraceptifs, qui étaient jusqu'alors interdits aux Etats-Unis.

Cette doctrine fut par la suite étayée par les *Justices*, notamment dans *Roe v. Wade* (1973)⁷⁴. Dans ce cas lié à la possibilité pour une femme d'avorter, la Cour va permettre l'érection de cette liberté fondamentale de disposer de son corps en lui accordant une protection constitutionnelle, se basant sur une notion alors bien connue en France et aux Etats-Unis, à savoir le droit à la vie privée. De ce fait, la *personal autonomy* va bénéficier d'un soutien accru émanant de la Constitution des Etats-Unis, et plus particulièrement du Quatorzième amendement, au travers de la *due process clause*.

⁷² CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, du 29 avril 2002.

⁷³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁷⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Pour rappel, l'objectif de cette clause est de protéger le justiciable américain de toute tentative des pouvoirs publics d'établir des lois qu'ils ne seraient pas habilités à mettre en vigueur⁷⁵.

La signification de cette protection accordée à la *personal autonomy* permet de classer le droit de disposer de son corps au rang de droit fondamental.

Cette précision a dès lors toute son importance, d'autant plus lorsqu'on s'attache à préciser la portée de cette notion.

B. La *personal autonomy* : un fondement possible de la GPA

La *personal autonomy* fonde donc le droit de disposer librement de son corps. Cela permet de s'interroger sur la possibilité que cette notion puisse servir de base à la maternité de substitution. La question est d'autant plus vraisemblable lorsque l'on se focalise sur les domaines qui ont vu naître ce concept.

En effet, si la *personal autonomy* ne se limite pas qu'à cela, son domaine de prédilection réside majoritairement dans les droits à la reproduction (*reproductive rights*). C'est ce que l'on a pu constater dans *Griswold* et *Roe*, mais aussi dans d'autres affaires comme *Eisenstadt v. Baird* (1972)⁷⁶, ou encore *Relf v. Weinberger* (1974)⁷⁷.

Néanmoins à l'heure actuelle, aucune décision ne relate l'appartenance de la gestation pour autrui à la liste des pratiques protégées par l'autonomie personnelle. Il faut donc se montrer prudent quant à l'éventuelle protection qu'elle serait amenée à lui offrir.

En effet, même si la *personal autonomy* bénéficie d'une protection constitutionnelle, l'étendue de cette liberté n'est pas absolue.

C'est en tout cas ce qu'a cherché à démontrer la Cour suprême des Etats-Unis dans *Bowers v. Hardwick* (1986)⁷⁸, en maintenant une loi géorgienne sur l'interdiction des rapports sexuels entre les personnes de même sexe. Selon les *Justices*, si les rapports

⁷⁵ Pour plus de précisions, se rapporter aux I, A, 1 de cette partie.

⁷⁶ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁷⁷ *Relf v. Weinberger*, U.S.D.C, Civ. A. Nos. 73-1557, 74-243.

⁷⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

sexuels ne doivent en aucun cas regarder le législateur, il n'en va pas de même pour toutes les pratiques. La Cour a ainsi considéré qu'aucun droit protégé par la Constitution n'avait été bafoué ou même menacé par cette loi, et qu'elle devait donc être maintenue.

Cependant, cette jurisprudence fut renversée par la Cour en 2003, avec *Lawrence v. Texas* (2003)⁷⁹. Dans cette affaire, les *Justices* ont en effet considéré que la vision précédente était obsolète et surtout trop restrictive de liberté, en particulier du point de vue de l'intimité des pratiques visées.

Cette évolution de la doctrine la *personal autonomy* démontre que la Cour essaye d'évoluer au regard des questions actuelles. Un tel état d'esprit permet *de facto* de conjecturer que si la Cour suprême devait être confrontée à un cas portant sur la gestation pour autrui, elle ne serait pas hostile à user de cette notion pour fonder cette pratique.

Conclusion de la Partie I

Dans cette partie, sans grand étonnement, il a été possible de constater que les deux droits étaient en opposition quant à la manière de protéger le corps humain.

La France, disposant d'une législation paternaliste en la matière, considère le principe d'indisponibilité du corps humain comme étant essentiel à cet objectif de sauvegarde du corps. C'est en tout cas ce que l'on peut remarquer à la vue du dispositif législatif mis en place par la République française, en particulier avec les lois bioéthiques.

Néanmoins, si l'on peut saluer cette visée noble, les Etats-Unis ont démontré qu'il était possible de faire vivre une société sans qu'un tel principe n'existe. Bien sur, dans une telle configuration, la protection accordée au corps n'a pas la même essence, et la conception que l'on a de ce dernier est différente. C'est ce qui donne cette balance si particulière entre le libéralisme, qui permet de passer un contrat sur son corps, et la morale qui cherche à ralentir les avancées trop extravagantes⁸⁰.

⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸⁰ Voir par exemple *Moore v. Regents of the University of California*, 499 U.S. 936 (1991).

A la lecture des différentes bribes de droit américain qui ont été étudiées dans cette première partie, que ce soit la jurisprudence ou les textes législatifs, on a en effet la sensation de retrouver un certain laissez-faire, avec l'impression que le pouvoir en place a cherché à responsabiliser les américains, plutôt qu'à leur imposer une protection, qui aurait de toute façon été contraire aux *due process clauses* incluses dans les Cinquième et Quatorzième Amendements.

Malgré l'existence de ces principes que tout tend à opposer, nous allons voir dans la deuxième partie de ce mémoire que les deux droits peuvent s'entendre, voire même s'allier dans une certaine mesure.

Partie 2 – Des fondements conciliables

Dans la première partie, il a été possible de voir que le droit américain était en opposition nette avec un fondement majeur du droit français, à savoir le principe d'indisponibilité du corps humain.

Cette partie aura pour objectif de démontrer que malgré ces divergences importantes, ces deux systèmes disposent d'instruments qui peuvent les allier dans un but commun (I). Néanmoins, cette entente s'avèrera être toute relative, dans la mesure où des principes communs aux Etats-Unis et à la France disposent d'une interprétation différente (II).

I. Les fondements communs aux deux nations

Si la gestation pour autrui est une pratique qui tend à se répandre de plus en plus sur la surface du globe, il n'en reste pas moins que cette dernière doit être considérée avec une attention toute particulière. En effet, il faut en permanence garder à l'esprit que cette méthode est essentiellement basée sur des vies humaines, en particulier celle de la mère porteuse et des enfants à naître. Pour beaucoup dans le monde, nombreuses sont les tentations de céder à l'appât de l'argent « facile », pour sortir d'une situation précaire en seulement quelques mois. Nombreuses également sont les tentations de personnes qui exploitent ce nouveau marché, au détriment des plus démunis.

Nous l'aurons compris, la gestation pour autrui peut se montrer sous une face plutôt sombre, qui laisse libre cours à de nombreuses dérives, comme on a pu encore le voir récemment en Inde⁸¹, où la mère porteuse est uniquement considérée comme un outil susceptible d'apporter du profit.

C'est pour lutter contre de tels débordements et contre une instrumentalisation massive du corps, et *a fortiori* des personnes, que les Etats-Unis et la France ont adopté des instruments tels que la criminalisation de la traite des êtres humains (ou *human trafficking*) (A) ou l'interdiction de la vente de produits et éléments du corps humain (B). A côté de cela, les deux Etats mènent une autre forme de lutte au travers de la sauvegarde des libertés de chacun (C).

A. La prohibition de la traite des êtres humains

Dans l'esprit collectif, la traite des êtres humains se résume, de par son passé historique, à l'esclavage. Néanmoins, cela est beaucoup plus vaste. En effet, quelques autres pratiques sont à mentionner comme notamment l'exploitation sexuelle (en particulier des femmes et des enfants), mais aussi le travail forcé, ou encore le trafic d'organes⁸².

A première vue, on est en droit de se demander quels sont les liens qu'entretient la gestation pour autrui avec la traite des êtres humains. La réponse ne vient effectivement pas directement à l'esprit pour une raison simple : c'est que nous ne connaissons pas sur le sol de nos deux Etats respectifs une telle forme d'exploitation au travers de cette pratique reproductive.

Ces dérives ont pu être empêchées par différentes mesures prises par les Etats-Unis et la France en la matière, qui se traduisent aussi bien par le droit international (1), que par leurs droits nationaux respectifs (2).

⁸¹ E. HILTON, « The surrogacy industry and human trafficking », Action Institute, 31 mai 2015, disponible sur www.blog.acton.org.

⁸² <http://www.interpol.int>

1. En droit international

Afin d'éviter que la gestation pour autrui ne soit pratiquée dans un cadre incertain laissant libre cours à l'exploitation des femmes, les Etats-Unis et la France ont pris part à des engagements internationaux communs.

Le protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, plus communément appelé premier protocole additionnel à la Convention de Palerme, est un texte signé par 147 Etats, parmi lesquels figurent la France et les Etats-Unis. Il fut ratifié par ces deux pays, respectivement les 29 octobre 2002 et 3 novembre 2005.

Ce protocole a trois objectifs majeurs⁸³. Tout d'abord, et c'est sans doute le plus important, il convient de lutter contre l'exploitation des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants. Ensuite, l'idée est d'aider les victimes de telles pratiques. Enfin, le protocole ajoute que pour une meilleure application de ses dispositions, il faut garantir une coopération suffisante entre les Etats parties.

Dans notre cas, il conviendra de s'intéresser principalement au premier de ces objectifs, étant donné que c'est dans le cadre de la traite des êtres humains que l'on peut retrouver une certaine forme de gestation pour autrui.

Pour démontrer cette allégation, et à défaut de doctrine ou d'arrêts internationaux sur ce sujet exact, il nous faudra interpréter la définition de la traite des êtres humains donnée par le premier protocole additionnel à la Convention de Palerme. Cette dernière est assez longue et peut se lire comme suit : « *L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au*

⁸³ Article 2 du premier protocole additionnel à la Convention de Palerme (2000).

minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes »⁸⁴.

De cette énumération, si tout n'est pas à retenir en ce qui concerne la GPA, plusieurs éléments doivent attirer notre attention.

