

**ANALYSE JURIDIQUE ET SOCIOLOGIQUE DE L'ÉTAT DES QUESTIONS EN FRANCE À LA
LUMIÈRE DES PRATIQUES ÉTRANGÈRES EN MATIÈRE DE FILIATION DES ENFANTS CONÇUS
PAR GESTATION POUR AUTRUI À L'ÉTRANGER (GRANDE-BRETAGNE, BELGIQUE, ISRAËL)**

*Legal and Sociological Analysis of the French Context considering Foreign Practices Related to
Filiation of Children conceived through Surrogacy Abroad (United-Kingdom, Belgium, Israel)*

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

dans le cadre de l'appel à projets sur

« Le 'droit à l'enfant' et la filiation en France et dans le monde »

Rapport soumis le 15 juin 2017

Coordination générale

Marie-Angèle Hermitte, Directeur d'études honoraire à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), Directeur de recherche honoraire au CNRS

Karène Parizer, Docteur en droit et sciences sociales (Centre d'études des normes juridiques Yan Thomas, EHESS)

Séverine Mathieu, Professeur de sociologie (Université Lille 1)

Jean-Sylvestre Bergé, Professeur de droit (Université Lyon 3, Jean Moulin)

Composition des équipes de recherche

France:

Karène Parizer

Séverine Mathieu

Grande-Bretagne:

Melanie Latham, Professeur de droit (Manchester Metropolitan University)

Lorraine Culley, Professeur émérite en sciences sociales et santé (Université de Montfort, Leicester)

Israël:

Ruth Zafran, Professeur de droit (Radzyner Law School, Interdisciplinary Center Herzliya)

Daphna Hacker, Professeur de droit et des études de genre (Université de Tel Aviv)

Belgique:

Nicole Gallus, Professeur de droit (Université libre de Bruxelles)

Cathy Herbrand, Docteur en sociologie (Université de Montfort, Leicester)

NOTE DE SYNTHÈSE

I. La problématique retenue et les objectifs de recherche

Cette étude, réalisée entre novembre 2014 et juin 2017, vise à présenter un état des lieux sur la question spécifique de l'intégration des enfants conçus par GPA à l'étranger en France, en Grande-Bretagne, en Belgique et en Israël. Par ailleurs, il est important de souligner que, si les éléments sur les situations nationales ont été transmis par l'ensemble des membres de l'équipe, leur analyse a été effectuée par Marie-Angèle Hermitte, Karène Parizer, Séverine Mathieu et Jean-Sylvestre Bergé, et n'engagent qu'eux.

Les trois pays, Grande-Bretagne, Belgique et Israël, ont été choisis en premier lieu en raison de la diversité de leurs législations en matière de GPA. En Belgique, en l'absence de loi interdisant la GPA, certains centres d'Assistance médicale à la procréation (AMP) proposent cette prestation en définissant leurs propres conditions d'accès et de suivi. La reconnaissance juridique de cette démarche a généralement lieu sous la forme de l'adoption par les parents intentionnels de l'enfant ainsi conçu, à l'intérieur ou à l'extérieur du sol national. La Grande-Bretagne et Israël ont été les premiers pays au monde à avoir légalisé la GPA, mais en l'encadrant de manière radicalement différente. Le législateur britannique a uniquement prévu le transfert de droits parentaux, et cela une fois l'enfant né, donc *a posteriori*, par la voie judiciaire, la procédure d'adoption ou de *Parental Order*, et sous certaines conditions. Les parties en cause peuvent donc s'engager sans avoir à obtenir une autorisation préalable. En Israël, le recours à cette pratique requiert, entre autres choses, l'autorisation d'une commission publique qui vérifie l'aptitude médicale et psychologique des requérants. Les droits parentaux des parents intentionnels sont reconnus depuis la naissance, sans qu'ils aient à recourir à une procédure de l'adoption.

