

**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 présentation des chercheurs

Coordination générale:

- Articulation de la partie juridique et sociologique : Marie-Angèle Hermitte - directeur d'études honoraire à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), directeur de recherche honoraire au CNRS, ayant mené des recherches sur les frontières du droit, notamment dans le domaine de la biomédecine, membre du Comité consultatif national d'éthique (CCNE).

- Partie juridique : Karène Parizer - juriste franco-israélienne, docteur en droit et sciences sociales (EHESS) : auteur de la thèse « Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne », soutenue en janvier 2014 et publiée par les Presses universitaires d'Aix-Marseille en 2016 ; membre au Centre d'études des normes juridiques Yan Thomas (CENJ) à l'EHESS, dont les recherches portent sur le droit comparé, le droit de la bioéthique, ainsi que le droit des personnes et de la famille.

-- Partie sociologique : Séverine Mathieu – professeur de sociologie à l'Université de Lille 1, membre du CLERSE (Centre lillois d'études et de recherches sociologiques et économiques), UMR 8019, membre associée du GSRL (Groupe Sociétés Religions Laïcités), UMR 8582, auteur de *L'Enfant des possibles. AMP, éthique, religion et filiation*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2013.

- Parties droit international privé et circulations : Jean-Sylvestre Bergé, professeur de droit à l'Université Lyon (Jean Moulin- Lyon 3), délégué auprès de l'Institut Universitaire de France (IUF), co-directeur du Réseau universitaire européen « Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice » (GDR CNRS AFSJ 3452), spécialiste du droit international, européen et comparé.

Composition des équipes de recherche:

France

Juriste : Karène Parizer.

Sociologue : Séverine Mathieu.

Grande-Bretagne

Juriste : Melanie Latham – Docteur en droit, professeur à la faculté de droit de la Manchester Metropolitan University. Spécialiste de droit de la famille et de l'AMP.

Sociologue : Lorraine Culley – Professeur émérite en sciences sociales et santé à l'Université de Montfort (Leicester), spécialiste de politiques de santé publique, des inégalités ethniques et de genre, des aspects sociaux de l'infertilité et des technologies procréatives.

Israël

Juriste: Ruth Zafran --- Professeur à la Radzyner Law School à l'Interdisciplinary Center Herzliya, spécialiste de droit de la famille et de l'AMP.

Sociologue : Daphna Hacker – Professeur de droit et des études de genre à l'Université de Tel Aviv, ayant une double formation, de droit (LL.B. et LL.M.) et de sociologie (Ph.D.), spécialiste de l'articulation du droit, de la famille, de la globalisation et du genre, ainsi que de la jurisprudence féministe.

Belgique

Juriste : Nicole Gallus – Professeur de droit à l'Université libre de Bruxelles, avocat spécialiste en droit de la famille au barreau de Bruxelles, membre du Comité consultatif de bioéthique de Belgique.

Sociologue : Cathy Herbrand – Docteur en sociologie (Université libre de Bruxelles), dont les recherches portent sur la famille et la procréation, la santé et la génétique, le genre et la sexualité, le droit et la bioéthique. Actuellement, elle est chercheur (Research Fellow --- Reproduction Research Group) à l'Université de Montfort, Grande-Bretagne.

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°14.18). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

SOMMAIRE

Introduction	9
Première partie. DISPOSITIFS JURIDIQUES ET PRATIQUES.....	14
DANS LES DIFFÉRENTS CONTEXTES NATIONAUX.....	14
1. DIVERSITÉ DES CHOIX ORIGINAIRES DES LÉGISLATEURS	14
2. DIFFICULTÉS POUR PURGER LES OBSTACLES JURIDIQUES AU REGARD DE LA LOI DU PAYS DES PARENTS INTENTIONNELS.....	59
3. DÉBATS AUTOUR DES PRATIQUES JURIDIQUES	97
4. RECOURS AU JUGE EUROPÉEN – JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME (CEDH).....	114
5. LES ÉLÉMENTS DE MÉTHODE EMPRUNTÉS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	123
Seconde partie. ENJEUX THÉORIQUES	131
1. SOUVERAINETÉ ET DÉMOCRATIE AU REGARD DU DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL	131
2. FONDEMENTS DES REVENDICATIONS DU RECOURS À LA GPA.....	141
3. INTÉRÊT DE L’ENFANT	153
4. RÉFLEXIONS SUR LES ATTITUDES DES ACTEURS DE LA GPA.....	162
5. REVENDICATIONS SYMBOLIQUES ET MILITANTES	237
6. LE MARCHÉ	245
7. IGNORANCE PLUS OU MOINS FORTE DE L’AMPLEUR EXACTE DU PHÉNOMÈNE	249
8. CIRCULATIONS	254
Conclusion générale.....	260