C'est notamment le cas du recrutement de personnes par abus d'une situation de vulnérabilité. En effet, dans la majorité des Etats qui ont connu des débordements quant à la pratique de la maternité de substitution, c'est la pauvreté qui est utilisée comme argument pour recruter les mères porteuses. On comprend dès lors que le consentement de ces femmes n'est pas donné, mais extorqué, ce qui permet de considérer que cela constitue bel et bien un abus, étant donné que ces dernières, dans une situation financière moins précaire⁸⁵, n'auraient sûrement pas donné leur accord pour participer à de telles pratiques.

2. En droit national

La France et les Etats-Unis, dans leur combat commun contre l'exploitation humaine vis-à-vis de la GPA, ne se sont pas contentés de signer le premier protocole additionnel à la Convention de Palerme pour mener cette lutte.

En effet, les Etats-Unis disposaient déjà d'une telle réglementation quelques mois avant la signature de ce texte international, au travers du *Victims of trafficking and violence protection Act* (28 octobre 2000). L'objectif de ce texte ne diffère pas de celui inscrit dans le protocole susvisé, en ce sens qu'il consiste également à protéger cette forme moderne d'esclavage qu'est la traite des êtres humains⁸⁶. La protection offerte ici est donc similaire à celle du texte international.

⁸⁴ Article 3a du premier protocole additionnel à la Convention de Palerme (2000).

⁸⁵ Nomaternitytraffic, « La gestation pour autrui (GPA) est incompatible avec le droit international », Mars 2016, disponible sur www.nomaternitytraffic.eu.

⁸⁶ *Victims of trafficking and violence protection act* (2000), Div. A, Sect. 102, (a).

Il faut toutefois noter quelques légères différences, comme la distinction faite entre la traite d'être humain et la traite sérieuse d'être humain, la deuxième regroupant notamment l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants de moins de 18 ans⁸⁷.

Pour la France, qui disposait déjà de nombreux textes prohibant l'esclavage, il faudra attendre 2003 pour voir arriver dans l'arsenal législatif, la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure. C'est cette dernière qui donnera notamment naissance à l'article 225-4-1 du code pénal portant sur la traite des êtres humains. Etant donné que ce texte est mis en vigueur quelques mois seulement après la ratification du premier protocole additionnel à la Convention de Palerme, les définitions qui y sont données sont presque mots pour mots identiques.

A côté de ces dispositions concernant la traite des êtres humains, les deux systèmes ont établi une autre forme de protection de la personne, au travers de l'interdiction de vendre des produits issus du corps humain.

B. La prohibition de la vente des produits du corps humain

La vente d'organe n'a pas de lien direct avec la GPA. Pourtant, les deux sont concernés par un sujet similaire, à savoir la protection du corps humain. Il a jusqu'ici été possible de constater que la France et les Etats-Unis disposaient de points de vues et d'outils juridiques différents afin d'assouvir cet objectif. Néanmoins, cette opposition disparaît en matière de vente de produits et éléments du corps humain.

Ainsi, les deux Etats disposent de textes visant à réprimer les conventions passées à titre onéreux sur certains produits du corps (1), mais dans les deux droits cela reste limité (2).

1. La prohibition

Le droit américain traditionnel, particulièrement libéral, ne voit aucune objection à ce qu'un individu décide de commercialiser certaines parties de son corps, conformément à

⁸⁷ *Victims of trafficking and violence protection act* (2000), Div. A, Sect. 103, (8).

la doctrine attachée au *freedom of contract*⁸⁸. C'est pourquoi dès 1984, le Congrès des Etats-Unis a décidé de remédier à ce problème en votant le *National Organ Transplantation Act* (NOTA). Ce texte particulièrement important fait figure d'exception dans le paysage juridique américain, en veillant à interdire purement et simplement la vente d'organes humains (*human organs*)⁸⁹. Cette vision sera confortée par un rapport du Sénat sur ce sujet⁹⁰, où il sera établi que « *les différentes parties du corps humain ne devraient pas être vues comme étant de la marchandise* »⁹¹.

Cette interdiction est d'autant plus sérieuse qu'elle est assortie d'une sanction particulièrement lourde, à savoir une peine pécuniaire de 50.000\$ d'amende, pouvant être assortie d'une peine privative de liberté allant jusqu'à 5 ans⁹².

La France quant à elle ne fait pas défaut et instaure dès 1976 ce qui s'avèrera être l'entrée en matière d'un arsenal législatif à l'encontre de la vente d'organes humains.

La loi du 22 décembre 1976, relative aux prélèvements d'organes, interdisait déjà d'allouer une contrepartie financière à tout prélèvement d'organe⁹³.

Ce texte va servir de base à la loi bioéthique de 1994, qui va instaurer le principe d'extrapatrimonialité du corps humain dans le code civil⁹⁴. Celui-ci vise à interdire le monnayage des éléments et produits du corps, sous peine de nullité absolue de la convention entreprise.

Enfin, il faut préciser que si la France dispose de sanctions civiles, elle prévoit également des sanctions pénales incluses, dans un premier temps, à l'article 511-2 du code pénal. Ce dernier régle la situation où un individu réussirait à obtenir d'une autre personne qu'elle lui offre un de ses organes, contre une rémunération quelconque. Un tel comportement fait encourir à son auteur une peine de sept ans d'emprisonnement, assortie de 100.000 euros d'amende.

⁸⁸ D. TISSIER, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, 2013, p.391.

⁸⁹ NOTA, Sec. 274 e, (a).

⁹⁰ S. REP. NO. 382, 98th Cong., 2nd Sess. 2 (1984) at 17.

⁹¹ « *Human body parts should not be viewed as commodities* ».

⁹² NOTA, Sec. 274 e, (b).

⁹³ Article 3 de la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes

⁹⁴ L'interdiction se trouve dans plusieurs articles dans le code civil, à savoir les 16-1, 16-5 et 16-6. On peut également la retrouver à l'article L1211-4 du code de la santé publique.

Dans un second temps, d'autres sanctions pénales sont prévues à l'article 511-4 du même code, mais cette fois-ci dans le cas où l'auteur réussirait à obtenir des tissus, des cellules ou des produits du corps humains. Les peines encourues sont ici moins élevées que dans le cas précédent : cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende.

Les deux Etats partagent donc un point de vue similaire sur la protection à offrir au corps humain en la matière. Néanmoins, ils s'accordent aussi sur le fait que cette dernière n'est pas absolue.

2. Une prohibition non absolue

En Common law, il est de coutume de distinguer deux types de produits du corps humain, à savoir les produits régénérables et les produits non régénérables, les premiers pouvant être commercialisés mais pas les seconds⁹⁵.

Le droit américain ne fait pas défaut à cette pratique et applique cette différenciation par le biais du NOTA⁹⁶, au travers de la définition qu'il donne des « organes humains ».

En effet, selon ce texte, ces termes doivent être entendus comme représentant « les reins, le foie, le cœur, le poumon, le pancréas, la moelle osseuse, la cornée, les yeux, les os et la peau »⁹⁷.

Selon cette section du NOTA, cette énumération vise les organes qui ne peuvent pas faire l'objet de commercialisation. De ce fait, si l'on interprète cet article par sa réciproque, on peut considérer que tout autre organe ne figurant pas sur cette liste, répond aux règles propres au *freedom of contract*. Ce sera par exemple le cas du sang, des cheveux, des dents, du lait maternel ou encore du sperme.

La France ne connaît quant à elle pas exactement cette distinction entre produits et éléments du corps humain régénérables ou non-régénérables. Néanmoins, elle retient que certains d'entre eux ne doivent pas être soumis au principe d'extrapatrimonialité

⁹⁵ D. TISSIER, op cit. p. 391.

⁹⁶ NOTA, Sec. 274 e, (c), (1).

⁹⁷ « *The term "human organ" means the human (including fetal) kidney, liver, heart, lung, pancreas, bone marrow, cornea, eye, bone, and skin or any subpart thereof and any other human organ* ».

du corps humain. Ces derniers sont listés exhaustivement à l'article R1211-49 du code de la santé publique et concernent « les cheveux, les ongles, les poils et les dents ».

On constate donc que la ligne directrice des deux Etats semble aller dans le même sens. Néanmoins, il convient de mitiger ce propos. En effet, si d'un point de vue général ils appliquent des règles de mêmes tendances, l'importance accordée à la protection du corps concernant la vente des produits et éléments de ce dernier n'est pas la même. Cela se vérifie assez aisément vis à vis de la quantité de textes en la matière. Sur ce point, la France dépasse de loin les Etats-Unis, tant par le nombre de lois, que par la hauteur des sanctions. De plus, si l'on s'attache à lire la partie du NOTA prohibant le commerce d'organe, on se rend compte qu'elle est particulièrement courte en comparaison des textes français.

Pour conclure cette partie, on peut donc dire que ces deux pays partagent une vision commune de cette interdiction, mais qu'elle constitue un principe chez l'un (la France), alors qu'elle revêt le caractère d'exception chez l'autre (aux Etats-Unis).

C. Le droit à la liberté inclus dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen et le Bill of Rights

Le droit à la liberté est un fondement important de la gestation pour autrui aux Etats-Unis, étant entendu qu'une personne doit pouvoir disposer de son corps librement⁹⁸.

Cette notion de droit à la liberté est particulièrement importante au sein de l'ensemble législatif propre aux deux pays, étant donné qu'elle trouve ses fondements dans deux textes à portée constitutionnelle, à savoir la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (ou DDHC) pour la France, et le Bill of Rights (ou Déclaration des Droits) pour les Etats-Unis.

⁹⁸ C'est le point de vue dégagé par la Cour suprême des Etats-Unis dans *Union Pacific Railway v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891).

Afin d'étudier au mieux ce concept, il convient tout d'abord de s'attacher à définir le droit à la liberté en utilisant ces deux textes (1), avant de pouvoir les mettre en pratique au travers d'un exemple de référence, à savoir la légalisation de l'avortement (2).

1. Le droit à la liberté, une notion à définir

Le droit à la liberté constitue une notion inhérente à toute démocratie. C'est pourquoi elle est proclamée et fermement protégée par les Déclarations française et américaine des droits de l'Homme⁹⁹. Elle constitue à cet effet une pierre angulaire dans l'ensemble législatif de ces deux pays.

Pour comprendre la portée importante de ces textes, il faut garder à l'esprit leur origine historique. En effet, la DDHC et le Bill of Rights sont nés à quelques mois d'intervalle, en 1789, tous deux suite à une Révolution. Ce mouvement avait un but précis, à savoir réprimer l'oppression exercée par le pouvoir en place, pour, à terme, disposer de libertés sûres. Ceci explique qu'à l'heure actuelle, ces textes figurent dans la Constitution pour les Etats-Unis, et dans le bloc de constitutionnalité pour la France, par l'intermédiaire du préambule de la Constitution de 1946.