Comme en France, dans ces trois pays, aucune loi spécifique n'a été élaborée pour prévoir l'intégration juridique des enfants conçus par GPA en dehors du sol national, à l'exception notable des guidelines en Israël. En pratique, les différents pays concernés se sont organisés pour résoudre les difficultés rencontrées par les parents, en utilisant diverses sources de droit. Ainsi, en France, le Conseil d'État a obligé les consulats à fournir les documents de voyage, le Ministère de la justice les certificats de nationalité, la Cour de cassation la transcription de certains des actes de naissance établis à l'étranger. En Grande-Bretagne, c'est par les *Parental Orders* que les demandes sont satisfaites. En Belgique, ce sont les demandes d'adoption, et en Israël, les demandes de reconnaissance de droits parentaux sont le plus souvent faites sous la forme de *Parental Orders*, plus rarement par de demandes d'adoption. Les auteurs de ces demandes sont les parents intentionnels qui saisissent la justice afin d'établir des liens de parenté à l'égard des enfants ainsi conçus, mais les juges peuvent également être saisis par le ministère public qui conteste parfois les décisions des juridictions hiérarchiquement inférieures.

Selon les pays, il s'agit d'un assouplissement du régime légal (le non-respect de certaines conditions légales pouvant être plus ou moins toléré par les juges), de la définition d'une politique publique minimale en l'absence d'un régime légal ou d'une recherche de solutions visant à respecter le mieux possible l'intérêt de l'enfant, le plus souvent perçu comme devant rester avec ses parents d'intention, tout en ne cédant pas à toutes les demandes d'intégration juridique dans l'espace interne (comme, en France, l'enfant bénéficie de l'intégralité des droits sociaux, ainsi que de la nationalité, mais, en l'état de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, aucun lien de filiation ne peut être établi entre lui et la mère d'intention). Ces différentes hypothèses sont examinées pour

essayer de tracer des directions jurisprudentielles générales, replacées dans le contexte de chaque tradition juridique (droit romano-germanique, *Common Law*, mélanges de systèmes de droit), de la variété des facteurs extérieurs au droit interne pouvant influencer le contenu des normes, comme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et des actions symboliques militantes.

Cette étude, organisée autour des notions d'offre et de demande de GPA, articule des données économiques, juridiques, sociologiques pour constituer la transnationalisation de la pratique de la GPA en question politique : les pratiques issues du terrain (parents demandeurs, femmes offreuseuses, médecins et intermédiaires) rencontrent des interdits, des obligations ou des limites liés aux différents droits nationaux qui se font parfois une véritable concurrence dont il faut traiter les conséquences sur le plan juridique lors du retour dans l'État où résident les parents d'intention.

II. L'énonciation et la justification des choix méthodologiques effectués

La méthodologie choisie pour effectuer ce projet de recherche n'est pas sans poser des questions quant à l'objectivation scientifique du travail.

D'une part, les positions des membres de l'équipe à l'égard de la GPA divergent et il a été décidé dès l'origine d'assumer les divergences plutôt que de chercher à les réduire. Notre souci a donc été de présenter ce contexte complexe de la manière la plus objective possible quand c'était possible et, sinon, de mettre en lumière les oppositions.

D'autre part, s'est posée la question du choix des personnes interrogées. En tant que premiers acteurs du débat sur la GPA, leurs discours relèvent de positionnements différents, qui impliquent soit un *a priori*, favorable ou défavorable à la GPA, soit une liberté de parole mesurée lorsqu'il s'agit de fonctionnaires. Tout entretien doit donc être entendu en fonction de la position toujours particulière du locuteur.

À titre d'exemple, les avocats, impliqués dans la défense des parents intentionnels, développent un discours structurellement favorable à la GPA en général et à l'intégration juridique des enfants en particulier, même s'il est pluriel sur les modalités souhaitables (autorisation de rémunérer la gestatrice, reconnaissance de la parenté légale des parents intentionnels dès la naissance ou après, etc.). En revanche, il est parfois plus difficile d'équilibrer ce discours par celui des « avocats » de la partie adverse. En France, il a été possible d'interroger des membres du Ministère public, de la Chancellerie, mais aussi des membres d'associations engagées contre la GPA. Dans les autres pays, il s'agit plutôt des positions des conseillers juridiques au service de l'État.

Les magistrats sont un cas à part, car ils évitent de donner une opinion personnelle en raison de leurs obligations déontologiques; en d'autres termes, ils expliquent la jurisprudence plus qu'ils n'en évaluent la légitimité. D'autre part, ils sont concrètement confrontés, dans le cadre de leur activité professionnelle, à la nécessité de gérer les situations créées.

Des entretiens ont été menés avec des travailleurs sociaux, ainsi qu'avec des représentants des associations engagées dans ce débat.

