

13 Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins



Jean-René BINET,
professeur à l'université de Rennes 1, IODE-CRJO (UMR 6262)

Par quatre arrêts rendus le 5 juillet 2017¹, la première chambre civile a largement admis de conférer des effets à des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger par des Français. En cédant ainsi à la logique du fait accompli, elle réduit à peu de chose la portée de l'interdiction d'ordre public du recours aux mères porteuses. Désormais, c'est donc au législateur qu'il revient de tirer toutes les conséquences d'une évolution jurisprudentielle préoccupante.

1 - Les trois premières affaires présentaient de grandes similitudes, concernant des enfants déclarés à l'état civil étranger comme étant nés d'un couple français formé d'un homme et d'une femme mariés². Dans deux affaires, l'une américaine et l'autre ukrainienne, le couple avait demandé la transcription de l'acte de naissance dressé à l'étranger sur les registres de l'état civil français mais le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'y était opposé au motif que les enfants étaient nés à la suite d'une convention de gestation pour autrui. Dans l'affaire ukrainienne, un certificat de nationalité française leur avait été délivré et la cour d'appel de Rennes avait ordonné la transcription de la mention relative au père sans désignation de son épouse en qualité de mère. En revanche, dans l'affaire américaine, la même cour avait refusé la transcription limitée à l'indication de la filiation paternelle en raison de l'absence de certitude quant à la réalité de la filiation biologique à l'égard de l'homme. Enfin, dans la troisième affaire, l'officier de l'état civil du consulat de France à Bombay (Inde) avait dressé sur ses registres d'état civil l'acte de naissance d'un enfant comme étant né d'un couple français marié formé d'un homme et d'une femme³. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes avait assigné ce couple en annulation de l'acte de naissance en raison d'une suspicion de recours à la gestation pour autrui. La cour d'appel de Rennes avait retenu cette nullité car l'acte avait été dressé sur la foi de faux documents produits par le couple. Dans ces trois affaires, la Cour de cassation énonce que la transcription n'est possible et l'acte ne peut être regardé comme valable que dans la mesure où les énonciations relatives à la naissance et à la filiation de l'enfant correspondent à la réalité et ne sont pas fondées sur des documents falsifiés. Elle retient donc la possibilité de transcrire les actes de naissance en ce qui concerne la mention attribuant la paternité au père biologique, mais non celle attribuant la maternité à son épouse car la réalité sur laquelle se fonde la désignation de la mère dans les actes de naissances est la réalité de l'accouchement ; quant à l'acte de naissance fondé sur des documents falsifiés, elle

estime que sa validité a été pertinemment remise en cause par la cour d'appel.

2 - La quatrième affaire posait une question assez différente. Un enfant était né en Californie d'une femme de nationalité américaine ayant conclu une convention de gestation pour autrui avec un homme français pacsé à un autre homme. L'enfant avait été reconnu par cette femme et cet homme⁴. Puis, l'homme ayant épousé son partenaire, celui-ci avait demandé l'adoption simple de l'enfant, adoption refusée par la cour d'appel de Dijon. L'arrêt retenait que la naissance de l'enfant résultait d'une violation des dispositions de l'article 16-7 du Code civil, aux termes duquel toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle d'une nullité d'ordre public et que le consentement de la mère à l'adoption de son enfant était privé de tout effet en raison de son absence de dimension maternelle subjective ou psychique. L'arrêt est cassé pour violation des articles 353, 361, 348 du Code civil, l'article 3, paragraphe 1^{er} de la CIDE et l'article 8 de la Convention EDH. La Cour affirme, d'une part, que « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». D'autre part, la cour avait constaté l'existence, la sincérité et l'absence de rétractation du consentement à l'adoption donné par la mère de l'enfant.

3 - Les quatre arrêts font sensiblement évoluer la position du droit français en matière de gestation pour autrui. Bien qu'étant frappée, en France, d'une nullité d'ordre public, une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger peut désormais produire des effets en droit français (1). Cette solution oblige à constater que la logique conduisant à lutter contre les effets pour atteindre la cause, inaugurée en 1991, ne fonctionne plus. Elle place le législateur français face à un choix déterminant (2).