Concernant la définition du droit à la liberté, les deux textes restent relativement vagues afin de permettre une application aussi large que possible de la protection qu'ils contiennent. Ainsi, le Quatorzième Amendement du Bill of Rights ne vient seulement mentionner « *qu'aucun Etat ne privera aucune personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété, sans due process of law* »¹⁰⁰.

La DDHC de son côté, n'est qu'à peine plus précise, en établissant dans son article 4 que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux autres* ». A côté de cette définition, on trouve deux autres références à cette notion de liberté dans ce texte. La première est visible à l'article 1^{er}, qui dispose que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en droit* ». La deuxième s'inscrit dans le cadre de l'article 2, où les droits

⁹⁹ Il faut entendre par cette expression la DDHC et le Bill of Rights.

¹⁰⁰ Bill of Rights, 14^e Amendement, Section 1 : « *... nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ...* ».

naturels de l'Homme sont décrits comme étant « *la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression* »¹⁰¹.

Pour tenter d'approfondir la signification du droit à la liberté, il faut de ce fait se rapporter aux différentes décisions prises par les institutions américaines et françaises. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis a établi que l'Etat ne peut réduire les libertés d'une personne, car celle-ci doit pouvoir « *être libre de jouir de toutes ses facultés* », mais aussi « *être libre de les utiliser de toutes les manières légales qui soient* ». Elle ajoute que cela peut également consister dans le fait de « *vivre et travailler où on le souhaite* », ou encore « *de gagner sa vie par tout moyen légal* »¹⁰².

Pour le cas de la France, le Conseil Constitutionnel n'offre aucune précision supplémentaire quant au sens à donner au droit à la liberté. Toutefois, ce dernier vient officialiser ses fondements, en mentionnant tout d'abord l'article 2¹⁰³, puis les articles 1^{er} et 4 de la DDHC¹⁰⁴. Cette décision, bien que vierge de toute définition supplémentaire, a tout de même une portée importante, en ce sens qu'elle vient réaffirmer la protection constitutionnelle offerte à la liberté par la DDHC.

Dès lors, grâce à ces informations sur ces textes de référence, il est possible de s'attacher à étudier les interprétations qui en ont été faite, aussi bien par la Cour suprême des Etats-Unis, que par le Conseil constitutionnel.

2. Une mise en pratique des textes : l'exemple de l'avortement

Etant donné que ces textes sont particulièrement anciens, il est important d'étudier leur interprétation contemporaine afin de comprendre la manière dont ils s'appliquent.

A défaut de disposer de jurisprudence traitant directement de la gestation pour autrui sous l'angle du droit à la liberté, il faudra recourir à un exemple qui lui est proche, à savoir l'avortement. Cette pratique consiste à offrir la possibilité à une femme de

¹⁰¹ DDHC, article 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

¹⁰² *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, (1897).

¹⁰³ Cons. Const., n°75-54 DC du 15 janvier 1975 (IVG I).

¹⁰⁴ Cons. Const., n°94-343/344 du 27 juillet 1994 (IVG II).

bénéficier d'une aide médicale afin de mettre fin à sa grossesse, et ceux avant l'écoulement d'un certain délai pouvant varier suivant les Etats.

Bien entendu, cette pratique est à première vue extrêmement différente de la GPA. Néanmoins, en approfondissant un peu, il est possible de s'apercevoir qu'il existe certaines caractéristiques communes. Ainsi, les deux pratiques ont un lien avec la protection du corps humain. De même, elles ont trait à la liberté pour une femme de pouvoir disposer de son corps. Enfin, la question de la légalisation de ces deux procédés s'est posée sur les sols français et américain.

Le premier des deux pays à avoir été confronté à la question de savoir si une femme pouvait avorter est les Etats-Unis. Ainsi, en 1973, la Cour suprême fut saisie de la très célèbre affaire *Roe v. Wade*, dans laquelle une loi texane sur l'avortement fut mise en cause, en ce qu'elle prévoyait des sanctions criminelles à l'égard de cette pratique, à l'exception toutefois des cas où elle relevait d'une prescription médicale, établie dans le cadre d'une grossesse à risque.

A cette occasion, plusieurs questions de droit ont été soumises à la Cour suprême des Etats-Unis. La première concernait par exemple la validité de la loi texane sur l'avortement à l'égard de la Constitution. L'interrogation qui s'avèrera toutefois être la plus importante concernait la *due process clause* du Quatorzième Amendement, et plus précisément la possibilité d'étendre le *right of privacy* au corps humain, afin d'admettre la validité de l'avortement.

La Cour suprême va alors décider d'invalider cette loi texane et va par ce biais, rendre le recours à cette pratique légal.

Pour fonder cette liberté de pouvoir avorter, et plus généralement de pouvoir disposer de son corps, les *Justices* vont procéder à un raisonnement assez technique. En effet pour commencer, ces derniers partent de la *due process clause* du Quatorzième Amendement, qui, pour rappel, vise à limiter les pouvoirs de l'Etat en particulier vis à vis de « *la vie d'une personne, de sa liberté, ou de ses biens* ». En utilisant la notion de liberté incluse dans cette clause, la Cour va décider d'étendre le *right of privacy* au corps humain. Grâce à ce procédé, le juge Blackmun explique dans son opinion au nom de la Cour, que la liberté de pouvoir disposer de son corps bénéficie de la *due process clause*, et qu'elle ne peut plus, dès lors, subir aucune immixtion injustifiée de l'Etat.

Cette manipulation juridique, la France ne la reprendra pas comme telle. Néanmoins, rien n'empêche de penser qu'elle se soit inspirée de la solution adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis dans *Roe*. En effet, le Conseil constitutionnel fut saisi d'une problématique similaire seulement deux ans plus tard, ce qui donnera d'ailleurs lieu à la décision du 15 janvier 1975, dite IVG I.

Le rôle du Conseil fût ici de déterminer si la loi portant sur l'interruption volontaire de grossesse (ou loi Veil) était bien conforme à la Constitution. La réponse à cette question se trouvera être favorable¹⁰⁵.

Pour arriver à ce résultat, le Conseil constitutionnel utilise un raisonnement moins complexe que celui de la Cour suprême des Etats-Unis. En effet, les membres du Conseil vont appliquer la DDHC à l'interruption volontaire de grossesse, et plus particulièrement son article 2¹⁰⁶. Ce dernier dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

Ainsi, de la même manière qu'aux Etats-Unis, le Conseil constitutionnel va utiliser le recours à la liberté pour justifier la possibilité offerte à une femme de pouvoir avorter.

Néanmoins, un point particulier de cette décision doit être souligné. En effet, on peut noter qu'ici, seul l'article 2 de la DDHC est cité, excluant *de facto* les articles 1 et 4, au sein desquels la formule consacrée à la liberté est sans doute jugée trop large¹⁰⁷. Ceci démontre la volonté des conseillers constitutionnels de jouer la carte de la prudence sur une affaire pouvant s'avérer être lourde de conséquences¹⁰⁸.

Dans la mesure où l'avortement est proche de la GPA selon les termes envisagés plus haut, il est possible de conjecturer que la Cour suprême des Etats-Unis réagirait de manière similaire à l'égard de la maternité de substitution. En France, le doute est de mise, dans la mesure où à l'heure actuelle, d'autres principes empêcheraient le Conseil

¹⁰⁵ Cons. Const., n°75-54 DC du 15 janvier 1975 (IVG I), Article 1^{er}.

¹⁰⁶ Cons. Const., n°75-54 DC du 15 janvier 1975 (IVG I), décision, 8^{ème} considérant.

¹⁰⁷ Article 1 DDHC : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

Article 4 DDHC : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

¹⁰⁸ Delphine TISSIER, op cit., p 283.

Constitutionnel de se prononcer favorablement sur cette pratique, bien que la liberté puisse s'avérer être un fondement tout à fait admissible.

La France et les Etats-Unis disposent donc de principes communs disposant d'une interprétation similaire. Néanmoins, certains ne bénéficient pas de cette apparente symbiose.

II. Les principes communs mais disposant d'une interprétation différente

Si les Etats-Unis et la France dénombrent des principes communs au sein de leurs systèmes respectifs, tous en revanche ne bénéficient pas de la même interprétation. C'est notamment le cas de deux concepts majeurs, le droit au respect de la vie privée (A) et la dignité humaine (B).

A. Le droit au respect de la vie privée / Right of privacy

Que l'on se trouve aux Etats-Unis ou en France, le respect de la vie privée constitue une ultime barrière concernant l'intimité des individus. C'est pourquoi ces deux systèmes prévoient une défense particulièrement accrue, en vue de faire respecter ce droit.

En matière de GPA, ce droit a une importance particulière, en ce sens qu'il peut contribuer à fonder son existence même. En effet, bien que le *right of privacy* dispose de bases communes avec la France (1), il existe de nombreuses divergences dans l'interprétation qu'en font les Cours américaines, qui lui donne une portée plus large (2).

1. Le droit au respect de la vie privée : un droit fondamental commun aux deux Etats

Le droit au respect de la vie privée vise à protéger la vie privée (b), et dispose également en France et aux Etats-Unis d'une protection constitutionnelle (a).

a. Le droit à la vie privée : du néant à la protection constitutionnelle

Les Constitutions française et américaine ne font figurer nul part explicitement le droit au respect de la vie privée, et pourtant il bénéficie de leur protection. Cela découle d'une évolution lente mais certaine de ce principe au sein de ces deux sociétés.

C'est tout d'abord Outre-Atlantique que l'existence de ce droit fut revendiquée, en particulier avec un article¹⁰⁹ publié par Warren et Brandeis, en 1890. A cette occasion, ces deux avocats lancent un appel aux juges américains, considérant qu'il règne un réel vide juridique en matière de protection de la vie privée. Cette considération semblait d'autant plus importante que cette époque vit apparaître de nombreuses techniques nouvelles, à l'instar de la photographie, ou encore de la presse à scandale, qui pouvaient s'avérer être de réelles sources de dommages pour les individus¹¹⁰.