Enfin, il est important de souligner que certains des acteurs de la GPA sont absents de cette étude. Ainsi, elle n'inclut pas d'entretiens auprès des gestatrices. En effet, les gestatrices se trouvent à l'étranger et sont donc difficilement accessibles, *a fortiori* dans les pays où elles n'ont même pas de contact avec les parents intentionnels, comme cela peut se produire en Inde. Les parents intentionnels n'ont également pas été interrogés, et leurs positionnements sont explicités par leurs avocats, ce qui introduit un biais. En revanche, il

n'a pas été possible de rencontrer d'avocats des gestatrices, dans les cas relativement rares où celles-ci ont entamé une procédure. Afin de combler cette absence, nous avons effectué des entretiens avec des membres d'associations opposées à la GPA, telle que le CoRP en France. Leurs arguments comportent des réflexions d'ordre juridique car des juristes appartiennent à ces associations qui cherchent à invalider les arguments en faveur des principes d'égalité et de liberté qui sont promus par les partisans de la GPA.

Pour conclure sur ce thème, si certaines des personnes interrogées ont fait clairement valoir leur position pour ou contre la GPA, beaucoup se sont montrées hésitantes. Dans les contextes nationaux où la GPA est légale, certaines des personnes interrogées qui sont, à titre personnel, plutôt opposées, ont choisi de se positionner sur les conditions d'exécution du contrat. Par ailleurs, beaucoup des personnes interrogées font une claire distinction entre la question de l'acceptabilité de la GPA, sur laquelle elles peuvent avoir une opinion négative, et la question du statut juridique des enfants, qu'elles veulent en général le plus favorable possible, les deux questions paraissant le plus souvent séparées.

Les entretiens sont donc un matériau à analyser en gardant à l'esprit qu'ils sont producteurs de biais.

III. Les terrains ou données ayant servi de support à la recherche dans une présentation anonymisée

La liste des personnes interviewées se compose de la manière suivante:

En Grande-Bretagne, 2 juges, 3 avocats (dont un a créé une agence de GPA à but non lucratif), 2 travailleurs sociaux, un ex-conseiller gouvernemental (8 personnes au total).

En Belgique, un juge, 2 avocats, 2 médecins pratiquant la GPA en Belgique, 4 militants associatifs (9 personnes au total).

En Israël, un juge, un avocat, 6 conseillers juridiques auprès de différents ministères, 2 entrepreneurs intermédiaires ayant créé des agences de GPA, un militant associatif (11 personnes au total).

En France, 5 juges, 2 avocats, 4 conseillers juridiques au service public, 2 militants associatifs (13 personnes au total).

Ces entretiens semi-directifs ont été réalisés principalement par les quatre équipes nationales, chacune se composant d'un juriste et d'un sociologue.

IV. Les principales conclusions de la recherche

a) Sur les droits et pratiques en présence

En Grande-Bretagne, l'utilisation de la procédure du *Parental order* conduisant le plus souvent à reconnaître dans l'ordre juridique anglais l'opération réalisée à l'étranger, quels que soient les écarts du droit étranger par rapport à la loi anglaise, revient à accepter des GPA *contra legem*.

En Israël, bien que l'on distingue entre recours à la GPA sur le sol national et à l'étranger, on constate la même tendance d'alignement procédural par le *Parental Order* (mais pas en ce qui concerne les conditions de fond). Cela tient à deux raisons principales, inexistantes dans le régime interne britannique, à savoir d'une part l'éligibilité limitée aux couples hétérosexuels, et d'autre part l'autorisation requise d'une commission validant le recours en amont. Par la suite, cette procédure de *Parental Order* a en effet remplacé celle de l'adoption pour les mères intentionnelles ainsi que pour les partenaires homosexuels.

En Belgique, en revanche, dans la mesure où aucun régime de GPA n'a été prévu, et qu'il n'existe par conséquent aucune procédure spécifique, l'intégration juridique des enfants nés

par GPA à l'étranger se passe par le biais de l'adoption, même si l'institution de la reconnaissance de maternité semble être utilisée à la marge.