Introduction

Les techniques développées dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation (AMP), et particulièrement la gestation pour autrui (GPA), ont donné lieu à des encadrements juridiques très divers d'un pays à l'autre, y compris au sein de l'Europe ; d'ailleurs, nombre d'États ont préféré ou n'ont pas jugé utile de légiférer, certains laissant la liberté contractuelle se développer, d'autres se référant à des principes généraux du droit lorsqu'une difficulté apparaît. Qu'il s'agisse de modèles libéraux ou de modèles plus restrictifs, force est de constater qu'aucun d'entre eux ne suffit à satisfaire toutes les demandes. Ce sont parfois les contraintes juridiques auxquelles elles se heurtent qui conduisent certaines personnes à aller chercher à l'étranger une prestation non autorisée sur leur territoire national – cas de la France --- ; parfois une offre insuffisante, ou des conditions considérées défavorables par les parents intentionnels (la gestatrice ayant le droit de garder l'enfant en Grande-Bretagne); ou une prestation si onéreuse que beaucoup de gens ne peuvent la rémunérer – cas des États-Unis. Dans tous ces cas, le recours à des pays étrangers est le moyen de réaliser le « désir d'enfant » par gestation pour autrui qui rencontre des obstacles dans l'espace national.

Par GPA, nous entendons le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'une autre personne ou un autre couple, et de le remettre après sa naissance, indépendamment de la provenance de l'ovocyte dont est issu cet enfant (de la gestatrice, de la mère intentionnelle ou d'une donneuse). Nous préciserons en tant que de besoin et selon les termes de l'article 16-7 du Code civil s'il s'agit de procréation pour autrui (utilisation de l'ovocyte de la gestatrice) ou de gestation pour autrui (l'ovocyte venant d'une tierce personne).

Mais il faut avoir tout de suite à l'esprit que, quel que soit le régime juridique de la GPA, le recours à cette pratique en dehors du territoire national est une réalité. On ne peut que constater l'inanité des sanctions et des barrières opposées par l'ordre public : « Au demeurant, quand bien même certains États prétendraient élever des barrières d'ordre public pour se protéger contre le « libéralisme » des autres États, quand bien même ils déploieraient toute la panoplie des armes civiles, pénales ou administratives pour prévenir ou sanctionner ces pratiques, restera le problème des enfants nés d'une forme de PMA ou de GPA interdite »¹. Une fois ce diagnostic posé, on cherche les moyens d'y remédier le moins mal possible, dans les interstices laissés par les juridictions européennes dont les arrêts s'imposent, *in fine*, dans l'ordre interne.

En tout état de cause, ce constat est vrai pour les ressortissants ou résidents (lorsqu'il s'agit de couples, au moins l'un des membres est ressortissant ou résident) des quatre pays étudiés- la France, la Grande-Bretagne, la Belgique et Israël. Ce phénomène de délocalisation, les pratiques sur lesquelles il repose et les questions juridiques et sociologiques qu'il soulève, constituent l'objet de cette recherche, l'hypothèse de la réalisation de la GPA sur le sol national restant hors du champ.

¹ Hugues Fulchiron, « La gestation pour autrui : un problème juridique 'global' », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

Réalisée entre novembre 2014 et juin 2017 par des juristes et des sociologues², l'étude a été menée dans une perspective d'analyse comparée des cadres juridiques, des pratiques constatées, et des solutions adoptées pour intégrer juridiquement les enfants conçus par GPA à l'étranger, en adoptant une double démarche : d'une part, une analyse juridique, plus particulièrement de la loi et de la jurisprudence. D'autre part, une dimension sociologique, afin d'apprécier les effets, à cet égard, des interactions entre les acteurs, majoritairement des professionnels du droit.

Ces deux types d'analyses s'appuient sur des séries d'entretiens avec des « personnes ressources », qui sont au cœur du dispositif de recherche. Ce sont essentiellement des magistrats, des avocats, des conseillers juridiques au service de l'État, des travailleurs sociaux, des entrepreneurs intermédiaires³ et des militants associatifs. Il s'agit donc d'une population d'acteurs et, pour une grande partie d'entre eux, d'acteurs « impliqués » dans leurs pays respectifs, le plus souvent dans un sens favorable à la GPA. Pour ce qui concerne les acteurs français, certains sont à la recherche soit d'une légalisation d'une forme ou d'une autre de GPA en France, soit d'un accueil sans réserve des effets de la GPA réalisée à l'étranger ; en revanche, un certain nombre des personnes interrogées sont très opposées à la GPA et recherchent les moyens de limiter les incitations indirectes résultant de la jurisprudence de la CEDH.

Cette étude vise à présenter un état des lieux sur la question spécifique de l'intégration des enfants conçus par GPA à l'étranger dans les espaces juridiques nationaux, ceux-ci devant respecter, pour ce qui concerne la Grande Bretagne, la France et la Belgique, la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'elle est interprétée par la Cour. 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'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*⁴, 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 parties en cause. Les droits parentaux des parents intentionnels sont reconnus depuis la naissance, sans devoir passer par la procédure de l'adoption.