Il faudra néanmoins attendre quelques années avant de voir des Cours se montrer favorables à cette doctrine. Parmi elles figure ainsi la Cour suprême de Géorgie, qui dès 1905 va décider de sanctionner une compagnie d'assurance, cette dernière ayant utilisé la photo d'un individu pour une campagne de publicité, sans son accord¹¹¹.

Cette première avancée emboîtera le pas de plusieurs autres décisions, visant à mettre en place une sanction (*tort*) concernant les atteintes portées à la vie privée. Une par une, ces solutions apportées aux différentes affaires vont contribuer à faire évoluer le droit relatif à la vie privée.

Cependant, il faut préciser qu'à ce stade, le *right of privacy* ne dispose pas encore d'existence autonome. En effet, la Common Law fonctionne de manière telle qu'il est impossible de créer un droit sans qu'il ne se rattache à un corps juridique déjà

¹⁰⁹ S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, « The right to privacy », *Harvard Law Review*, Vol. IV, 15 décembre 1890, pp. 193 à 220.

¹¹⁰ E. ZOLLER, « Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (Dir.), Bruylant, Coll. Droit et Justice n° 63, 2005, pp. 35-67.

¹¹¹ *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (1905).

existant¹¹². C'est pourquoi Warren et Brandeis ont établi le *right of privacy* en arguant qu'il était issu d'une évolution des droits afférant à la propriété¹¹³.

Ce n'est qu'en 1965 que le droit à la vie privée prendra son indépendance, grâce à *Griswold v. Connecticut*¹¹⁴, jugée par la Cour suprême des Etats-Unis. Dans cette affaire où il était question d'une loi interdisant l'utilisation de contraceptifs, les juges ont été confrontés à un dilemme important. Soit ces derniers revenaient à une jurisprudence lochnérienne en utilisant le recours au *substantive due process* qui était réfuté depuis 1937, soit ils utilisaient un procédé innovant au travers du *right of privacy*. Les *Justices* ont opté pour la modernité, offrant ainsi une protection constitutionnelle à ce droit.

Aujourd'hui, la doctrine américaine s'accorde sur plusieurs émanations possibles du *right of privacy* dans le Bill of Rights. On trouve parmi elles le Troisième Amendement (hébergement de troupes dans un foyer privé), le Quatrième Amendement (recherches et saisies déraisonnables), le Cinquième Amendement (droit de ne pas s'incriminer soi-même), ou encore le Quatorzième Amendement, sous l'angle de la liberté et de la *due process clause*¹¹⁵.

En France, le cheminement vers l'acquisition du droit au respect de la vie privée débutera plus tardivement, mais sera plus aisé.

La première amorce à l'établissement de ce droit résidera dans l'adhésion par la France à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, et plus particulièrement à son article 12¹¹⁶. Néanmoins, la première apparition de son équivalent français n'interviendra qu'une vingtaine d'années plus tard, avec la mise en vigueur de la loi du

¹¹² E. ZOLLER, « Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (Dir.), Bruylant, Coll. Droit et Justice n° 63, 2005.

¹¹³ L. FISHER, K. J. HARRIGER, *American Constitutional Law*, Carolina Academic Press, 9th Edition, 2011, p.895.

¹¹⁴ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

¹¹⁵ L. FISHER, K. J. HARRIGER, op. cit. p. 895. Voir également D. O. LINDER, « The right of privacy », disponible sur <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/rightofprivacy.html>.

¹¹⁶ Article 12 DUDH : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

17 juillet 1970, instaurant l'article 9 du Code civil, qui dispose dans son alinéa 1^{er} que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ».

Si ce droit bénéficie à ce stade d'une protection sûre de la loi française, il ne peut encore revendiquer aucune défense émanant de la Constitution. Le Conseil constitutionnel, conscient de l'importance fondamentale du respect de la vie privée, va résoudre ce problème grâce à deux décisions importantes. Dans la première, du 12 janvier 1977, le Conseil ne fait qu'une brève référence à la liberté individuelle, en tant que « *principe fondamental* »¹¹⁷, sans toutefois mentionner explicitement la vie privée. La deuxième, rendue le 29 décembre 1983, se montre plus explicite. En effet, le Conseil rattache ici le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la DDHC¹¹⁸.

Ainsi, si la première décision pouvait laisser place au doute, la seconde vient complètement l'effacer. Il est de ce fait certain que le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une protection constitutionnelle en France, d'autant plus que de nombreuses décisions de cette institution feront suite, en allant dans ce sens.

Le respect de la vie privée est donc considéré comme fondamental par les droits français et américain. Néanmoins, son contenu reste à préciser.

b. Un principe visant à protéger l'intimité

Si le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une protection constitutionnelle dans les deux pays, il faut encore savoir de quoi il résulte.

Si l'on part du droit français, on se rend compte qu'aucun des textes mentionnés ne vise avec précision le champ d'application de ce droit fondamental. Néanmoins, la jurisprudence contribue à donner des pistes afin de pouvoir le délimiter.

Plusieurs composantes de la vie privée peuvent ainsi être établies.

On peut bien sûr citer le droit à l'image. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'il était interdit de se servir du cliché d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation de

¹¹⁷ Cons. Const., n°76-75 DC du 12 janvier 1977, 1^{er} considérant.

¹¹⁸ Cons. Const., n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, 41^{ème} considérant.

cette dernière, ou d'un individu ayant le pouvoir de donner cette autorisation à sa place¹¹⁹.

De même, ce droit peut couvrir le corps humain, mais uniquement dans le cadre des informations portant sur la santé d'un individu. Il est de ce fait prohibé de divulguer des renseignements protégés par le secret médical à un tiers, si le patient concerné refuse de lever ce secret. Cela porterait atteinte à sa vie privée¹²⁰.

Le domicile est également protégé par ce droit. Le Cour de cassation considère en effet qu'un bailleur faisant visiter l'appartement de son locataire sans autorisation préalable de ce dernier, porte atteinte à sa vie privée¹²¹.

Néanmoins, la plus grosse composante réside sûrement dans le droit à l'intimité. En effet, ce dernier se subdivise en plusieurs éléments. Parmi eux se trouvent ainsi la vie sentimentale ou sexuelle. Là, la Cour de cassation a jugé qu'il relevait de l'atteinte à la vie privée la divulgation des relations entretenues entre un sportif reconnu et une femme¹²².

Dans cette même optique, on peut encore citer la protection de la vie familiale. Ainsi, rendre publiques des informations concernant la maternité d'une personne n'est pas un acte respectueux de la vie privée¹²³.

Aux Etats-Unis, étant donné que le *right of privacy* ne figure pas explicitement dans la Constitution, il ne dispose d'aucune définition légale. Néanmoins, la doctrine américaine a admis qu'il pouvait être rattaché à plusieurs Amendements du Bill of Rights. A cela, il ne faut pas oublier de mentionner que la Cour suprême a joué un certain rôle dans l'ancrage de ce droit Outre-Atlantique.

Pour commencer, il faut partir d'un constat simple, à savoir que les droits français et américains se rejoignent quant à l'application du droit au respect de la vie privée.

¹¹⁹ Crim. 20 octobre 1998, Bull. crim. n°264, R., p.319.

¹²⁰ Civ. 2^e, 19 février 2009, Bull. civ. II, n°62.

¹²¹ Civ. 3^e, 25 février 2004, Bull. civ. III, n°41.

¹²² Civ. 2^e, 24 avril 2003, Bull. civ. II, n°114.

¹²³ Civ. 2^e, 5 janvier 1983, Bull. civ. II, n°4.

Ainsi, le Quatrième Amendement garantie par exemple une protection du domicile sous le coup de *right of privacy*. La Cour suprême des Etats-Unis, dans *Mapp v. Ohio*¹²⁴, a en effet déterminé que devaient être sanctionnées des saisies et recherches considérées comme étant déraisonnables. Le juge Clark explique en effet que de tels agissement constituent une intrusion injustifiée de l'Etat dans la vie des individus, et que cela constitue donc une atteinte à leur vie privée, en référence à la *due process clause* du Quatorzième Amendement.

La Cour suprême entend également protéger la famille en ce qu'elle a, dans *Moore v. East Cleveland*¹²⁵, déclaré inconstitutionnelle une loi de Cleveland qui visait à n'autoriser que les membres d'une famille tout au plus à vivre dans une maison. La définition qu'il fallait entendre par ce terme consistait en « *une famille nucléaire ordinaire* », soit les parents et leurs enfants. En l'espèce, Mrs Moore était grand-mère de deux petits-enfants auprès desquels elle vivait, accompagnée de deux de ses fils. Les juges Powell et Stevens vont ainsi expliquer dans leurs avis qu'une telle loi est contraire au Quatorzième Amendement, en ce qu'elle n'intervient ni dans le cadre « *de la santé, de la sécurité ou des mœurs publiques, ni dans celui du bien-être commun* ».

Pour finir, on peut citer un document apparu dans les années 1960, sous la plume du professeur William P. Prosser¹²⁶, à savoir le *Restatement*. Ce dernier va établir, en se référant aux différentes décisions prises par des Cours de différents degrés à travers les Etats-Unis, quatre classes de *torts* inhérents à la vie privée. Parmi elles, figurent notamment le fait de s'approprier l'image d'autrui ou encore la révélation d'informations manifestement privées ou dégradantes¹²⁷.

De fait, il est aisé de constater que *le right of privacy* américain et le droit au respect de la vie privée français recouvrent un champ similaire. Néanmoins, ce n'est pas sur ce terrain que l'un ou l'autre peut servir de fondement à la gestation pour autrui. C'est pourquoi les Etats-Unis, et plus particulièrement la Cour suprême ont décidé une application plus large de ce droit.

¹²⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

¹²⁵ *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

¹²⁶ W. L. PROSSER, *Torts*, 4e ed., St Paul, Minn., West Publishing Co., 1971.

¹²⁷ E. ZOLLER, *op. cit.*

2. Le right of privacy : un champ d'application plus large que son équivalent français

Si l'interprétation du *right of privacy* émanant de la Cour suprême est similaire à celle de la France, elle ne dispose pour autant pas des mêmes limites.

En effet, la conception de la vie privée aux Etats-Unis est plus large, ce qui a donné lieu à de nombreuses affaires sur des thèmes assez diversifiés. C'est ainsi par exemple que la Cour suprême a jugé dans *Roe v. Wade*, que l'avortement, en plus de constituer une liberté de la femme de disposer de son corps, devait entrer dans le cadre du *right of privacy*. De même, elle a établi dans *Meyer v. Nebraska*¹²⁸ que l'Etat ne pouvait dicter la manière dont un parent ou un enseignant devait éduquer un enfant, sans quoi cela porterait atteinte à sa vie privée.