En France, au départ, le recours à la GPA à l'étranger, considéré comme contraire à l'ordre public international, voire comme une fraude à la loi selon les circonstances, entraînait des difficultés lors du voyage des enfants vers la France et particulièrement lors de demande de transcription de l'état-civil des enfants. La jurisprudence *Menesson* et *Labassée* de la CEDH de juin 2014 en déclarant que le droit de l'enfant au respect de la vie privée et familiale a été violé (art. 8 de la Convention européenne) mais pas celui des parents intentionnels a modifié la donne. C'est un changement de perspective car les effets d'un acte étranger probant, c'est à dire en l'état, conforme à la réalité biologique de l'opération, doivent désormais être intégrés au niveau national, sans prendre en considération le fait d'avoir recouru à la GPA. Enfin, la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 a franchi un pas supplémentaire, abandonnant les catégories d'ordre public et de fraude à la loi, même si, seul le lien de filiation à l'égard du père intentionnel a été reconnu, et pas celui de la mère intentionnelle.

Dans tous les cas, le juge fait évoluer le droit interne dans un sens favorable aux parents d'intention, que ce soit de son propre chef (Grande-Bretagne, Belgique et Israël), ou contraint par la CEDH dans le cas de la France.

En ce qui concerne le choix des pays de destination, celui-ci dépend d'un bilan réalisé par les parents d'intention entre l'adaptation des dispositifs juridiques du lieu de réalisation de la gestation à leurs intérêts et le prix qu'il leur faudra payer. Les pays de destination dépendent aussi de la force de marketing des officines qui servent d'intermédiaires.

En effet, le dispositif légal du pays de l'offre est déterminant dans le choix du pays où sera pratiqué la GPA : les pays où la gestatrice n'est pas reconnue en tant que mère légale attirent plus les parents intentionnels. Dans le cas contraire, le parent non génétique ne peut pas être reconnu comme parent tant que le lien avec la gestatrice n'a pas été officiellement rompu. À cet égard, on notera une différence importante entre Israël et la Grande-Bretagne: en Israël, les contraintes légales imposées dans le pays de la femme porteuse influencent le régime appliqué (comme ce fut le cas avec les conventions de GPA conclues en Thaïlande, où la femme qui accouche est la mère légale- plusieurs dizaines de cas sont actuellement pendants devant les tribunaux israéliens, générant de l'incertitude) ; tel n'est pas le cas en Grande-Bretagne, où le régime légal est identique, indépendamment du pays « fournisseur » de GPA : les conditions d'obtention du *Parental Order* sont en principe les mêmes que sous le régime interne de GPA.

Ce constat est très ambigu car la jurisprudence britannique a accepté des cas où il était pourtant clair que les conditions du régime interne de GPA, de forme et de fond, n'étaient pas respectées. Cette évolution concerne plusieurs conditions légales prévues pour l'obtention d'un *Parental Order*: lien génétique avec l'enfant d'au moins l'un des parents intentionnels ; résidence d'au moins l'un des parents intentionnels sur le sol britannique ; non-dépassement des dépenses raisonnables ; consentement de la gestatrice ; délai de soumission de la requête d'un *Parental Order* ; être en couple (hétérosexuel ou homosexuel).

b) Sur le jeu des acteurs

Quelques conclusions peuvent également être tirées des attitudes observées des acteurs de la GPA :

- Les parents intentionnels- Leurs revendications portent sur le fait que c'est au droit, en intégrant automatiquement les enfants à leur arrivée sur le territoire national, de réparer les torts que le régime juridique de la GPA a produits, passant sous silence la démarche volontaire des parents. Il s'agit aussi de lutter contre une certaine désapprobation d'une partie de la société civile d'autre part, d'où la volonté que la loi change pour que, à terme, ce qui est vu comme une morale commune obsolète soit transformé par l'opération de la loi. Dans la grande majorité des cas, qu'il s'agisse de couples d'hommes ou de couples hétérosexuels, les parents intentionnels ont entamé ce chemin parce que la GPA était, à leurs yeux, la seule option envisageable. Dans les quatre pays étudiés, les parents intentionnels ont évidemment le soutien de leurs avocats. C'est moins souvent le cas des travailleurs sociaux et de certains agents de la fonction publique.

- Les gestatrices- L'autonomie de la gestatrice se mesure dans sa capacité à choisir les parents intentionnels, les obligations contractuelles qu'elle accepte et d'une manière générale son pouvoir de participation à la négociation (nul dans le cas des Indiennes qui ne peuvent qu'accepter ou refuser).

D'une façon générale, peu de femmes sont volontaires pour être gestatrices, que ce soit en Israël ou en Grande-Bretagne, où la pratique de la GPA est autorisée. Personne n'a mentionné de gestatrices « riches », et, dans les exemples connus, l'argent versé est un élément indispensable pour convaincre une femme d'accepter. Cela ne signifie pas pour autant que ces femmes sont toutes pauvres.