1. Les effets de la GPA reconnus par les arrêts du 5 juillet 2017

4 - En affirmant la nullité des conventions de gestation pour autrui en 1994, le législateur français espérait régler l'ensemble des questions soulevées par ces pratiques attentatoires à l'indisponibilité du corps humain et à l'état des personnes. Les arrêts du 5 juillet 2017

1. Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 15-28.597 : *JurisData* n° 2017-013091. – Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et 16-50.025 : *JurisData* n° 2017-013093. – Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.455 : *JurisData* n° 2017-013095. – Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2017, n° 16-16.495 : *JurisData* n° 2017-013096. – V. aussi, sur ces arrêts, les avis de l'avocat général : *Dr. famille* 2017, étude 14.

2. Ci-après : l'affaire de Whittier et l'affaire ukrainienne.

3. Ci-après : l'affaire indienne.

4. Ci-après : l'affaire de Victorville.

permettent de constater qu'il n'en n'est rien. La Cour y consolide ou y précise certains effets déjà reconnus (A). Elle en consacre surtout un nouveau (B).

A. - Des effets précisés

5 - Les premiers effets reconnus en droit français du recours à des gestations pour autrui à l'étranger résultent de la circulaire du 25 janvier 2013, dite « circulaire Taubira », par laquelle la Chancellerie enjoignait aux magistrats du parquet et les greffiers des tribunaux d'instance de faire droit aux demandes de délivrance de certificat de nationalité française présentées pour des enfants nés à l'étranger en exécution d'une convention de mère porteuse. Dans l'affaire ukrainienne jugée le 5 juillet 2017, cette possibilité avait d'ailleurs été utilisée avec succès. Le risque de remise en cause de l'efficacité de l'interdit posé par l'article 16-7 du Code civil avait alors été souligné⁵, mais le recours en excès de pouvoir introduit contre la circulaire avait été rejeté par le Conseil d'État⁶. Ces effets étaient de faible importance et sans conséquence sur l'essentiel : la filiation. Insidieusement, pourtant, la remise en cause de la logique sur laquelle le législateur s'était appuyé en 1994 était enclenchée. Au nom de quoi pourrait-on désormais refuser de voir la convention produire des effets alors que certains avaient été admis ? Une simple circulaire venait ainsi ruiner la solidité d'un édifice qui tenait depuis 23 ans. La suite s'est écrite rapidement, ce que permettent de constater les arrêts rendus dans les affaires ukrainiennes et de Whittier qui retiennent la possibilité de la transcription de l'acte étranger en ce qu'il indique que l'homme est le père de l'enfant.

6 - Ces arrêts s'inscrivent dans la continuité de ceux du 3 juillet 2015 par lesquels l'assemblée plénière avait retenu que rien ne s'opposait à la transcription des actes de naissance⁷. Ces actes indiquaient en effet que l'enfant était né d'un homme désigné comme étant son père et de la femme qui l'avait mis au monde. Tout indiquant que l'homme ayant reconnu l'enfant en était bien le père et que la mère désignée dans l'acte était bien celle qui avait accouché, « l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et (...) les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité ».

7 - Il est vrai qu'auparavant, confrontée à la même hypothèse, la Cour de cassation avait refusé la transcription en retenant que la nullité de la convention de gestation pour autrui interdisait de lui faire produire le moindre effet, en raison de l'atteinte à l'indisponibilité de l'état des personnes et à l'ordre public que constitue le recours à la pratique de gestation pour autrui, atteinte en droit français d'une nullité d'ordre public en vertu des articles 16-7 et 16-9 du Code civil⁸. Cette fermeté s'était cependant brisée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, après avoir assimilé, à tort, l'absence de transcription à l'absence de reconnaissance de la filiation de l'enfant, notamment à l'égard du père biologique, avait conclu à la méconnaissance par la France du droit au respect de la vie privée et familiale des enfants⁹.