² V. Note de présentation des chercheurs.

³ Par entrepreneurs intermédiaires nous entendrons les agences par lesquelles les gestatrices et les parents intentionnels se rencontrent, mais également les cliniques qui remplissent parfois cette fonction, au-delà des prestations médicales.

⁴ Sur ce concept, v. p. 25 et s. 66 et s.

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. 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'intention⁵, 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 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'intention⁶). 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 porte donc sur la manière dont une question politique contemporaine, à savoir la transnationalisation de la pratique de la GPA afin de dépasser les interdits, les obligations ou les limites liés aux différents droits nationaux, est traitée sur le plan juridique lors du retour dans l'État où résident les parents d'intention.

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.

⁵ Exception faite du cas soumis à la CEDH dans le cadre de l'affaire *Paradiso* (p.118 et s.) et deux cas israéliens (p. 76, 92).

⁶ V. p. 21 et s.

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 de représentants des associations engagées dans ce débat.

Enfin, en ce qui concerne les acteurs absents, il est important de souligner que cette étude 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, sur un fondement ou sur un autre. Afin de combler cette absence, nous avons effectué des entretiens avec des membres d'associations opposées à la GPA, telle que le CoRP⁷ en France. Leurs arguments incluent des réflexions d'ordre juridique car ces associations incluent des juristes et qu'elles 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.

Par ailleurs, une attention particulière a été donnée à la dynamique constatée dans certains pays qui changent leur position par rapport à la GPA, tout particulièrement ceux qui décident de revoir leur politique pour fermer cette possibilité à certaines catégories de personnes de parents intentionnels, qu'il s'agisse des étrangers en général ou des couples homosexuels. Si l'objet de cette étude n'a pas bougé, les objets observés se sont modifiés, et

⁷ Les revendications de cette association, ainsi que son activité, seront expliquées séparément, v. p. 227, 230 et s.

cette dimension temporelle qui aura été très présente dans l'étude, est importante dans la lecture du contexte.

Suivant les conditions posées à la réalisation de ce projet de recherche, l'anonymat des personnes ayant accepté de nous accorder un entretien sera respecté, mais étant donné que leur fonction est importante pour comprendre leur position (par exemple, il est apparu que les travailleurs sociaux sont généralement plus réticents quant à la pratique de la GPA que les avocats), il a été convenu que la fonction des personnes interviewées sera indiquée. Ainsi, cette liste inclut les avocats (A), les juges (J), les travailleurs sociaux (TS), les conseillers juridiques défendant les intérêts publics auprès des différents juridictions et ministères --- justice, santé, intérieur --- (CJP), les militants associatifs (MA) et les entrepreneurs intermédiaires, tels que les agences et les cliniques (EI). Chaque catégorie est répartie selon le nombre d'acteurs ayant participé à notre étude dans un pays donné (ex : A1, A2, A3, J1, J2, J3, TS1, etc.). En revanche, les positions des associations militantes étant publiques, leur nom sera indiqué, mais pas l'identité des membres auprès desquels nous avons réalisé les entretiens.

Plus concrètement, 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 pendant la seconde moitié de l'année 2015 et le début de l'année 2016 par les quatre équipes nationales, chacune se composant d'un juriste et d'un sociologue. Le nom de certaines personnes interrogées était mentionné dans des productions doctrinales ; des personnes supplémentaires ont été ciblées suivant les conseils donnés par le premier groupe des personnes interviewées. L'étude a été conclue lorsque toutes les informations requises dans le dispositif du projet ont été fournies. Tous les entretiens ont été enregistrés et transcrits. Les propos recueillis sont le plus souvent intégrés sous forme de *verbatim*⁸ afin d'être fidèles aux dires de nos interlocuteurs. En tout état de cause, le contenu de ces entretiens est intégré tout au long du rapport.

Afin de saisir au mieux les dimensions que le recours à la GPA à l'étranger implique, nous avons choisi de présenter les dispositifs juridiques et les pratiques dans les différents contextes nationaux (Première Partie), puis d'en explorer les enjeux théoriques (Seconde Partie).

⁸ Ainsi, les citations transmises en langue anglaise dans les parties britannique et israélienne ne sont pas traduites en langue française.

PREMIÈRE PARTIE. DISPOSITIFS JURIDIQUES ET PRATIQUES DANS LES DIFFÉRENTS CONTEXTES NATIONAUX

La première partie de ce rapport est consacrée à l'étude des choix effectués par les législateurs des pays de la demande de GPA et de l'offre de GPA, dans la mesure où ce sont les distorsions entre les deux qui incitent au recours à l'étranger, sachant que la question des coûts est également à l'origine d'un grand nombre de délocalisations à partir des pays qui autorisent la GPA (1). On s'attachera à décrire ensuite les difficultés pour purger les obstacles juridiques au regard de la loi du pays des parents intentionnels (2), avant d'analyser les modalités du développement des controverses autour de la GPA (3), ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (4), pour finalement établir quels éléments de méthode peuvent être empruntés au droit international privé (5).