Ainsi, la GPA sera considérée par certains comme une forme d'aliénation des corps des femmes, parfois qualifiée de patriarcale (même lorsqu'elle est commanditée par une femme). D'autres, particulièrement dans les cultures anglo-américaines, y voient l'expression de leurs droits à l'auto-détermination sur leur propre corps. L'acceptation maximale de la GPA passe par une vision rationnelle « win – win », dans laquelle les femmes ayant une bonne faculté gestatrice la font fructifier auprès de celles et ceux qui en sont dépourvus, pour une raison ou pour une autre.

En tous cas, force est de constater l'absence d'associations de gestatrices, et le fait qu'elles ne s'expriment que très rarement, exception faite de certaines gestatrices américaines et anglaises dans une moindre mesure. En même temps, quelques études de terrain ont été faites depuis les années 1990 : dans l'ensemble, les chercheurs soutiennent que la motivation financière ne peut pas à elle-seule suffire pour comprendre l'implication de femmes dans la GPA. Par ailleurs, il semble que pour la gestatrice, un certain risque de dépendance émotionnelle existe, surtout par rapport aux parents intentionnels, et pas tellement par rapport au bébé lui-même, car la plupart des gestatrices semblent faire un travail psychique sur elles-mêmes tout au long de la grossesse, consistant à s'interdire de s'attacher à l'enfant, surtout en l'absence de lien génétique entre elles et le fœtus.

Ces études ont été menées dans des pays développés, ce qui diffère de celles conduites dans des pays émergents, comme l'Inde ou des pays occidentaux en difficultés économiques persistantes comme l'Ukraine. Ces dernières dévoilent une réalité complexe et leurs conclusions sont plus sombres : le recrutement des gestatrices est essentiellement réalisé en fonction de leur capacité physiologique ; leur motivation pour devenir gestatrice est financière ; la majorité des femmes faisant partie de ces études ne se sentaient pas exploitées, elles parlaient davantage d'un processus qu'elles percevaient comme « gagnant-gagnant » ; la principale difficulté évoquée est liée au regard réprobateur de la société, ce

qui explique dans une certaine mesure le manque de volonté de nombreuses gestatrices de renouveler cette expérience dans le futur.

- Les donneuses - vendeuses d'ovocytes- actrices invisibles dans le déroulement de la GPA, ni dans les conditions d'obtention des ovocytes, ni dans la conservation de leurs traces.

- Les prestataires de service- Parmi ces prestataires, les agences intermédiaires, les professionnels de la santé et les avocats. Dans certains pays, comme l'Inde, le pouvoir des intermédiaires est important et il va au-delà de la simple mise en relation des parties, au détriment de l'autonomie de la gestatrice. Ainsi, les intermédiaires sont seuls à décider sur des questions importantes pour la gestatrice, notamment des choix médicaux : nombre d'embryons à implanter, éventuelle interruption de grossesse ou réduction embryonnaire. Comme pour la pratique de la GPA en général, la distinction entre ce qui est appelé « indemnisation raisonnable » et « commerciale » est difficile à faire : à titre d'exemple, en Grande-Bretagne, les agences ayant pour objet la mise en relation à but lucratif sont en principe interdites. De plus, on trouve parfois à la tête des agences à but non lucratif des avocats compétents dans le champ de la GPA et rémunérés à ce titre. Par ailleurs, les agences – sans but lucratif - et les cliniques – privées- sont difficiles à distinguer, car souvent le recours à la GPA à l'étranger est prévu dans un « *package deal* » où certaines agences travaillent avec certaines cliniques étrangères. La ligne de frontière entre les fonctions des trois acteurs - agences, cliniques et avocats – peut donc parfois être floue.

En Israël, les agences commerciales sont extrêmement impliquées dans le processus, faisant le lien entre des citoyens israéliens qui souhaitent recourir à la GPA à l'étranger et des agences étrangères qui vendent des ovocytes, emploient des gestatrices et fournissent l'infrastructure médicale. Il est intéressant de noter que certains directeurs d'agences ou conseillers juridiques se sont professionnellement impliqués dans ce domaine après un parcours personnel en tant que parents intentionnels. Ces agences sont assistées par des avocats externes israéliens et des médecins spécialisés. Elles explorent les marchés possibles, et contactent des hôpitaux et autres institutions et professionnels dans les pays susceptibles de proposer des ventes d'ovocytes et ceux dans lesquels peut se dérouler la gestation, lorsque les deux sources géographiques sont distinctes.