5. *Circ. n° NOR/JUSC1301528C, 25 janv. 2013 : JCP G 2013, act. 162, obs. N. Mathey.*

6. *CE, 12 déc. 2014, n° 367324 : JurisData n° 2014-030462 ; Dr. famille 2015, comm. 30, C. Neirinck ; D. 2015, p. 451, obs. O. Boscovic ; RTD civ. 2015, p. 114, obs. J. Hauser.*

7. *Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et 14-21.323 : JurisData n° 2015-015881 ; Dr. famille 2015, repère 8, J.-R. Binet ; Dr. famille 2015, comm. 145, C. Neirinck ; D. 2015, p. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; D. 2015, p. 1773, obs. D. Sindres ; D. 2015, p. 1919, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2015, p. 581, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2015, p. 2949, obs. P. Le Maigat.*

8. *Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468 : JurisData n° 2008-046272 ; Dr. famille 2009, comm. 15, P. Murat ; JCP G 2009, II, 10020, A. Mirkovic ; Procédures 2009, comm. 52, M. Douchy-Oudot ; D. 2009, p. 332, concl. J.-D. Sarcelet.*

9. *CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, Mennesson c/ France et Labasée c/ France : Dr. famille 2014, comm. 128, C. Neirinck ; D. 2014, p. 1797, F. Chénéde ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. Hauser ; Rev. crit. DIP 2015, p. 1, note H. Fulchiron.*

8 - La suspicion ou la certitude du recours à la GPA ne suffisent donc pas à fonder le refus de transcription ou la demande en nullité. Les actes ne sont pas intranscriptibles ou nuls par principe. Seulement, ils ne sont pas non plus automatiquement valables ou transcriptibles. Les conditions rappelées par la Cour de cassation portent sur la sincérité des énonciations de l'acte. Dans l'affaire indienne, les documents avaient été falsifiés, ce qui justifiait pleinement l'annulation. Concernant la transcription, la désignation du père étant conforme à la réalité, l'acte peut être transcrit s'agissant de cette filiation. En revanche, ainsi qu'on le voit dans l'affaire ukrainienne et dans celle de Whittier, la désignation dans l'acte, d'une autre femme que celle qui a accouché (l'épouse du père), ne permet pas la transcription de la filiation maternelle.

B. - Un effet consacré

9 - Les effets reconnus dans l'arrêt relatif à l'affaire de Victorville sont, de loin, les plus importants et l'on peut, sans exagérer, considérer qu'ils signent l'échec de la logique mise en œuvre en France pour lutter contre le recours aux mères porteuses. Dans cet arrêt, la première chambre civile affirme en effet que le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation. La possibilité de l'adoption, ainsi affirmée, constitue un revirement par rapport à l'arrêt d'assemblée plénière de 1991.

10 - Dans son arrêt du 31 mai 1991, l'assemblée plénière avait estimé que le recours à une mère porteuse rendait impossible l'adoption de l'enfant du conjoint car « cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption »¹⁰. Concrètement, l'enfant ayant été « produit » en vue d'être abandonné pour être ensuite adopté, la Cour de cassation analysait l'opération comme une fraude au droit de l'adoption. L'interdiction formelle et d'ordre public de la gestation pour autrui à partir de 1994 avait renforcé l'impossibilité de cette adoption.

11 - Dans l'affaire de Victorville, comme dans celle de 1991, l'adoption était bien la phase ultime d'un processus dont l'objectif était de permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant qui avait été conçu en exécution d'un contrat. C'est ce que retient l'avocat général dans son avis qui, se prononçant sur « l'effet de l'opération de GPA », avance, pour commencer, que « le recours à l'adoption comme suite à une GPA pourrait être disqualifié d'emblée ». C'est donc bien au regard de la position habituelle depuis 1991 qu'il entend élaborer son raisonnement. Voici ce qu'il affirme ensuite : « il pourrait en effet être considéré comme un détournement de l'institution elle-même, dès lors que l'enfant a été conçu dans le cadre d'une opération dont l'objet-même consiste en l'abandon par la mère gestatrice à la naissance. En ce sens, l'adoption pourrait s'analyser ici comme une opération destinée à conforter le fait accompli et illicite qui a été la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ». Cependant, il affirme qu'« il apparaît que l'adoption considérée avait bien pour but d'établir un lien de filiation avec le conjoint du père et, par là même, de conforter le lien familial existant, ce qui participe tout à fait des objectifs légaux de cette institution ». Elle présentait alors l'intérêt d'assurer à l'enfant « une vie familiale renforcée et sécurisée, dans la mesure où elle vise à la création d'un lien licite et pérenne avec le conjoint du premier parent ». Dès lors, « bien que l'opération s'inscrive dans un processus d'ensemble illicite en France et frappé

10. *Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : JurisData n° 1991-001378 ; JCP G 1991, II, 21752, J. Bernard, concl. Dontenville, note F. Terré ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; Defrénois 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller.*

d'une nullité d'ordre public (...), il n'en résulte pas moins des constatations des juges du fond qu'elle répond à l'intérêt de l'enfant ».