1. Diversité des choix originaires des législateurs

Il s'agit de décrire non seulement les dispositifs juridiques de différents États impliqués dans le recours à la GPA à l'étranger et leurs conséquences tant sur l'offre que sur la demande, mais aussi les raisons d'être des disparités législatives qui ont conduit les opérateurs économiques à organiser l'internationalisation de l'offre, avec la particularité d'une offre très mobile capable de répondre rapidement à la fermeture de certains pays par l'ouverture d'autres pays, voire le transfert de gestatrices par-delà les frontières.

Actuellement, les États autorisant la GPA ne les organisent directement que lorsqu'elles sont réalisées sur leur territoire. Aucun d'entre eux n'organise la délocalisation de la pratique de la GPA, par exemple par des accords interétatiques. Dans quelques cas, les procédures accompagnant le retour peuvent être élaborées, telles que les *Guidelines* israéliennes. Mais dans tous les cas, le droit national réalise des ajustements sur divers points qui rendaient le retour compliqué.

Le groupe de travail a distingué la France, en tant que pays où existe une demande sans offre locale mobilisable (1.1) des autres pays ayant une demande et une offre, sachant que l'encadrement de l'offre diffère considérablement d'un pays à l'autre (1.2). Enfin, le choix effectué par les parents intentionnels du pays où la GPA sera réalisée sera également analysé (1.3).

1.1. Pays où existe une demande sans offre locale mobilisable

Bien entendu, la France n'est pas le seul pays où le recours à la GPA n'est pas autorisé, mais c'est le seul parmi les quatre pays étudiés où la GPA est considérée comme illicite.

➤➤ France

La loi française se caractérise par un choix précoce et argumenté contre la pratique de la GPA.

Bien que la GPA ait été très largement condamnée comme un acte grave, tant par les politiques que par le public, le législateur a préféré pénaliser les intermédiaires sans prévoir de sanction pénale à l'encontre des parents intentionnels. Or, les intermédiaires, une fois dissoutes les premières associations, sont généralement hors de portée, car ils sont situés à l'étranger. L'impossibilité de pratiquer une GPA en France sans pour autant risquer de sanction facilite la conception du projet de réalisation de GPA à l'étranger, les parents

intentionnels pouvant avec une relative bonne foi dire qu'ils n'ont pas commis d'illégalité puisqu'ils ont pratiqué la GPA dans un pays où cette pratique est autorisée.

Plus concrètement, le dispositif légal français n'inclut pas d'interdiction explicite de recours à la GPA ; sur le plan civil, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »⁹, ce qui n'est qu'une application spécifique de l'article 1128 du code civil qui fait du contenu licite du contrat une condition nécessaire à sa validité. De plus, la nullité du contrat de GPA est d'ordre public¹⁰, et la nullité des associations en raison de leur objet illicite peut être demandée¹¹. En revanche, dans la section du Code pénal relative aux atteintes à la filiation, l'art. 227-13 dispose que la « substitution volontaire, la simulation¹² ou dissimulation¹³ ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Seule cette disposition concerne les protagonistes, mais encore faut-il prouver qu'il y a eu des actes mensongers, et on constate que certains juges préfèrent ordonner des sanctions avec sursis¹⁴. Concernant les intermédiaires, l'art. 227-12 du même code sanctionne 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 » par 6 mois d'emprisonnement et 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 » d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, ainsi que « le 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 » par les mêmes peines. Enfin, lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont doublées¹⁵. Des dispositions légales ont été ajoutées visant les

⁹ Art. 16-7, C. civ.

¹⁰ Art. 16-9, C. civ.

¹¹ Sur le fondement de l'art. 3 de la loi du 1^{er} juill. 1901 *relative au contrat d'association* : « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet ».

¹² La simulation d'enfant est le fait d'attribuer à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu.

¹³ La dissimulation est le fait de cacher la maternité d'origine. Dans la mesure où l'accouchement sous x est légal en France, la dissimulation ne semble devoir être sanctionnée que dans des hypothèses telles que le fait de prétendre que l'enfant né d'une mère de substitution a été trouvé ou encore de ne pas déclarer la naissance d'un enfant né, vivant et viable, mais qui n'aurait pas vécu.