Dans certains cas, les agences israéliennes établissent elles-mêmes des infrastructures à l'étranger et se dispensent ainsi d'intermédiaires. Les personnes interviewées perçoivent le caractère lucratif de ces agences comme un facteur d'intensification du phénomène du recours à la GPA à l'étranger.

Il est intéressant de noter qu'en Israël, les agences commerciales sont perçues par certaines personnes interviewées comme étant indispensables et difficilement remplaçables par des agences de mise en relation qui seraient à but non lucratif, ce qui est le cas dans le domaine de l'adoption internationale. Dans un contexte favorable à la GPA, le recours à des agences à but non lucratif est vu comme une entrave au développement du marché.

En ce qui concerne les avocats, leur place est double: aux États-Unis surtout, ils ont contribué à structurer les relations entre les différents acteurs de la GPA et imposer différents types de contrats, plus ou moins sophistiqués et plus ou moins protecteurs de l'un ou de l'autre des partenaires. Ils jouent en outre un rôle essentiel en utilisant le droit comme ressource dans les mobilisations, particulièrement en intégrant les débats politiques dans

l'arène judiciaire, dans la tradition des « avocats de cause », devenant des acteurs majeurs de la légitimation des pratiques pour obtenir leur légalisation.

- Services sociaux- En général, en Israël et en Grande-Bretagne, les travailleurs sociaux sont les seuls à connaître les parents d'intention rencontrés au moment des demandes de *Parental orders*. Ils n'ont pas connaissance de la façon dont se pratique la GPA et n'étudient guère le suivi des familles (les études faites en ce domaine émanent le plus souvent de psychologues). Relevons également que ces travailleurs sociaux sont les seuls à n'avoir pas d'intérêt direct au développement de ce marché. Or, davantage, ils sont plus réticents que les autres acteurs rencontrés à l'égard de la GPA. C'est l'inverse des avocats, influencés ici par leur connaissance de la situation à l'intérieur du pays. Ce constat est surtout valable pour la Grande-Bretagne, où les travailleurs sociaux se sont organisés institutionnellement pour formuler des recommandations, notamment en ce qui concerne le besoin des enfants ainsi conçus d'avoir accès à leur origines.

- Juges- La situation devant laquelle se trouvent les juges dans chacun des pays étudiés est différente : en Israël et en Grande-Bretagne, où il existe un cadre normatif pour le recours à la GPA sur le sol national, les juges sont principalement confrontés à des cas où le recours à la GPA à l'étranger a été réalisé dans des conditions peu compatibles avec le dispositif interne. En revanche, en France, où la GPA n'est pas autorisée, les juges sont également confrontés à de telles situations, mais l'enjeu est également politique, notamment par rapport au législateur.

Aussi bien en Israël qu'en Grande-Bretagne, on constate que les juges sont dans l'empathie avec les parents intentionnels.

En Israël, les juges sont plus permissifs que le Parlement et les fonctionnaires des différents Ministères. D'ailleurs cette attitude positive des juges est ressentie également dans d'autres domaines du droit de la famille.

En France, en ce qui concerne les juges à la Cour de cassation, l'enjeu politique de leur rôle est plus marqué. Ils se disent devoir exercer un rôle de contrôle et de marquer les interdits sans remplacer le législateur ; tâche difficile dans la mesure où « La Cour de cassation n'est pas là pour faire la morale mais pour trancher en fonction des éléments qui lui sont soumis ». Plus précisément, ces juges statuent en fonction des arguments avancés par les parties et le Ministère public.

- Les États- Que les États aient prévu un cadre légal pour la GPA sur leur sol national ou non, ils sont tous, par hypothèse, démunis par le recours à la GPA réalisée librement à l'étranger. Il est intéressant de noter une différence entre Israël et la Grande-Bretagne, deux pays ayant autorisé la GPA interne : alors que dans le premier pays, la pratique est vécue, comme en France, comme un défi à l'État et une politique de fait accompli, la situation semble inverse dans le cas des autorités britanniques.