12 - On voit qu'il livre la même analyse de « l'opération de GPA » : il s'agit d'un processus d'ensemble illicite en France et frappé d'une nullité d'ordre public. Toutefois, il n'y voit pas un détournement de l'institution de l'adoption dès lors que celle-ci poursuit « l'intérêt de l'enfant ». En suivant cet avis, la Cour de cassation rompt donc avec la logique qui prévalait depuis 1991. La Cour de cassation avait en effet su remettre en cause l'adoption prononcée par la cour d'appel de Paris qui estimait l'adoption « conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer » du couple « pratiquement depuis sa naissance »¹¹.

13 - Pour la Cour de cassation, le recours à la GPA est donc neutre, la seule question qu'il faille désormais se poser porte sur l'adoption dont les conditions légales doivent être réunies et qui doit être conforme à l'intérêt de l'enfant. Toutefois, quel est l'intérêt de l'enfant ? La question peut se poser de multiples manières. Il serait ainsi possible de s'interroger sur l'intérêt de l'enfant de pouvoir être délibérément privé de la mère qui l'a porté et mis au monde et d'être considéré comme l'objet d'une convention et de la transgression d'un interdit¹². Toutefois, la notion est tellement malléable qu'il est toujours possible de l'envisager sous l'angle permettant de donner la réponse souhaitée. Comme en matière de filiation charnelle, le recours à l'intérêt de l'enfant permet concrètement au juge de substituer son appréciation à celle du législateur¹³ pour accueillir favorablement l'argument sophistique qui consiste à « transformer en alliée la principale victime »¹⁴.

14 - En transformant son approche habituelle, la Cour de cassation compromet l'efficacité de la lutte contre la GPA. Il convient désormais d'en tirer toutes les conséquences.

2. Les conséquences attendues des arrêts du 5 juillet 2017

15 - En admettant aussi largement qu'elle le fait de reconnaître produire des effets aux opérations de GPA réalisées à l'étranger, la Cour de cassation signe, par ses arrêts du 5 juillet 2017, l'échec de la logique suivie depuis 1991 qui, grâce à l'alliance de la jurisprudence et de la loi, permettait de dissuader le recours à la GPA en l'empêchant de produire des effets. Cette première conséquence (A) en appelle une seconde qui ne peut venir que du législateur (B).

A. - L'abandon de toute dissuasion de lege lata

16 - Le droit français relatif à la gestation pour autrui résultait d'une alliance conclue entre le juge et le législateur. La Cour de cassation avait ainsi d'abord indiqué à un législateur hésitant de quelle manière le recours aux mères porteuses devait être envisagé. En structurant l'analyse de la situation de fait autour des principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, il

montrait ainsi au législateur la voie à suivre : celle du respect de l'intérêt général et de l'ordre public, résultant de la présence au visa de l'article 6 du Code civil. La question posée par le recours aux maternités de substitution n'était autre que celle de la légitimité objective d'une pratique consistant dans la fabrication et l'abandon d'enfants. Parce que cette pratique était organisée contractuellement, il était nécessaire d'apporter une réponse sur le terrain contractuel en ne permettant pas que, par le mécanisme de l'adoption, des effets soient donnés à une telle convention. Le refus des effets résultait de la volonté de marquer la pratique de gestation pour autrui du sceau de l'illicite.

C'est pour conforter cette vision que le législateur a ensuite affirmé à l'article 16-7 du Code civil la nullité d'ordre public de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Depuis, la jurisprudence avait constamment réaffirmé l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant conçu au mépris de la prohibition légale et l'autre membre du couple, qu'il s'agisse d'une adoption¹⁵, d'une reconnaissance¹⁶ ou de l'établissement de la filiation par la possession d'état¹⁷. Jusqu'aux arrêts du 3 juillet 2015, nous l'avons vu, la même logique s'opposait à la transcription des actes de naissance établis à l'étranger¹⁸. La constance et la fermeté de la jurisprudence étaient fondées sur la nécessité de donner une réelle effectivité au principe de nullité consacré à l'article 16-7. La Cour de cassation l'affirmait ainsi en 2011 : « il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil »¹⁹. Dans ses arrêts du 5 juillet 2017, la Cour de cassation n'ignore d'ailleurs pas cette logique. Elle affirme ainsi, pour s'opposer à la transcription de la maternité d'intention dans les affaires ukrainiennes et de Whittier que « le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil ».