¹⁴ Le 1^{er} juillet 2015, le Tribunal correctionnel de Bordeaux (TGI Bordeaux, 5^{ème}, n°14322000193) a condamné à une amende avec sursis pour « provocation par don, promesse, menace ou abus d'autorité à l'abandon d'enfant né ou à naître » un couple d'hommes marié ayant engagé les services d'une gestatrice à Chypre dans un dossier atypique de GPA, du fait que l'enfant est né en France. En effet, la naissance de l'enfant sur le sol français suffisait à rattacher l'infraction au territoire français (*Le Monde*, 1^{er} juillet 2015, F. Moreau ; <http://www.lexlibris.fr/la-convention-de-gestation-pour-autrui-condamnee-par-le-tribunal-correctionnel-de-bordeaux.html>). Dans une première affaire d'escroquerie à la GPA en France, le Tribunal correctionnel de Blois a condamné le 22 mars 2016, à un an de prison avec sursis une mère de famille ayant vendu deux de ses enfants et reçu de l'argent de quatre couples différents. Les deux couples homosexuels lésés ont été condamnés à une amende de 2 000 euros avec sursis pour incitation à l'abandon d'enfant (<http://www.la-croix.com/France/Justice/Une-mere-porteuse-condamnee-avec-sursis-Blois-2016-03-22-1200748265>).

¹⁵ La tentative est punie des mêmes peines, aussi bien pour les faits décrits par l'art. 227-12 que pour ceux de l'art. 227-13.

équipes médicales¹⁶, mais à ce jour, on ne trouve pas de jurisprudence sur la responsabilité des médecins ayant participé à une GPA¹⁷.

Dans l'emblématique affaire du couple Mennesson dont nous allons décrire le déroulement au plan civil, le parquet avait introduit en même temps deux procédures, pénale et civile. La procédure pénale pour substitution d'enfant, sur le fondement de non-conformité de l'acte de naissance à l'acte d'accouchement, s'est terminée par une ordonnance de non-lieu¹⁸, au motif que les faits reprochés ne constituaient pas des infractions punissables sur le territoire français. La loi française n'apparaît pas applicable en ce qui concerne le délit de simulation ayant provoqué une atteinte à l'état civil des enfants¹⁹ ; ainsi, si la convention de GPA a été régulièrement réalisée à l'étranger, des sanctions pénales pourraient être envisageables en France uniquement si les intéressés demandaient la transcription dans l'état civil des actes occultant la réalité de la filiation²⁰.

En ce qui concerne le plan civil, plusieurs notions, telles que le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, de l'ordre public international et de la fraude ont marqué la jurisprudence française, ainsi que, finalement, celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) :

En France, la question de l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger se pose à l'occasion de demandes de transcription d'actes étrangers, surtout de l'acte de naissance, dans le registre français d'état civil. Concrètement, il s'agit des cas où le Procureur de la République, chargé de l'état civil des Français nés à l'étranger est averti par le Consulat français à l'étranger du soupçon de GPA. Ce soupçon peut provenir du décalage entre l'acte d'accouchement, acte de nature médicale établi par l'établissement hospitalier, qui mentionne le nom de la gestatrice, et l'acte de naissance, acte de nature juridique établi par des autorités administratives, qui mentionne le nom de la mère intentionnelle. Il est plus facile pour un couple d'hommes que pour un couple hétérosexuel d'éviter un tel décalage, car un des membres du couple homosexuel se présentera avec la gestatrice, alors que pour le couple hétérosexuel, il y aura forcément deux femmes impliquées.

Dans un premier temps, les juges français ont appliqué la jurisprudence concernant des affaires internes de GPA (conventions de GPA conclues et exécutées sur le sol français avant la loi dite de bioéthique de 1994²¹), et confirmé le principe de l'indisponibilité du corps

¹⁶ Art. 17 du Code de déontologie médicale et art. R 4127-17, CSP ; art. 511-24, C. pén. (repris à l'art. L 2165-5, CSP) ; art. 511-27, C. pén. (repris à l'art. L 2164-1, CSP et art. R 2142-17, CSP).

¹⁷ B. Weiss-Gout, « La maternité de substitution : le droit français confronté aux solutions étrangères », in P. Jouannet, C. Paley-Vincent (dir.), *L'embryon, le fœtus, l'enfant. Assistance médicale à la procréation (AMP) et lois de bioéthique*, Eska, 2009, p. 203. À notre connaissance, ce constat de 2009 est toujours valable.

¹⁸ Une ordonnance de non-lieu a été rendue le 30 sept. 2004 par le juge d'instruction de Créteil.

¹⁹ Par application des art. 113-2 du Code pénal, selon lequel la loi française s'applique à toute infraction commise sur le territoire français (or toutes les démarches entreprises par le couple ont eu lieu aux États-Unis) et l'art. 113-6, al. 2 du Code pénal, prévoyant l'applicabilité de la loi française aux délits commis par des français hors du territoire français si les faits sont punis par la législation du pays où ils sont commis.