En Grande-Bretagne, la HFEA s'est toujours estimée non compétente pour réguler et surveiller les agences de mise en relation à but non lucratif, alors qu'elles sont à l'origine d'un nombre élevé de conventions de GPA. En d'autres termes, seuls les juges façonnent la politique en matière de GPA.

Cela n'est pas le cas en Israël, où le recours à la GPA à l'étranger occupe des conseillers juridiques des différents ministères. Il est clair que l'État d'Israël n'avait pas prévu, à l'origine, d'articuler le régime interne de la GPA au recours à la GPA internationale de ses nationaux.

Cette pratique a été analysée rapidement comme un mouvement « *bottom up* », initié par des citoyens israéliens, surtout des couples homosexuels. En même temps, le débat sur le recours à la GPA à l'étranger sous-entend ce type de recours comme une soupape nécessaire à l'option de la GPA interne, notamment en ce qui concerne la possibilité pour les personnes homosexuelles d'y recourir, qui ne sont pas éligibles dans le régime interne de GPA, et le contexte de pénurie de gestatrices et de coûts élevés. Le fait de tolérer que des conventions de GPA soient conclues ailleurs légitime cette pratique d'une part, et permet de ne pas prendre de position officielle d'autre part, ce qui apparaît à nos interlocuteurs comme une position politique confortable.

En France, presque toutes les personnes interrogées doutent de l'efficacité de l'effet dissuasif du régime actuel des GPA ; en d'autres termes, toutes les personnes interrogées pensent que les personnes qui veulent un enfant le feront, malgré les problèmes administratifs.

Les personnes interrogées se divisent en deux camps : d'une part, celles qui considèrent que la position du Ministère public est idéologique. Cette position est principalement celle des avocats rencontrés. D'autre part, d'autres de nos interlocuteurs insistent sur le fait que « la fonction fait la personne ». Selon eux, les personnes appartenant au Ministère public ayant pour fonction d'être les défenseurs de l'ordre public et de contrôler l'application de la loi, telle qu'elle est, il serait difficile de les qualifier de militantes. Pour la plupart des personnes interrogées, le fait que le législateur ne tranche pas en matière de transcription et en laisse le soin à la jurisprudence témoigne aussi de l'indécision de l'exécutif qui ne saisit pas ici de la question pour intervenir et trancher.

- La société civile- plusieurs éléments ont été recueillis par les différentes équipes nationales :

Selon les membres de l'équipe britannique, il semble qu'il n'y ait pas d'organisations féministes en Grande-Bretagne qui se positionnent contre la GPA, contrairement à ce qui se passe en France.

En Israël, il semble que les féministes acceptent la GPA, notamment le recours à l'étranger, comme une donnée avec laquelle il faut composer. À leur discours qui prônait une approche abolitionniste s'est substitué un débat sur la liberté du choix, le caractère équitable du contrat, et l'existence des relations valorisantes entre les parties en cause, en accordant une attention spéciale à la gestatrice et à ses enfants. Dans l'ensemble, les associations féministes s'occupent plutôt de la GPA interne, et ne sont pas considérées par les autorités publiques comme des acteurs significatifs dans le domaine du recours à la GPA à l'étranger.

En Belgique, plusieurs conférences et débats publics sur la GPA ont eu lieu au sein de la société civile concernant un éventuel encadrement légal de la pratique de la GPA au niveau interne. Le tissu associatif belge est divisé entre ceux qui sont pour encadrer cette pratique et ceux qui y sont opposés.

En France, le réseau associatif s'oppose, entre autres, sur la question de l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger (ce débat se situe à l'intérieur d'un débat plus général sur la pratique de la GPA et la nécessité de l'encadrer en France). Deux types d'association s'opposent ici. On a d'une part, les principales associations qui agissent contre l'intégration juridique des enfants, en considérant que toute intégration constituerait une reconnaissance de fait de la GPA en général et viderait la prohibition de la GPA de sens. D'autre part, il existe des associations de défense des familles qui ont recours à la GPA et qui entendent lever les non-dits autour du recours à la GPA de ressortissants français. Partant,

ils veulent lutter pour la reconnaissance des enfants nés de GPA. Puisque ces enfants existent, il faut les reconnaître de plein droit.

Notre étude confirme que, parmi les pays étudiés, c'est en France que les tensions sont les plus fortes. Tout d'abord, entre les associations (les forums des réseaux sociaux reflètent bien ces dissensions), ainsi qu'entre les avocats et certains juges et membres du Ministère public. En effet, ce débat est relayé par les médias, notamment par les journaux qui y consacrent de nombreux articles et publient les tribunes des représentants des deux camps, qui dépassent le clivage traditionnel droite/gauche.