17 - Désormais, malgré la nullité d'ordre public, les conventions conclues à l'étranger produiront en France leurs effets essentiels. Aucune considération juridique ne devrait donc à l'avenir dissuader d'avoir recours à la pratique des mères porteuses. Pourtant, ces pratiques sont toujours envisagées comme devant être combattues. Ainsi, pour s'en tenir à une position récente, le CCNE affirme, dans son dernier avis, « qu'il ne peut (...) y avoir de GPA éthique » et souhaite « le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs »²⁰. Cette position conforte celle que le législateur a retenue à l'occasion de la révision des lois de bioéthique en 2011. Dès avant l'ouverture des travaux préparatoires, la question de l'admission des effets de la GPA avait en effet été posée. À l'exception d'un rapport sénatorial préconisant la légalisation de la GPA en 2008²¹, toutes les autorités s'étaient prononcées contre cette pratique²².

11. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc. note n° 10.

12. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité* : Fayard, 2013, p. 67 : « même de ce point de vue, les choses ne sont pas aussi simples. Certains soulignent ainsi au contraire que la logique du « fait accompli » est l'une des plus délétères concernant l'avenir d'un enfant quand elle valide une transgression juridique » (P. Levy-Soussan, *Destins de l'adoption* : Fayard, 2010, p. 46).

13. A. Gouëzel, *Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant* : Dr. famille 2014, étude 6 : « l'intérêt de l'enfant a sa place, éminente, dans le droit de la filiation charnelle, mais il doit être pris en compte par le Parlement au stade de l'élaboration des règles de droit objectif, et non par le juge qui, à l'occasion d'une action en contestation de filiation, trouverait là le moyen de substituer son appréciation à celle du législateur ».

14. M.-A. Frison-Roche, *Sophistique juridique et GPA* : D. 2016, p. 85 : « l'enfant « cédé » est en cela traité comme de la matière première, ce qui est contraire à son droit le plus fondamental, lequel consiste à être toujours traité en « personne ». Retourné comme un gant, l'enfant devient argument, et c'est au nom de l'enfant que l'on affirme qu'il a « droit à » avoir un parent. »

15. Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927 : JurisData, n° 2003-021336 ; Dr. famille 2004, comm. 17, P. Murat.

16. CA Rennes, 4 juill. 2002, n° 01/02471 : JurisData n° 2002-191286 ; JCP G 2003, 101, J. Rubellin-Devichi ; Dr. famille 2002, comm. 142, P. Murat ; D. 2002, p. 2902, note F. Granet.

17. TGI Lille, 22 mars 2007 : JurisData n° 2007-338352. – Confirmation en appel : CA Douai, 14 sept. 2009. – Pourvoi rejeté : Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 : JurisData n° 2011-005607.

18. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468, préc. note n° 8.

19. Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, préc. note n° 17.

20. CCNE, avis n° 124, 15 juin 2017, sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).

21. Rapp. Sénat n° 421, 25 juin 2008, contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, p. 5. – V. D. 2008, p. 1944, A. Mirkovic.

22. États généraux de la bioéthique, rapp. final, 1^{er} juill. 2009, p. 43 ; Doc. AN, rapp. d'info. n° 2235, janv. 2010, p. 135-170. – OPECST, AN n° 1325, Sénat

Au-delà de la légalisation de la pratique, la question de la reconnaissance des effets de conventions conclues à l'étranger avait été soulevée. Le Conseil d'État avait ainsi suggéré d'aménager la situation des enfants, sans revenir sur la prohibition de principe. À titre exceptionnel, il aurait été possible d'établir leur filiation au regard du droit français²³. Toutefois, la mission parlementaire avait estimé que « toutes ces solutions auraient pour effet de créer une profonde incohérence juridique par rapport à l'interdiction de la gestation pour autrui, puisqu'elles reviendraient à reconnaître des effets juridiques à une convention frappée de nullité »²⁴ et se posait cette question « la fonction protectrice assurée par la loi ne serait-elle pas réduite à néant s'il suffisait de se rendre à l'étranger pour la contourner en étant assuré, à son retour en France, de voir sa situation « régularisée » ? Ce faisant, n'encouragerait-on pas le tourisme procréatif ? Et l'interdiction légale de la gestation pour autrui ne concernerait-elle plus, de fait, que les couples les moins fortunés qui n'auraient pas les moyens de se rendre à l'étranger »²⁵ ?