²⁰ Notons que plusieurs tentatives de créer une incrimination pénale visant toute(s) personne(s) obtenant ou tentant d'obtenir la naissance d'un enfant par GPA, en France comme à l'étranger, ont été rejetées.

²¹ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*.

humain et de l'état des personnes²² pour refuser de transcrire les actes de naissance étrangers comportant les noms des parents intentionnels. En effet, ces principes sont considérés comme le fondement de l'art. 16-7 du Code civil. Depuis 1994, la Cour de cassation n'invoque plus le principe de l'indisponibilité du corps humain, mais uniquement celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Ensuite, ce refus s'est fondé sur la contradiction de la GPA avec la conception française de l'ordre public international: le 6 avril 2011, concernant les époux Mennesson²³, les juges de la Cour de cassation ont confirmé le refus de transcription décidé par la Cour d'appel, en raison de la contrariété du jugement américain déclarant les époux Mennesson respectivement père et mère des enfants nés avec l'ordre public international français, plus particulièrement avec le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « principe essentiel du droit français », en vertu duquel une convention de GPA, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des art. 16-7 et 16-9 du Code civil. Les juges, comme ceux de la juridiction inférieure, ont pris soin de préciser qu' « une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ». En d'autres termes, ces derniers principes ne commandent pas que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements soit écartée, même si la Cour s'est efforcée de démontrer que l'intérêt de l'enfant n'était pas véritablement atteint par cette décision.

En ce qui concerne la nationalité, le 25 janvier 2013, en plein débat au Parlement sur le mariage des couples de même sexe, et alors que le Président de la République, François Hollande, s'est explicitement opposé à la légalisation de la GPA, la garde des Sceaux, Christiane Taubira, a envoyé une circulaire²⁴ « d'application immédiate » à l'ensemble du personnel judiciaire, recommandant, « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui », de veiller à ce qu'il soit fait droit à des demandes de certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger, dès lors que le lien de filiation avec un français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'art. 47 du Code civil²⁵. Cette circulaire n'attribue que la nationalité et n'établit pas un lien de filiation en droit français. Juridiquement, cela est ambigu car l'enfant a droit à la nationalité

²² Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 (D.1991, 417 (Thouvenin); JCP 1991, II, 45, 21752 (Terré); RTD civ. 1992, 489 (Gobert)); Rév. crit. DIP 1991, p. 711 (Labrusse-Riou); Déf. 15 sept. 1991, n°17, p. 947 (Massip); D 1991, p. 318 (Aubert); RTD civ. 1991, p. 517 (Huet-Weiller)).

²³ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°10-19053, n° 09-17.130, n° 09-66.486 (RTD civ. 1^{er} avril 2011, pp. 340-342 (Hauser); Rev. Lamy Dr. Civ., 1^{er} juin 2011, 83, pp.39-44 (Mirkovic); Rec. Dalloz, 16 juin 2011, 23, pp. 1585-1591 (Granet- Lambrechts); JCP Gén. 18 juillet 2011, 29, pp. 1449-1455 (Byk); Rec. Dalloz, 2 fév. 2012, 5, pp. 308-322 (Galloux, Gaumont - Prat); Gaz. Pal. 25 mai 2011, 145-146, pp. 7-10 (Weiss-Gout); Rec. Dalloz juin 2011, p. 1522 (Brunet, Berthiau)).

²⁴ Circulaire du 25 janvier 2013, JUSC 1301528C, CIV/02/13.

²⁵ Selon l'art. 47 du Code civil, « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

française alors qu'il est né à l'étranger (les conditions du régime du droit du sol n'étant pas remplies), et que sa filiation à l'égard d'un citoyen français n'a pas été établie en droit français (les conditions du régime du droit du sang n'étant pas respectées non plus), mais par le droit étranger. Cette circulaire ne concerne pas les demandes de passeports et de cartes d'identité (champ administratif) mais uniquement le CNF (champ judiciaire).

On aurait pu penser que le fait d'admettre que la pratique illicite qu'est la GPA puisse produire des effets juridiques, contredisant la jurisprudence de la Cour de cassation, marquerait une nouvelle étape de l'histoire dans la GPA en France. Ceci s'est avéré faux, car, en septembre 2013, la Cour de cassation²⁶, a condamné la GPA encore plus fermement qu'en avril 2011, en invoquant la fraude : « Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance 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, fut-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public... Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Y..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés »²⁷.