En tout état de cause, dans les quatre pays, on connaît mal le nombre d'enfants nés par GPA. Néanmoins, deux constats s'imposent. Le premier : dans les quatre pays, la demande est en croissance constante. C'est surtout vrai en Israël et en Grande-Bretagne. Le second : le nombre de GPA réalisées à l'étranger est très supérieur au nombre de GPA réalisées dans le cadre interne. C'est ce que montrent les deux enquêtes, britannique et israélienne.

Cette situation rend difficile l'assurance d'un suivi des protagonistes et du phénomène lui-même, dont certains considèrent qu'il doit être d'autant plus surveillé qu'il augmente. Cependant, relevons ici que les chiffres ne sont pas pour autant considérables, de sorte que ce ne peut pas être considéré comme un phénomène courant et banalisé.

c) Sur les aspects de droit international privé

L'étude des aspects de droit international privé a permis de dresser la typologie suivante :

Le Royaume-Uni traite les cas de GPA à l'étranger comme des cas purement internes auxquels sont appliquées les règles et jurisprudences nationales. La GPA étant autorisée dans ce pays (sous condition notamment d'une rémunération limitée à une « indemnisation raisonnable », celle-ci étant appréciée de manière souple par la jurisprudence), recourir à une GPA à l'étranger ne soulève pas en soi de difficultés particulières.

Le cas israélien est certainement le plus riche en termes de constructions juridiques. Ce pays développe une politique juridique délibérée de traitement des cas de GPA à l'étranger, contrairement aux autres pays étudiés qui, soit banalisent la GPA à l'étranger comme un fait essentiellement national (cas du Royaume-Uni), soit subissent des situations de laisser-faire pour des raisons que l'on évoquera plus loin (en France et en Belgique).

En France, La situation de la GPA à l'étranger a fortement évolué. Dans une première période, l'approche se veut unitaire et empreinte d'une totale illicéité. La GPA est purement et simplement interdite où qu'elle soit pratiquée. Son traitement se veut unitaire, en ce sens que la France prête aux faits de GPA qui se sont déroulés à l'étranger les mêmes conséquences que celles qui seraient attachées aux GPA pratiquées sur le territoire national, sans possibilité de dissocier les éléments de la situation selon qu'ils se déroulent sur le territoire national ou à l'étranger. L'illicéité française (indisponibilité du corps humain) frappe ainsi l'opération dans sa totalité. Elle intervient le plus souvent par le mécanisme de l'ordre public international. La question est discutée, mais non véritablement tranchée, de savoir s'il faut limiter cet ordre public aux situations présentant un fort lien avec le territoire national (par exemple, aux seuls ressortissants français). Avec la circulaire de 2013 du Garde des Sceaux en matière de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants issus de GPA pratiquées à l'étranger et la décision du Conseil d'État de 2014 la validant, une brèche a été ouverte dans l'approche unitaire. Dès lors que les actes de naissance étrangers produits par les commanditaires sont probants au sens de l'art. 47 du C. civ., un certificat de

nationalité française doit être délivré à l'enfant sans considération du fait de GPA qui a présidé à sa naissance. En coupant le lien avec le fait survenu dans le pays où la GPA a été pratiquée, le droit français permet un traitement de la situation en France, sans considération du fait étranger illicite au sens du droit français. L'obtention de ce certificat de nationalité française a des conséquences très importantes. Elle permet de faire produire *de facto* à la GPA à l'étranger des conséquences juridiques sur le sol national, conséquences qui jusqu'alors, étaient refusées au nom de l'existence d'un fait de GPA à l'étranger. Ces conséquences juridiques tiennent d'un point de vue pratique à l'établissement de documents officiels (documents de voyage, actes d'état civil) qui permettent de revendiquer un statut de l'enfant, sans passer par le raisonnement préalable de type « conflit de lois » précédemment décrit.

En Belgique, les incertitudes qui entourent, en droit interne, la pratique de la GPA (absence de réglementation spécifique, existence de pratiques sur le territoire national) rejaillit nécessairement sur l'approche de droit international privé. Faute d'une position claire sur la question dans l'ordre public interne, les juges belges livrent des solutions disparates sur le terrain de l'ordre public international.