Néanmoins, parmi ces thèmes abordés par la Cour suprême, il en est un qui intéresse particulièrement la gestation pour autrui, à savoir le droit fondamental de procréer.

Sous cette forme de protection, on ne se place néanmoins plus du côté de la mère porteuse, mais de celui des parents d'intention. En effet, le droit américain préfère protéger la génitrice sur le terrain des libertés et de la libre disposition de son corps.

Le droit de procréer a intéressé la Cour suprême, en ce que beaucoup d'affaires sur ce sujet lui ont été soumises. La première affaire qui érigea la procréation au rang de droit fondamental sera *Skinner v. Oklahoma*¹²⁹. C'est précisément dans ce cas que le juge Douglas énoncera dans son opinion que « *le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie de la race* ».

Skinner sera suivi par de nombreuses affaires portant sur cette question. Parmi elles figure notamment, *Eisenstadt v. Baird*¹³⁰.

Ici, la Cour fut exposée à un problème en lien avec une loi du Massachussetts qui criminalisait la distribution de contraceptifs à des couples non-mariés. Pour établir sa décision, les *Justices* vont dans un premier temps se baser sur une affaire antérieurement tranchée par la Cour et reprenant des faits similaires, à savoir *Griswold*

¹²⁸ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

¹²⁹ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

¹³⁰ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

v. *Connecticut*¹³¹. Ainsi, le juge Brennan, rejoint par les juges Douglas, Stewart et Marshall, rappelle que le *right of privacy* est « le droit pour un individu, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion injustifiée du gouvernement au sein d'affaires qui affectent si fondamentalement une personne, comme par exemple la décision de porter ou d'engendrer un enfant ».

Cette décision vient donc préciser l'état du droit de procréer, érigé au rang de droit fondamental avec *Skinner*. Néanmoins, au vu de cette définition, un problème de taille se fait sentir. En effet, elle ne concerne que la procréation par voie naturelle, ou ce que l'on appellerait en anglais la *coital reproduction*. Cela ne peut donc en aucun cas fonder le recours à la GPA pour un couple infertile, qui nécessiterait l'intervention d'une FIV.

Ce problème fut notamment soulevé par la Professeure Janet L. Dolgin¹³², qui affirme que le droit de se reproduire de manière artificielle doit être déduit du droit de se reproduire. Pour ce faire, elle expose un argument qui fût avancé dans l'affaire *Baby M*, basé sur le principe américain de protection égale de la loi (*equal protection of law*). En l'occurrence, il s'agissait de dire que la gestation pour autrui revêtait la seule manière possible pour des parents infertiles de pouvoir avoir leurs propres enfants. De ce fait, l'Etat qui empêcherait ces personnes de bénéficier d'une telle procédure, enfreindrait le principe d'*equal protection of law*, dans la mesure où des parents fertiles seraient, eux, protégés contre les intrusions de l'Etat, alors que des parents infertiles ne le seraient pas.

Pour conclure sur le droit au respect de la vie privée, on peut dire que le droit américain offre plus de possibilité que le droit français, en ce sens que par son champ d'application large, il permet de trouver un fondement à la gestation pour autrui. Néanmoins, il faut souligner que malgré cela, ce fondement, unique de surcroît, reste fragile. En effet, l'argument soulevé dans *Baby M*, ne permet pas à lui seul d'obtenir la garde de l'enfant en cas de conflit, comme ce fut le cas dans cette affaire. Il ne peut de ce fait que justifier

¹³¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹³² J. L. DOLGIN, *Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate*, 38 Bu. L. Rev. 515 (1990).

le recours à la maternité de substitution en tant que droit fondamental. C'est ce qui fut soulevé dans *J.R v. Utah*¹³³, jugé par la Cour de district de l'Utah.

A cela, il faut ajouter que si le droit français applique le droit au respect de la vie privée dans un champ restrictif, ce n'est pas forcément la façon de faire de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont la jurisprudence est applicable sur le territoire français. En effet, cette dernière interprète l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans un style beaucoup plus libéral, élargissant de ce fait le champ d'application de la protection accordée à la vie privée. On peut citer à ce titre les affaires *Menesson et Labassée c. France*, du 26 juin 2014¹³⁴, où la Cour avait jugé que le refus de la France de transcrire les actes de naissance des enfants nés de GPA à l'étranger constituait une violation de l'article 8 de la CEDH, et donc du droit au respect de la vie privée de ces enfants.

B. La dignité humaine

La dignité humaine correspond à une notion particulièrement vaste, en ce qu'elle s'applique à de nombreuses disciplines, telles que la religion, la philosophie et bien entendu le droit.

S'il est relativement difficile de lui donner une définition précise, qui dans tous les cas ne ferait que restreindre son champ d'action, il est plus aisé de déterminer son but. En effet, la dignité humaine a pour noble vocation de maintenir et protéger les valeurs propres à la sauvegarde de l'humanité¹³⁵.

Ainsi ce principe, qui constitue l'essence des « sociétés occidentales modernes »¹³⁶, s'inscrit aussi bien dans le système français qu'américain.

Néanmoins, l'importance et la considération qui lui sont apportées n'arborent pas la même force. En effet, les Etats-Unis semblent moins empruntes à donner une place prépondérante à ce principe, contrairement à la France.

¹³³ *J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268, 1272 (D. Utah 2002).

¹³⁴ *MENNESSON c. France*, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n° 65192/11 et *LABASSEE c. France*, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n°65941/11.

¹³⁵ E. ZOLLER, «La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2014, numéro 4.

¹³⁶ Sénat, « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui ». Disponible sur <https://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4216.html>.

Or, ceci s'avère particulièrement intéressant du point de vue de la gestation pour autrui. En effet, alors qu'en France des personnalités politiques comme Alain Juppé revendiquent que « la GPA est une atteinte à la dignité humaine »¹³⁷, les Etats-Unis l'ont quant à eux légalisé. Tout ce débat pourrait donc se recentrer autour de la question de la dignité de l'être humain.

Pour comprendre la divergence de ces deux Etats quant à la place à donner à cette notion, il faut tout d'abord s'attacher à étudier ses fondements dans leur système respectif (1), avant de se focaliser sur l'impact de la dignité sur la maternité de substitution (2).

1. Les fondements et la portée

Il existe des fondements internationaux (a), applicables communément sur le sol des deux Etats, et des fondements nationaux de la dignité humaine (b).

a. Les fondements internationaux

La France et les Etats-Unis sont signataires de deux textes internationaux majeurs faisant figurer la dignité humaine.

Le premier correspond à la Charte des Nations Unies, adoptée le 26 juin 1945. C'est plus particulièrement à son Préambule qu'il faut s'attacher, en ce qu'il exprime la résolution des Etats membres à faire appliquer les droits fondamentaux de l'Homme, et ceux notamment dans la « dignité ».

Le deuxième concerne quant à lui la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 (DUDH), qui fait figurer dans son article 1^{er} que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux, en dignité et en droits* ».

Cette déclaration a également donné naissance quelques années plus tard à deux pactes, dont le Préambule fait figurer ce concept. Il s'agit respectivement du Pacte international

¹³⁷ A. JUPPÉ, « La GPA est une atteinte à la dignité humaine », sur *Alain Juppé, le bloc note*, 4 Juillet 2015, www.al1jup.com

sur les droits civils et politiques, et du Pacte international sur les droits économiques et sociaux, de 1966.

Ces deux textes, adoptés au lendemain de la guerre, ne sont pas le fruit du hasard. Ils manifestent la volonté limpide et sans faille des Etats parties de ne pas revoir se perpétrer les horreurs des années précédentes.

Néanmoins, il faut noter l'absence totale de précision quant à la notion de dignité inscrite aussi bien dans la Charte des Nations-Unies, que dans la DUDH. Ceci s'avère être une faille plus ou moins considérable, dans la mesure où chacun des Etats parties pourra appliquer sa propre conception de ce qu'est la dignité de l'être humain.

b. Les fondements nationaux

Les deux pays ont chacun leur propre appréciation concernant la dignité humaine.

Du côté de la France, cette notion est fondamentale, en ce sens qu'elle est la source de nombreux autres droits de même nature¹³⁸ visant à la protection de l'être humain. Pourtant, elle ne fut édictée que tardivement au sein de l'arsenal législatif français. En effet, si les premières traces de la dignité humaine apparaissent lors de l'adhésion de la France à la Charte des Nations-Unies et à la DUDH, il faudra néanmoins attendre 1994 pour qu'elle soit réellement consacrée par le législateur¹³⁹, au travers des lois dites bioéthiques¹⁴⁰.

C'est également à cette occasion qu'est intervenu un événement majeur en droit français, à savoir la consécration de la dignité des êtres humains au rang de droit fondamental. En effet, le Conseil constitutionnel, par une décision du 27 juillet 1994, a reconnu que cette notion devait bénéficier de la protection de la Constitution. Pour ce faire, les conseillers ont décidé de rapprocher le principe de dignité au premier aliéna du

¹³⁸ P. COSSALTER, « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2014, numéro 4.

¹³⁹ On trouvait toutefois une occurrence discrète de la dignité humaine dans l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication (dite Loi Léotard).

¹⁴⁰ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, et loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

Préambule de la Constitution de 1946¹⁴¹, en ce qu'il renvoie entre autre aux expériences inhumaines perpétrées par les nazis pendant la guerre¹⁴².

Si cette décision constitue un grand pas dans l'avancée de la protection accordée à la dignité humaine, la France ne s'arrête pour autant pas là. En effet, parmi les lois bioéthiques, il en est une qui est consacrée à la protection du corps humain¹⁴³. Cette dernière aura pour effet notamment de créer un nouveau chapitre dans le Code civil, dans lequel vont figurer notamment deux articles importants à ce sujet, à savoir les 16 et 16-9 du code civil.

Le premier vient protéger la personne humaine, en réaffirmant l'interdiction des atteintes faites à sa dignité. Le deuxième fait quant à lui de ce principe une disposition d'ordre public, qui lui offre *de facto* une protection supérieure, la dérogation étant rendue impossible.

A cela, il faut ajouter la protection incluse à l'article 16-1-1 du Code civil, qui étend le champ d'application de la dignité au corps d'une personne décédée, cette disposition étant également d'ordre public.