La Cour de cassation est allée plus loin encore dans un autre arrêt du même jour²⁸ : après avoir repris l'attendu de principe de l'arrêt précédent, les juges ont ajouté 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 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne sauraient être utilement invoqués ». En d'autres termes, en application de l'adage juridique *fraus omnia corrumpit*, dès lors qu'il y a fraude, aucun principe ou droit fondamental ne peut être de secours, la convention de GPA est donc nulle. Tel est également le cas de la reconnaissance de paternité faite en France, avant la naissance, devant un officier d'état civil : « L'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. X..., la Cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée ». Ainsi, les parents

²⁶ Cass. Civ.1ère, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 (*D.* 2013. 2383 , 2349 (Fulchiron, Bidaud-Garon), 2377, avis C. Petit , 2384, (Fabre-Magnan), 2014. 689 (Douchy-Oudot), 954, (Dionisi-Peyrusse), 1059, (Gaudemet-Tallon), 1171, (Granet-Lambrechts), et 1516, (Jacquinot, Mangiavillano); *AJ fam.* 2013. 579 , 532, (Dionisi-Peyrusse), et 600, (Richard, Berdeaux-Gacogne); *AJCT* 2013. 517 , (Mésa); *Rev. crit. DIP* 2013. 909, (Hammje); *RTD iv.* 2013. 816, (Hauser); *Gaz. Pal.* 2013. 3040, (Deharo); *Dr. fam.* 2013, n° 151, (Neirinck); *LDC* 2013/109, n° 5276, (Brunetti-Pons)).

²⁷ La Cour de cassation s'est fondée sur les art. 16-7 et 16-9 du Code civil ensemble, ainsi que sur l'art. 336 du même code (« La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi »).

²⁸ Cass. Civ.1ère, 13 sept. 2013, n°12-18.315. En l'espèce, et contrairement à l'arrêt précédent, la Cour d'appel a refusé de transcrire l'acte de naissance de l'enfant né en Inde. Elle a également refusé de transcrire la reconnaissance de paternité. Le père intentionnel a invoqué la régularité formelle de ces actes, leur conformité à la réalité de leurs énonciations, et l'atteinte au principe du respect de l'intérêt de l'enfant et de la vie privée et familiale.

intentionnels se trouvent sur un pied d'égalité, à savoir dans la même incapacité d'établir une filiation, les deux pouvant par ailleurs être les parents génétiques des enfants.

Cette position a été confirmée le 19 mars 2014²⁹ par la Cour de cassation qui a déclaré qu'indépendamment de la question de la régularité formelle de l'acte de naissance, la constatation de l'existence d'une convention de GPA, « caractérisant ainsi un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement », justifie que cet acte ne puisse être transcrit.

Ces arrêts sont donc bien moins complaisants envers les parents intentionnels que les arrêts de la même cour d'avril 2011, qui ont insisté sur l'existence d'une filiation entre ces derniers et les enfants dans le droit du pays étranger en cause (faisant implicitement allusion à la différence des solutions trouvées quant à la question de la filiation), et surtout sur le fait que le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que de la vie privée et familiale n'étaient pas atteints. En 2013, la Cour de cassation a considéré que ces deux principes sont inapplicables en présence d'une fraude, constat valable pour toutes les conventions de GPA. Par ces deux arrêts, la Cour de cassation a clairement marqué sa volonté de ne pas s'aligner sur une situation de fait créée par la conclusion à l'étranger de conventions de GPA, même si cela a pour conséquence de priver les enfants ainsi nés de leur filiation à l'égard du droit français.

En attendant, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a dû se prononcer sur la question du statut des enfants ainsi conçus³⁰ : le 26 juin 2014, saisie par les époux Mennesson³¹, la CEDH a jugé que l'art. 8 de la convention européenne a été violé s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée. La Cour a exclu une telle violation en ce qui concerne les parents intentionnels. Plus précisément, les juges de la CEDH ont estimé que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation » (§96). En d'autres termes, le refus de reconnaissance de lien de filiation porte atteinte à l'identité des enfants. La CEDH est allée plus loin dans ce raisonnement et a considéré non seulement la filiation mais aussi la nationalité comme élément de l'identité personnelle. Ainsi, le fait que les enfants soient confrontés à la troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française, et cela malgré le lien biologique avec le père intentionnel, est également préjudiciable à la définition de leur identité. La volonté de la France de décourager ses ressortissants de recourir à la GPA en dehors du sol national, but considéré comme légitime par la Cour, ne peut pas avoir d'effets sur le droit au respect de la vie privée des enfants dont l'intérêt est atteint.

Le même jour, un deuxième arrêt a été rendu par la CEDH, concernant les époux Labassée³², reprenant les mêmes motifs pour conclure la violation de l'art. 8 s'agissant du droit au respect de la vie privée de l'enfant mais pas de celui des parents intentionnels.

Ces deux arrêts précisent que l'article 8 tel qu'interprété n'a pas pour conséquence d'empêcher les États membres de prohiber le recours à la GPA sur son sol ; pour la Cour, la marge d'appréciation en cette matière est telle que chaque État est libre d'autoriser ou

²⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n°13-50.005 (*AJ fam.* 2014. 244, (Chénéde), *D.* 2014, *AJ*, p. 722, *D.* 2014, *Jur.* p. 905, (Fulchiron, Bidaud-Garon), *JCP* 2014, 380, act. (Mirkovic)).