18 - Ainsi qu'on le voit, la question à laquelle la Cour de cassation a apporté une réponse par ses arrêts du 5 juillet 2017 avait été envisagée, en profondeur, par le législateur en 2011. En apportant une solution diamétralement opposée, elle invite désormais le législateur à répondre à la question cruciale du droit, « celle de savoir si nous voulons instituer une société où les enfants sont fabriqués et vendus comme des produits, et si nous sommes conscients des conséquences sur le regard que nous porterons sur eux, ainsi que sur les relations humaines et sociales qui en résulteront »²⁶. Si le législateur français est toujours convaincu de la nécessité de lutter contre le recours à ces pratiques condamnables, la nouvelle révision des lois de bioéthique, qui débutera en 2018, lui donnera rapidement une occasion parfaite pour élaborer une nouvelle dissuasion, nécessaire.

B. - La nécessité d'une nouvelle dissuasion

19 - Dès lors que la logique conduisant à priver d'effets la GPA pour dissuader d'y avoir recours ne fonctionne plus, le législateur doit adopter une nouvelle politique, fondée sur des moyens que l'on peut suggérer tant en droit interne qu'au plan international.

20 - Au plan interne, force est de constater tout d'abord que le maintien du caractère d'ordre public de la nullité de la gestation pour autrui par l'article 16-7 ne suffit pas. Au-delà de la nullité de la convention, il serait précieux d'ajouter que le recours à la gestation pour autrui est interdit. À ce titre, il serait possible de s'inspirer des dispositions prévues au sujet de l'autre technique que le Code civil prohibe, depuis la loi du 6 août 2004, à l'article 16-4, alinéa 3 : « est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée ». Le législateur pourrait, demain, ajouter à l'article 16-7 un alinéa 2 prévoyant qu'« est interdit tout recours à l'une des techniques envisagées à l'alinéa précédent ». Ainsi, les choses seraient plus claires.

21 - Il faudrait en outre assortir l'interdiction du recours à la GPA de conséquences explicites et, bien sûr, prévoir des sanctions pénales nouvelles.

22 - S'agissant des conséquences explicites, il conviendrait d'annihiler les effets recherchés en affirmant clairement l'impossibilité d'établir un double lien de filiation en cas de recours avéré à une gestation pour autrui, fût-ce à l'étranger. L'article 310-2 du Code civil offre un très bon modèle en prévoyant l'interdiction d'établissement de la filiation à l'égard du second parent lorsqu'il existe entre eux un empêchement à mariage prévu par les articles 161 et 162. Le modèle a fait ses preuves, la Cour de cassation estimant que la requête en adoption présentée par le frère de la mère biologique contrevient aux dispositions d'ordre public interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu²⁷. On pourrait ainsi ajouter au Code civil un article 310-2-1 ainsi rédigé : « L'interdiction posée à l'article précédent s'applique également lorsqu'il est établi que le parent à l'égard duquel la filiation est établie a eu recours à une convention de gestation pour autrui des suites de laquelle est né l'enfant ». Une telle disposition permettrait de fonder le refus de l'adoption de l'enfant du conjoint et de s'opposer à la transcription des actes étrangers.

