

## **Faut-il autoriser les « mères porteuses »**

Parce que les techniques médicales ont sensiblement progressé, le droit encadre désormais la conception de l'embryon.

La conception de l'embryon n'est plus seulement naturelle : elle peut être le fruit d'un processus médical mais tous les modes ne sont pas autorisés.

Au titre des techniques autorisées, les importantes lois du 29 juillet 1994 ont permis d'organiser l'assistance médicale à la procréation. La loi du 6 août 2004 a assoupli le recours à l'AMP. Cette dernière loi a fait l'objet d'une révision par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

L'article L 2141-1 du CSP vise plusieurs techniques :

- la conception in vivo qui consiste à inséminer artificiellement l'utérus de la femme avec les spermatozoïdes de son conjoint, partenaire, concubin ou d'un tiers.
- La conception in vitro qui consiste à féconder, en laboratoire, un ovule avec des spermatozoïdes, puis à réimplanter dans l'utérus de la femme.

La nouvelle loi autorise la vitrification ovocytaire, c'est-à-dire, la congélation des ovocytes.

Il convient de signaler que le recours à l'AMP ne peut pas être sollicité par n'importe qui. Parce qu'il y a derrière en jeu la création d'un lien de filiation avec l'enfant, le législateur met en œuvre des critères que doivent remplir les bénéficiaires de cette assistance :

- l'assistance médicale ne peut être demandée que par un couple (ce qui exclut les célibataires et les couples séparés), composé d'un homme et d'une femme (ce qui exclut les couples homosexuels). En revanche, l'assistance est ouverte indifféremment aux couples mariés ou non mariés.
- Les membres du couple doivent être en âge de procréer
- Ce couple doit donner un consentement éclairé et qui doit être maintenu jusqu'à l'assistance médicale effectivement apportée.

A côté de ces techniques autorisées, existent des techniques éthiquement contestables et aujourd'hui interdites (I). Cette interdiction est cependant aujourd'hui remise en cause (II)

### **I – le rappel de l'interdiction par la loi de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui**

#### **A – une solution fondée sur l'indisponibilité du corps humain**

L'article 16-7 du Code civil, issu des lois de 1994, annule « toute convention portant sur la procréation ou la GPA ». Ce faisant, le législateur a repris la solution posée par l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, qui a interdit la technique des maternités de substitutions ou des « mères porteuses » au nom du

principe de l'indisponibilité du corps humains et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Si la première renvoie directement au principe de dignité humaine, « l'état des personnes » désigne l'état civil des individus, qui regroupe les différents éléments de son identité.

Ainsi, est interdite en droit français la pratique qui consiste à obtenir d'une femme, gratuitement ou moyennant rémunération, qu'elle conçoive et porte un enfant pour une autre, en s'engageant à l'abandonner à la naissance pour permettre au couple receveur de faire établir un lien de filiation.

Cette nullité d'ordre public, empêche donc la convention de mère porteuse de produire des effets de droit sur le sol français

### B – la conséquence : le refus de transposition des actes de naissance d'enfants issus de GPA

De ce fait est interdite la transposition de l'acte d'état civil de l'enfant né d'une GPA à l'étranger, le privant de la reconnaissance d'une filiation maternelle vis-à-vis de la mère d'intention, voire d'une filiation paternelle dans l'état le plus récent de la jurisprudence et ceci quand bien même l'enfant serait génétiquement le sien.

La révision des lois de bioéthiques par la loi du 7 juillet 2011 n'a pas autorisé la GPA. La Cour de cassation maintenait une position très ferme à l'égard de la GPA depuis un arrêt du 6 avril 2011 (affaire Mennesson). Elle y refusait la transcription des actes de naissance de deux jumelles nées d'une GPA en Californie, actes établis selon le droit Californien.

La décision Mennesson a été maintenue, sur un autre fondement, par la Cour de Cassation dans une autre espèce, plus récente. Dans deux arrêts rendus le 13 septembre 2013, la Cour de cassation refuse la transposition des actes d'état civil d'enfants nés de GPA à l'étranger. Jugeant que la naissance des enfants est « l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

Si la décision semble conforme au principe d'indisponibilité du corps tels qu'il s'exprime dans les articles 16 et suivants du Code civil, la suite de l'argumentaire s'avère plus discutable. La Cour de Cassation conclut en effet qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv.EDH ne sauraient être utilement invoqués ».

En somme, parce que sa naissance résulte d'un processus frauduleux, l'enfant né d'une GPA ne peut tout simplement pas jouir de la protection que lui garantissent les textes internationaux de protection des droits de l'enfant ratifiés

par la France. Privé de la protection que lui accorde le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » consacré par la Convention de New York (CIDE) dont la Cour de Cassation reconnaît l'effet direct dans l'ordre interne, l'enfant né de GPA paye la fraude de ses parents.

## **II - l'atténuation de l'interdiction de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui**

### A - la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un père français et d'une mère porteuse.

Une circulaire du 25 Janvier 2013, adresse par l'ancienne Garde des Sceaux, Christiane Taubira, aux procureurs et aux greffiers en chef du tribunal d'instance leur demande de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un père français et d'une mère porteuse, dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant.

Sans permettre la transposition de l'acte de naissance, la loi française permet néanmoins aux enfants d'acquérir la nationalité française.

La France a également été condamnée par la CEDH dans deux arrêts du 26 juin 2014 (MENNESSON C/France et LABASSE C/France). La France fut condamnée au nom du droit des enfants au respect de la vie privée, au sens où l'entend l'article 8 de la Conv. EDH. Fort de cette condamnation, le Conseil d'Etat, saisi de plusieurs requêtes en annulation de la circulaire « Taubira », a rejeté ces recours dans un arrêt du 12 décembre 2014.

Les deux décisions de la CEDH de 2014 sont également à l'origine du revirement de jurisprudence qu'à opéré la Cour de Cassation, réunie en Ass. Plén. , dans deux arrêts en date du 3 juillet 2015, qui, sans revenir sur le principe de l'interdiction de la GPA, considèrent néanmoins que cette pratique ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français.

A noter que la France vient à nouveau d'être condamnée s'agissant d'un refus de transcription à l'état civil d'un enfant issu d'une GPA en Inde (CEDH, 21 juillet 2016, FOULON et BOULET C/France).

### B - le refus de créer des apatrides