Dans le cas des Etats-Unis, les premières références à la dignité humaine interviennent plus tôt qu'en France, et avant même la signature des deux textes internationaux précités. En effet, dès 1942, différents juges de la Cour suprême invoquent ce principe dans leurs opinions publiées à l'occasion de quelques décisions. Dans cette optique, le juge Frankfurter fut le précurseur de l'établissement de ce droit, lorsqu'il expliquera dans son *dissent* sur *Glasser v. United States*¹⁴⁴, que l'ensemble des garanties incluses dans le Bill of Rights étaient « *des clauses de sauvegarde de la liberté et de la dignité* ».

La même année, le juge Jackson fera également référence à ce principe dans le *dissent* qu'il publie à l'occasion de *Skinner v. Oklahoma*. Ici, il rappelle que les pouvoirs de l'Etat sont limités, de façon telle qu'il ne peut exercer d'expériences biologiques au détriment de la « *dignité d'une minorité* ».

¹⁴¹ Cons. Const., n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, 2^{ème} considérant.

¹⁴² D. TISSIER, op. cit., p. 51.

¹⁴³ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹⁴⁴ *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942).

Il faudra toutefois attendre 1952 et *Rochin v. California* pour que la Cour suprême fasse mention de la dignité humaine dans une de ses décisions. Dans cette affaire ayant trait à une saisie déraisonnable, les *Justices* estiment que tous les moyens ne sont pas bons pour recueillir des preuves lors d'une enquête, en ce qu'elles ne doivent pas être « *brutales ni choquantes à l'encontre de la dignité humaine* ». Pour fonder cet arrêt, la Cour se basera sur les Quatrième, Cinquième et Quatorzième Amendements, relatifs notamment aux perquisitions et saisies déraisonnables, ainsi qu'au *due process of law*¹⁴⁵.

La Cour suprême rapprochera également cette notion du Huitième Amendement dans *Trop v. Dulles*¹⁴⁶. A cette occasion, le *Chief Justice* Warren, assistés par les juges Black, Douglas et Whittaker, déclarera que le fondement même de cette disposition « *n'est rien de moins que la dignité humaine* ».

Par la suite, plusieurs autres arrêts de la Cour suprême confirmeront cette tendance, et ce jusqu'à ce jour¹⁴⁷, faisant de cette notion un droit protégé par la Constitution américaine.

Ceci permet à première vue de penser que les Etats-Unis considèrent la dignité humaine comme un principe central, à l'instar de la France. La réalité reste néanmoins plus mitigée, et ceci pour principalement deux raisons.

La première concerne la matière même des arrêts. En effet, la majorité de la jurisprudence de la Cour suprême faisant référence à la dignité humaine de manière autonome, porte sur des affaires pénales¹⁴⁸. Ceci ne correspond donc pas à une application généralisée du principe.

La deuxième cause concerne quant à elle l'utilisation réduite de cette notion, et par là-même sa portée. Ainsi, en dehors de la matière criminelle, la Cour suprême n'invoque pas la dignité humaine en tant que principe fondamental, mais comme une notion complémentaire¹⁴⁹. En d'autres termes, elle n'existerait qu'en étant apposée aux côtés d'un autre droit.

¹⁴⁵ E. ZOLLER, op cit.

¹⁴⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

¹⁴⁷ Voir par exemple *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), ou encore *Hall v. Florida*, 572 U.S. _ (2014).

¹⁴⁸ E. ZOLLER, op cit.

¹⁴⁹ *Ibidem*

La Cour suprême tend en effet à confirmer cette orientation de plusieurs manières. La première réside dans les fondements mêmes qu'elle donne à la dignité humaine, à savoir les Cinquième et Quatorzième Amendements, qui sont également ceux du *right of privacy*¹⁵⁰. On peut trouver une illustration de cela dans *Planned Parenthood v. Casey*¹⁵¹, où le juge Brennan juxtapose le droit à l'autonomie de la personne découlant du *right of privacy* et la dignité humaine.

Cette tendance de la Cour se reflète également au travers de l'utilisation d'un autre droit, à savoir celui à l'égalité de protection de la loi (*equal protection of law*). Si au départ la juxtaposition de ce droit à la dignité humaine n'a pas su convaincre les juges de la Cour suprême, leur avis a changé au cours d'un long cheminement s'échelonnant de 1944 à 2000. C'est en effet au cours de cette année que les *Justices* ont eu à se prononcer sur *Rice v. Cayetano*¹⁵². Dans cette affaire où il était question notamment de l'interprétation de l'interdiction d'utilisation de la « race » comme d'un critère de classement, la Cour indique qu'une telle pratique « rabaisse la dignité et la valeur d'une personne et son droit à être traitée selon ses qualités intrinsèques et ses mérites, non selon ses ancêtres ».

Après ces constatations, et en comparaison avec le droit français, il est relativement aisé de cerner la différence qui règne entre les deux systèmes. En effet, la dignité humaine, si elle existe bel et bien en France et aux Etats-Unis, ne dispose pas de la même puissance Outre-Atlantique, en ce qu'elle n'est pas appliquée de manière autonome, en dehors de l'adoucissement de la répression pénale.

De fait, son champ d'application est grandement réduit par rapport à la France, pour qui ce principe apparaît comme étant l'un des plus importants, en ce qu'il vient fonder plusieurs grandes notions propres au droit français, comme notamment la protection du corps humain.

Ainsi, il n'est pas exclu de penser que cette différence puisse avoir des conséquences quant à la situation de la gestation pour autrui dans chacun de ces deux pays.

¹⁵⁰ D. TISSIER, op cit., p.63.

¹⁵¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁵² *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495 (2000).

2. L'impact de la dignité humaine sur la légalisation de la GPA

Les relations qu'entretient la gestation pour autrui avec la dignité humaine sont particulièrement complexes. En effet, plusieurs groupements européens affirment que cette pratique serait contraire au principe même de dignité¹⁵³. Dans cette idée, ils avancent notamment qu'au delà de la dignité de la mère porteuse, c'est celle de l'enfant qui est bafouée, en ce que ses intérêts ne sont pas respectés dans une telle relation triangulaire¹⁵⁴.

Sur cette même question, la doctrine américaine reste particulièrement silencieuse, au même titre que sur la dignité humaine en général.

Les différences flagrantes qui règnent entre les deux systèmes, tant en matière de fondements que de portée, pourraient ainsi amener à penser que c'est l'une des causes majeures caractérisant la différence des législations en matière de gestation pour autrui. En effet, ce principe, central en France en matière de protection du corps humain, fonderait légitimement un refus de légiférer en matière de maternité de substitution. A l'inverse, il paraîtrait logique que les Etats-Unis admettent la GPA dans la mesure où la dignité humaine bénéficie d'une puissance diminuée, étant donné qu'elle n'existe pas de manière parfaitement autonome.

Néanmoins, trois éléments importants mettent à mal ce raisonnement, notamment du côté français. En effet, dès les premières discussions sur la possible légalisation de la GPA, le Conseil d'Etat a publié un rapport¹⁵⁵ dans lequel figurait un chapitre comportant les principes fondamentaux liés à la bioéthique. Aucune mention ne sera faite de la dignité humaine dans ce texte, et *a fortiori* de la contrariété de ce principe avec cette pratique.

Dans le même esprit, la Cour de cassation ne fera aucune référence à la dignité dans son fameux arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991, qui vise pour rappel à prohiber les pratiques liées à la gestation pour autrui.

¹⁵³ Secrétariat de la Commission des Episcopats de la Communauté Européenne, « Avis du groupe de réflexion bioéthique sur la gestation pour autrui », Février 2015.

¹⁵⁴ No Maternity Traffic, « Gestation pour autrui et Droits de l'Homme : enjeux humains, éthiques et juridiques », novembre 2015.

¹⁵⁵ Conseil d'Etat, *Sciences de la vie, de l'éthique et du droit*, Paris, La documentation française, 1988.

Enfin, le Sénat apporte l'ultime argument allant à l'encontre de ce raisonnement, dans une réflexion qu'il a publié sur la gestation pour autrui. Ce dernier effectue alors une distinction entre d'une part la GPA pratiquée à titre onéreux, qui instrumentaliserait le corps de la femme, et d'autre part celle pratiquée à titre gratuit, qui ne constituerait pas une telle instrumentalisation, ce qui aurait pour effet de ne pas porter atteinte à sa dignité. En d'autres termes, la valeur centrale dans le raisonnement arboré par le Sénat réside dans l'instrumentalisation. C'est ainsi elle qui détermine si la dignité est violée ou non. Le Sénat conclut alors que dans la mesure où elle est pratiquée à titre gratuit, la GPA n'est pas une pratique contraire au principe de dignité humaine ¹⁵⁶ .

Conclusion générale

Après ces constatations, il est évident que la question de la légalisation de la GPA en France sur le modèle américain est délicate.

La cause majeure réside dans l'existence du principe d'indisponibilité du corps humain. Ce dernier, dans sa conception actuelle, met en échec toute tentative de légalisation, tant concernant l'aspect contractuel de la pratique, que sur le terrain de la libre disposition de son corps. Or, ces deux aspects s'avèrent être centraux pour bénéficier d'une procédure de maternité de substitution.

Il en va de même vis-à-vis d'un des corollaires de ce principe, à savoir l'extrapatrimonialité du corps humain, qui refuse la GPA dans sa variante pécuniaire.

Néanmoins, pour les partisans de cette pratique, tout espoir n'est pas perdu. En effet, il règne à l'heure actuelle une certaine incohérence en droit français, dans la mesure où le législateur a décidé de légaliser l'avortement et de le maintenir jusqu'à présent, alors que celui-ci va à l'encontre même des principes d'indisponibilité et d'inviolabilité du corps humain. De ce fait, si cette exception a été admise, rien n'exclut de penser qu'elle pourrait aussi l'être dans le cadre de la maternité de substitution à l'avenir.

¹⁵⁶ Sénat, Rapport d'information n°421 : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », 25 juin 2008, Partie IV, A, 3.

Toutefois, cette légalisation, si elle intervenait, devrait prendre en compte plusieurs caractéristiques importantes, à commencer par la mise en place de critères pour accéder au statut de mère porteuse. En effet, beaucoup d'agences américaines spécialisées imposent des conditions relativement strictes afin de protéger à la fois la gestatrice et l'enfant à naître. Il faut par exemple être âgée de 21 à 41 ans, avoir eu au moins un enfant, et plus généralement avoir sa propre famille, mais également ne pas fumer ou encore avoir un indice de masse corporel inférieur à 33¹⁵⁷.