23 - Agir sur les effets serait toutefois insuffisant sans envisager, dans le même temps, les conséquences pénales du recours à la gestation pour autrui. Le législateur de 1994 ne s'était pas contenté d'affirmer la nullité de la GPA. Il avait également créé une incrimination pénale spécifique en ajoutant un alinéa à l'article 227-12 du Code pénal réprimant l'abandon d'enfants pour en étendre les dispositions au fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Une telle infraction est punie de 6 mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. L'incrimination est cependant de faible impact dans la mesure où les entremetteurs opèrent le plus souvent à l'étranger. S'il est insuffisant d'agir contre les entremetteurs, il convient d'agir contre les acteurs eux-mêmes. Il serait possible d'insérer un nouvel alinéa 2 à l'article 227-12. Ainsi, après l'alinéa 1^{er} disposant que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende », pourrait être inséré l'alinéa suivant : « Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait pour une personne ou un couple de s'entendre avec une femme pour que celle-ci accepte, fût-ce à titre gratuit, de porter en elle un enfant en vue de le leur remettre ». Pour que cette infraction présente une efficacité maximale, il conviendrait de prévoir qu'elle s'applique également lorsqu'elle a été commise à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement en France. À cet égard, il conviendrait de s'inspirer de ce que prévoit l'article 225-12-3 du Code pénal en matière de délit de recours à la prostitution des mineurs puni par l'article 225-12-1. Il suffirait ainsi d'insérer, après l'article 227-12, un article 227-12-1 disposant que « Dans le cas où le délit prévu au second alinéa de l'article 227-12 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

24 - Enfin, sur le plan international, il conviendrait que la France, conformément au rôle de modèle qu'elle a joué dans l'élaboration du droit de la bioéthique, prenne effectivement l'initiative visant à obtenir la prohibition de la gestation pour autrui. À cet effet, la

n° 107, rapp. sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004, 20 nov. 2008, p. 156. – Académie nationale de médecine, rapp. 10 mars 2009. – CE, rapp. la révision des lois de bioéthique, 9 avr. 2009, p. 48 s. – Avis du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine sur la gestation pour autrui, délib. ABM n° 2009-CO-38, 18 sept. 2009. – Position du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la gestation pour autrui, 4 févr. 2010. – Collège national des sages-femmes, communiqué de presse, Gestation pour autrui, une fausse bonne idée pour faire progresser le droit des femmes, 8 mars 2010. – CCNE, avis n° 110, 1^{er} avr. 2010, sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA).

23. CE, rapp. préc. note n° 22.

24. Doc. AN, n° 2235, préc. note n° 22, spéc. p. 196.

25. Ibid.

26. M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité* : Fayard, 2013, p. 76.

27. Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01.600 : *JurisData* n° 2004-021678 ; *Bull. civ. I*, n° 2 ; *Dr. famille* 2004, comm. 16, D. Fenouillet ; *JCP G* 2004, II, 10064, C. Labrusse-Riou ; *Defrénois* 2004, 594, obs. F. Bicheron ; *D.* 2004, p. 362, concl. J. Sainte-Rose, D. Vigneau ; *RLDC* 2004/3, n° 107, F. Dekeuwer-Defosse ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser. – V. aussi *CA Paris*, 5 avr. 2005 : *Juris-Data* n° 2005-268598 ; *Dr. famille* 2005, comm. 242, P. Murat.

Convention d'Oviedo²⁸, dont le contenu doit tant à la loi française de 1994, fête cette année ses 20 ans. N'est-ce pas le bon moment pour lancer les travaux en vue de l'adoption d'un nouveau protocole additionnel, à l'image de ce qui avait été fait, peu de temps après sa signature, pour interdire le clonage des êtres humains²⁹ ? L'atteinte à la dignité de la personne humaine que constitue le recours à une mère porteuse justifierait un tel protocole, fondé sur l'article 1^{er} de la convention. Il pourrait en outre constituer une application du principe de primauté affirmé à l'article 2. Enfin, un

28. *Conv. eur. sur les droits de l'homme et la biomédecine* : STE n° 164, Oviedo, 4 avr. 1997.

29. *Prot. add. portant interdiction du clonage d'êtres humains* : STE n° 168, Paris, 12 janv. 1998.

tel protocole serait parfaitement adapté pour donner une nouvelle application concrète à l'article 21 de la convention qui interdit que le corps humain et ses parties soient, en tant que tels, sources de profit.

25 - D'autres solutions pourraient aisément être envisagées et les pistes ici avancées ne le sont que pour indiquer au législateur que des voies d'action existent. Une chose est cependant établie dès à présent : pour lutter efficacement contre le recours à la gestation pour autrui, le temps des demi-mesures est révolu. La jurisprudence de la Cour de cassation place le législateur français à la croisée des chemins. ■

Mots-Clés : Gestation pour autrui - Transcription des actes de naissance à l'état civil - Filiation - Adoption