De même, il conviendrait pour le législateur d'envisager l'épineuse question de la rémunération des mères de substitution, que certains Etats admettent aux Etats-Unis. Pour ne pas contrevenir à trop de principes chers au droit français, il serait plus judicieux de ne pas admettre qu'elle puisse exister, dans la mesure où cela contreviendrait à la fois au principe d'extrapatrimonialité du corps humain, mais également à la dignité humaine¹⁵⁸.

Pour finir, il serait possible d'imaginer que dans un premier temps, l'accès à cette pratique soit restreint. A l'instar du droit américain, il serait ainsi possible de faire reconnaître petit à petit la gestation pour autrui comme un mode de traitement de l'infertilité à part entière. Cette méthode pourrait ainsi être proposée aux couples infertiles en ultime recours, lorsque une ou plusieurs procédures de fécondation in vitro ont échoué.

A l'impossibilité d'obtenir un enfant naturellement, beaucoup répondront que l'adoption est la solution à tous les problèmes. Néanmoins, il faut rappeler que d'une part, le processus d'adoption est long et particulièrement coûteux, mais également que l'enfant qui en sera issu n'aura aucun lien génétique avec les deux parents.

Ainsi, il serait alors préférable de permettre à ces couples de choisir entre l'une ou l'autre de ces procédures.

¹⁵⁷ Voir www.circlesurrogacy.com ou encore www.fertilitysourcecompanies.com.

¹⁵⁸ Sénat, Rapport d'information n°421 : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », 25 juin 2008, Partie IV, A, 3.

Quoiqu'il en soit, les récentes avancées en droit français exercées par la Cour de cassation, aussi fragiles soient elles, font naître une certitude. Celle que l'évolution du droit français en la matière sera lente, mais sans aucun doute certaine.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

A. *Ouvrages de droit américain*

R. COOK, S. D. SCLATER, F. KAGANAS *Surrogate Motherhood : International Perspectives*, Bloomsbury Publishing, 2003.

N. EHRENREICH, *The Reproductive Rights Reader : Law, Medicine, and the Construction of Motherhood*, NYU Press, 2008.

L. FISHER, K. J. HARRIGER, *American constitutional law*, Carolina Academic Press, 9th Edition, 2011.

B. FRIEDMAN, *The will of the people*, Farrar, Straus and Giroux, 1st Edition, 2009.

L. O. GOSTIN, *Surrogate Motherhood : Politics and Privacy*, Indiana University Press, 1990.

C. P. KINDREGAN, M. MCBRIEN, *Assisted Reproductive Technology : A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, American Bar Association, 2006.

A. A. LEVASSEUR, *Le droit américain*, Dalloz, Connaissance du droit, 2004.

W. P. STATSKY, *Family Law, The Essentials*, Cengage Learning, 2014.

G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. V. TUSHNET, P. S. KARLAN, *Constitutional law*, Wolters Kluwer, 6th Edition, 2009.

L. H. TRIBE, *American constitutional law*, Foundation press, Vol. 1, 3rd Edition, 2000.

L. D. WARDLE et L. C. NOLAN, *Family law in the USA*, Wolters Kluwer, 2011.

B. *Ouvrages de droit français*

G. CORNU, *Droit civil Les personnes*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^{ème} édition, 2007.

E. ZOLLER, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (Dir.), Bruylant, Coll. Droit et Justice n° 63, 2005, pp. 35-67.

II. Articles de doctrine

A. *Doctrine américaine*

A. L. ALLEN, « Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case », *Faculty Scholarship*. Paper 808 (1988).

Disponible sur : http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/808

D. E. BERNSTEIN, « Freedom of contract », *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, 08-51.

Disponible sur :

http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-51%20Freedom%20of%20Contract.pdf

D.E BERNSTEIN, « Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism », *Georgetown Law Journal* 92(1) :1-60, (2003).

Disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395620

M. CARTINE, « Surrogacy and Silence: Why State Legislatures Should A empt to Regulate Surrogacy Contracts », *Law School Student Scholarship*, paper 417, (2014).

Disponible sur : http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/417

E. CHEMERINSKY, « Substantive Due Process », *Touro Law Review*, Vol. 15, (1999), pp. 1502 à 1534.

CRG, « Surrogacy in America », (2010).

Disponible sur :

<http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf>

J. L. DOLGIN, « Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate », 38 *Buff. L. Rev.* 515, (1990).

Disponible sur : http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/438

J. T. FLAHERTY, « Enforcement of Surrogate Mother Contracts: Case Law, the Uniform Acts, and State and Federal Legislation », 36 *Clev. St. L. Rev.* 223 (1988).

Disponible sur : <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol36/iss2/4>

E. R. GOLD, « Body Partes : Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials », *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 10, No. 2, (1997), pp. 370 à 375.

L. O. GOSTIN, « A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangements », *Georgetown University Law Center*, (1988).

Disponible sur : <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/771>

S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Le principe de la dignité humaine en Droit américain », in C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, P.U.F, 2005, pp. 145 à 157.

M. E. HOLLAND, « Forbidding Gestational Surrogacy : Impeding the Fundamental Right to Procreate », *UC Davis Journal of Juvenile Law & Policy*, Vol. 17 :2, (2013), pp. 2 à 28.

J. LAVOIE, « Ownership of Human Tissue : Life after Moore v. Regents of the University of California », *Virginia Law Review*, Vol. 75, No. 7, (1989), pp. 1363 à 1396.

Y. MARGALIT, « In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perceptive », *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 20, Iss. 2, Article 6, (2014).

Disponible sur <http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol20/iss2/6>

S. L. OQUIST, « Reproduction constitutes a « Major life activity » under the ADA : Implications of the Supreme Court's decision in Bragdon v. Abbot », *Creighton Law Review*, Vol. 32, (1999), pp. 1357 à 1432.

N. RAO, « Three Concepts of Dignity in Constitutional Law », *Notre Dame Law Review*, Vol. 86 :1, (2011), pp. 183 à 272.

Disponible sur : <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss1/4>

S. H. SNYDER, « National Approach to Surrogacy in the United States ».

Disponible

sur :

http://www.uianet.org/sites/default/files/safe_uploads/clients/39054/rapports/SNYDER,%20Steven%20-%20US%20Surrogacy%20Law.pdf

Carla SPIVACK, « National Report : The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, pp. 97 à 114.

Disponible sur : http://works.bepress.com/carla_spivack/15/

J.-R. TRAHAN, « The Distinction Between Persons & Things : An Historical Perspective », *1 J. Civ. L. Stud.* (2008).

Disponible sur : <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol1/iss1/3>

D. H. WALD et K. BLACK, « Surrogacy and a pregnant woman's constitutional right to medical and procreative choice – A brief survey », (2011).

Disponible

sur :

<http://www.waldlaw.net/assets/files/ABA%20surrogacy%20article.10.2011.pdf>

S. WARREN, L. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, (1890).

Disponible

sur :

http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html

D. P WEBER, « Restricting the Freedom of Contract : A Fundamental Prohibition », *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 16: Iss. 1, Article 2, (2014).

Disponible sur : <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol16/iss1/2>

S. WEILER, « Bodily Integrity: A Substantive Due Process Right to Be Free from Rape by Public Officials », *California Western Law Review*: Vol. 34: No. 2, Article 19, (1998).
Disponible sur : <http://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol34/iss2/19>

E. ZOLLER, «La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2014, numéro 4.
Disponible sur : http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/ER2014_5.pdf

K. D. ZUCKER, « The Meaning of Life : Defining « Major Life Activities » under the Americans with Disabilities Act », *Marq. L. Rev.* 957, (2003).
Disponible sur : <http://scholarship.law.marque.e.edu/mulr/vol86/iss5/3>

B. Doctrine française et européenne

P. COSSALTER, « La dignité humaine en droit public français : l'ultime recours », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions 2014, numéro 4.
Disponible sur : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2014/11/06/la-dignite-humaine-en-droit-public-francais-lultime-recours/>

M. FABRE-MAGNAN, « Autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », in *Liber amicorum en hommage à Antonio Marzal*, Esade, *Bosch editor*, (2008).

A. MOITROT de la MOTTE, « Le droit au respect de la vie privée », *ASMP*.
Disponible sur : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport3/chapitr17.pdf>

NOMATERNITYTRAFFIC, « Gestation pour autrui et droits de l'Homme : enjeux humains, éthiques et juridiques », Novembre 2015.
Disponible sur : <http://www.nomaternitytraffic.eu/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/2015-Contribution-UIAG-No-Maternity-TrafficFR.pdf>

NOMATERNITYTRAFFIC, « La gestation pour autrui (GPA) est incompatible avec le droit international », mars 2016.
Disponible sur : <http://www.nomaternitytraffic.eu/wordpress/wp-content/uploads/2016/03/NOTE-GPA-CONSEIL-DE-LEUROPE-Mars-2016.pdf>

III. Rapports et avis officiels

CCNESVS, Avis n°110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA), 1^{er} avril 2010.

CONSEIL D'ETAT, *La révision des lois bioéthiques*, La documentation française, Paris, 2009.

R. HENRION et C. BERGOIGNAN-ESPER, Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, 2009, 193, no 3, 583-618, séance du 10 mars 2009 dédiée à la gestation pour autrui.

J. LEONETTI, Rapport n°2276 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la légalisation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n°2211, relative à l'organisation du débat public sur les problèmes éthiques et les questions de société, Paris, Assemblée Nationale, 3 février 2010.

SENAT, Rapport d'information n°421 : « Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui », 25 juin 2008.

THE PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, Human Cloning and Human Dignity : An Ethical Inquiry, Washington DC, Juillet 2002.

IV. Thèse

D. TISSIER, « La protection du corps humain sous l'angle de la procréation assistée – Regards croisés des droits français et nord-américains », Thèse de doctorat en droit en droit privé, sous la direction de Monsieur le professeur Rémy CABRILLAC et de Madame Anne-Françoise ZATTARA-GROS, La Réunion, Université de la Réunion, 2011.

V. Jurisprudences

A. *France*

1. Cour de cassation

Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105.

Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-21323.

Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002

Crim. 20 octobre 1998, Bull. crim. n°264, R., p.319.

Civ. 2^e, 5 janvier 1983, Bull. civ. II, n°4.

Civ. 2^e, 24 avril 2003, Bull. civ. II, n°114.

Civ. 3^e, 25 février 2004, Bull. civ. III, n°41.

Civ. 2^e, 19 février 2009, Bull. civ. II, n°62.

2. Conseil constitutionnel

Cons. Const., n°75-54 DC du 15 janvier 1975, (IVG I).

Cons. Const., n°76-75 DC du 12 janvier 1977.

Cons. Const., n° 83-164 DC du 29 décembre 1983.

Cons. Const., n°94-343/344 du 27 juillet 1994, (IVG II).

3. Conseil d'Etat

CE, 22 janvier 1988, n°80936

4. Cour d'appel

Paris, 1re ch. C., 15 juin 1990

B. CEDH

PRETTY c. Royaume-Uni, CEDH, quatrième section, 29 avril 2002, n°2346/02.

MENNESSON c. France, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n° 65192/11et

LABASSE c. France, CEDH, cinquième section, 26 juin 2014, n°65941/11.

C. Etats-Unis

1. Cour Suprême des Etats-Unis

Slaughter-House cases, 83 U.S. 36 (1873).

Union Pacific Railway Co v. Botsford, 141 U.S. 250 (1891).

Frisbie v. United States, 157 U.S. 160 (1895).

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578, (1897).

Lochner v. New-York, 198 U.S. 45 (1905).

Adair v. United-States, 208 U.S. 161 (1908).

Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915).

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

Jay Burns Baking v. Bryan, 264 U.S. 504 (1924).

New State Ice v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932).

West coast hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, 348 U.S. 483 (1955).

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Moore v. Regents of the University of California, 499 U.S. 936 (1991).

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624 (1998).

Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495 (2000).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

2. Cours suprêmes fédérées

Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

Johnson v. Calvert, Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851 P.2d 776 (1993).

3. Cours d'appel fédérales

Krauel v. Iowa methodist medical center, 95 F.3d 674 (8th Cir. 1996).

Saks v. Franklin Covey Co., 117 F.Supp.2d 318, 327-28, 329, 330 (S.D.N.Y.2000)

4. Cours inférieures

J. Pavesich v. New England Life Ins. Co., 50 S.E. 68 (1905).

R. v. Utah, 261 F. Supp. 2d 1268, 1272 (D. Utah 2002).

VI. Sitographie

Tous les sites internet inscrits dans cette partie ont été revisités en guise de vérification le 28 mai 2016.

S. ASTIER, Jurilexblog, *Le droit au respect de la vie privée, constitutionnellement reconnu*, 2010.

Disponible sur : <http://www.jurilexblog.com/droit-respect-vie-privee-droit-constitutionnellement-reconnu-260783>

L. CAMPO-ENGELSTEIN, Albany Medical College, *Gestational Surrogacy Contracts : Are They Legal and Enforceable ?*, 2013.

Disponible sur : <http://www.amc.edu/BioethicsBlog/post.cfm/gestational-surrogacy-contracts-are-they-legal-and-enforcable>

CAP, *Guide to State Surrogacy Laws*, 2007.

Disponible sur : <https://www.americanprogress.org/issues/women/news/2007/12/17/3758/guide-to-state-surrogacy-laws/>

CLEDP, *What is Gestational vs Traditional Surrogacy*.

Disponible sur : <http://www.cledp.com/what-is-gestational-vs-traditional-surrogacy.html>

D. H. WALD, The Wald Law Group, *California Surrogacy Law FAQ*, 2015.

Disponible sur : <http://www.waldlaw.net/surrogacy.html>

J. M. HANNAH, Updates in Family Law, *As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate*, 2011.

Disponible sur : http://jeannehannah.typepad.com/blog_jeanne_hannah_traver/2011/06/as-surrogacy-becomes-more-popular-legal-problems-proliferate-.html

C. de la HOUGUE, Liberté Politique.com, *La gestation pour autrui, violation des droits de l'homme et de la dignité*, 2013.

Disponible sur : <http://www.libertepolitique.com/Actualite/Decryptage/La-gestation-pour-autrui-violation-des-droits-de-l-homme-et-de-la-dignite>

C. HSU, Findlaw, *Surrogacy Contracts Aren't Always Enforceable*, 2013.

Disponible sur : http://blogs.findlaw.com/law_and_life/2013/02/surrogacy-contracts-arent-always-enforceable.html

INTERPOL, *La traite d'êtres humains*.

Disponible sur : <http://www.interpol.int/fr/Criminalit%C3%A9/Trafic-d'%C3%AAtres-humains/Traite-d%E2%80%99%C3%AAtres-humains>

JUSTITIA, *Constitutional Law*, 2016.

Disponible sur : <https://www.justia.com/constitutional-law/docs/privacy-rights.html>

LII, Cornell University Law School, *Personal autonomy*.

Disponible sur : https://www.law.cornell.edu/wex/personal_autonomy

J. MANCINI, The Nest, *What Insurance Will Cover Surrogate Pregnancy ?*.

Disponible sur : <http://budgeting.thenest.com/insurance-cover-surrogate-pregnancy-32725.html>

G. MAYES, Medscape, *Buying and Selling Organs for Transplantation in the US: National Organ Transplant Act of 1984 (NOTA) Bans Buying and Selling*, 2003.

Disponible sur : http://www.medscape.org/viewarticle/465200_2

MODERN FAMILY SURROGACY CENTER, *What are the State Laws in California for Surrogacy ?*.

Disponible sur : http://www.modernfamilysurrogacy.com/page/state_laws_in_california_for_surrogacy

J. MASON PIEKLO, Rewire, *Griswold v. Connecticut, and the Evolution of Personal Privacy Rights. What's next ?*, 2013.

Disponible sur : <https://rewire.news/article/2013/06/07/griswold-v-connecticut-and-the-evolution-of-personal-privacy-rights-whats-next/>

JM POUGHON, L'Europe des libertés, *L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique*, 2005.

Disponible sur : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5

D. LINDER, Exploring Constitutional Law, *The Right of Privacy*.

Disponible sur : <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/rightofprivacy.html>

SENAT, *Etude de légalisation comparée n°182 – La gestation pour autrui*, 2008.

Disponible sur : <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc1828.html>

STANFORD UNIVERSITY, *Surrogate Motherhood in India*, 2008.

Disponible

sur :

<https://web.stanford.edu/group/womenscourage/Surrogacy/womensrights.html>

G.P STOREY, *Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood*, 2000.

Disponible sur :

<http://www.yale.edu/ynhti/curriculum/units/2000/7/00.07.05.x.html>

THE SURROGACY EXPERIENCE, *U.S. Surrogacy Law by State*.

Disponible sur : <http://www.thesurrogacyexperience.com/surrogate-mothers/the-law/u-s-surrogacy-law-by-state/>

F. TODD, The Student Lawyer, *Property Rights in the Human Body*, 2013.

Disponible sur : <http://thestudentlawyer.com/2013/07/12/property-rights-in-the-human-body/>

VIE-PUBLIQUE, *Chaque citoyen a-t-il droit au respect de sa vie privée ?*, 2013.

Disponible sur : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/citoyennete/definition/droits/chaque-citoyen-t-il-droit-au-respect-vie-privee.html>

J. K. WAGNER, Genomics Law Report, *Property Rights and the Human Body*, 2014.

Disponible

sur :

<http://www.genomicslawreport.com/index.php/2014/06/11/property-rights-and-the-human-body/>

VII. Articles de presse

M-A. FRISON-ROCHE, (2014), Les limites des bienfaits de la régulation : la convention de maternité de substitution, *Huffington Post*.

Disponible sur : http://www.huffingtonpost.fr/marieanne-frisonroche/les-limites-des-bienfaits_b_6013284.html

C. FOUREST, (2014), A-t-on le droit de débattre de la GPA ?, *Huffington Post*.

Disponible sur : http://www.huffingtonpost.fr/caroline-fourest/debat-gpa-manif-pour-tous_b_5944940.html

A. LECLAIR (2015), Les enfants ne sont pas à vendre, *Le Figaro*.

Disponible sur : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/07/03/01016-20150703ARTFIG00090-gpa-les-enfants-ne-sont-pas-a-vendre.php>

E. SAGET et Y. BOUSENNA, (2014), Gestation pour autrui : la filière américaine, *L'express*.

Disponible sur : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/famille/gestation-pour-autrui-la-filiere-americaine_1603640.html

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	7
Partie 1 : Le principe d'indisponibilité du corps humain : un principe controversable.....	15
I. Le freedom of contract.....	18
A. La notion de freedom of contract.....	18
1. Le freedom of contract : une liberté protégée par la Constitution des Etats-Unis	18
2. Le freedom of contract : une liberté protégée par la Cour suprême	20
B. Le freedom of contract et la gestation pour autrui	23
1. Le contrat de gestation pour autrui en dehors du droit commun.....	23
2. Un contrat dont l'existence est admise.....	26
II. La major life activity et l'Americans with Disabilities Act.....	29
A. La définition des notions	30
B. L'Americans with Disabilities Act : un texte à l'applicabilité limitée	31
1. Les employeurs	31
2. Les entités publiques	32
III. La personal autonomy	33
A. La protection accordée à la personal autonomy	34
B. La personal autonomy : un fondement possible de la GPA.....	35
Partie 2 : Des fondements conciliables.....	37
I. Les fondements communs aux deux nations	37
A. La prohibition de la traite des êtres humains	38
1. En droit international	39
2. En droit national	40
B. La prohibition de la vente des produits du corps humain.....	41
1. La prohibition.....	41
2. Une prohibition non absolue	43
C. Le droit à la liberté inclus dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen et le Bill of Rights.....	44
1. Le droit à la liberté, une notion à définir	45
2. Une mise en pratique des textes : l'exemple de l'avortement.....	46
II. Les principes communs mais disposant d'une interprétation différente.....	49
A. Le droit au respect de la vie privée / Right of privacy	49
1. Le droit au respect de la vie privée : un droit fondamental commun aux deux Etats.....	49
2. Le right of privacy : un champ d'application plus large que son équivalent français	55
B. La dignité humaine	57
1. Les fondements et la portée	58
2. L'impact de la dignité humaine sur la légalisation de la GPA.....	63
Conclusion.....	65
Bibliographie.....	67