³⁰ Ces arrêts seront analysés séparément, dans la section consacrée à la jurisprudence de la CEDH, p.114 et s.

³¹ CEDH, 5^{ème} section, 26 juin 2014, n°65192/11, *Mennesson c/ France*.

³² CEDH, 5^{ème} section, 26 juin 2014, n°65941/11, *Labassée c/ France*.

d'interdire la GPA. Mais il est incontestable que cette jurisprudence a un impact considérable sur les efforts de dissuasion de certains États membres de recourir à la GPA à l'étranger en les contraignant à devoir entériner les effets de situations formées à l'étranger alors qu'elles n'auraient pu être légalement créées sur le territoire national.

Revenons à la scène nationale : en France, le 12 décembre 2014, la plus haute juridiction administrative, le Conseil d'État³³, a rejeté le recours intenté contre la circulaire dite Taubira. Cette jurisprudence transpose indirectement la jurisprudence de la CEDH sur le terrain de la nationalité, car les juges administratifs rattachent implicitement la nationalité à l'identité des personnes (la CEDH ayant laissé entendre que tout obstacle à l'établissement de la nationalité serait susceptible de constituer une violation du droit à la vie privée des enfants reconnu par l'art. 8). Le Conseil d'État relève que la circulaire ne fait que rappeler le droit, pour les demandes de certificat de nationalité française en application de l'art. 18 du Code civil (« Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français »), ce qui reconnaît au moins implicitement le fait que celui qui a fourni le sperme est bien, du point des filiations cette fois, le père. Cette jurisprudence administrative contredit la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle le soupçon du recours à une convention de GPA a longtemps été considéré comme cause d'irrégularité de l'acte d'état civil, conduisant à une incertitude sur la filiation et donc à une incertitude sur l'applicabilité de l'article 18. Le Conseil d'État, en validant la circulaire, fait l'impasse sur cette difficulté.

Reviement (partiel) de la jurisprudence de la Cour de cassation

Cette contradiction n'a pas duré longtemps car, le 3 juillet 2015, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur deux cas semblables de recours à la GPA en Russie. Dans les deux cas³⁴, l'acte de naissance russe a mentionné la gestatrice comme mère légale et le père biologique, ressortissant français ayant reconnu l'enfant, comme père légal. La Cour de cassation a admis la demande de transcription de cet acte dans l'état civil français, au motif qu' « ayant constaté que *l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité*, la Cour d'appel en a déduit à bon droit que la Convention de GPA conclue entre M. Y. et Mme A.... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance »³⁵. Cette même considération a été reprise dans la deuxième espèce³⁶ avec d'autres fondements tels que le droit de chacun d'établir les détails de son identité d'être humain (art. 8 de la Convention européenne), ce qui inclut sa filiation et sa nationalité, ainsi que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 §1 de la Convention de New York).

En d'autres termes, un homme qui a recours à la GPA à l'étranger et qui obtient un acte de naissance sur lequel figure la gestatrice comme mère légale a le droit que sa paternité légale soit transcrite ; pour cela, il faut que l'acte étranger soit « probant », c'est-

³³ CE, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, n° 367324 (RDH 2 février 2015 (Lengrand, Planchard)).

³⁴ Dans les deux affaires la CA de Rennes a décidé en sens contraire car entre les deux arrêts les arrêts de la CEDH ont eu lieu, dont la CA a tenu compte.

³⁵ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, 15-50.002 (*D.* 2015. 31, 1773, point de vue (Sindres), 1819 (Fulchiron, Bidaud-Garon); *AJ fam.* 2015. 364, (A. Dionisi-Peyrusse).

³⁶ Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, 14-21.323.

à-dire qu'il corresponde à la « réalité », selon les termes de l'article 47 du code civil³⁷, et qu'il établisse la filiation à l'égard du droit étranger. C'est la seule hypothèse pour laquelle une transcription peut être accordée. En revanche, si la mère d'intention est mentionnée, l'acte n'est pas probant, au moins à son égard. Ainsi, une dépêche émanant du Ministère de la Justice a été émise le 7 juillet 2015 invitant le parquet à tirer les conséquences de ces arrêts dans ce cas de figure, en faisant procéder à la transcription des actes de naissance des enfants concernés, dès lors que leurs actes d'état civil étrangers sont conformes aux dispositions de l'art. 47 du Code civil.

Ces motifs marquent l'alignement de la jurisprudence française sur la position de la CEDH, mais il ne faudrait pas oublier qu'elle intervient à l'occasion d'une configuration bien précise, celle d'une demande de transcription du lien de filiation paternelle, qui a un fondement biologique. En d'autres termes, en l'espèce, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question de la possibilité d'établissement d'un lien de filiation avec la mère d'intention, comme ce fut le cas dans l'affaire *Mennesson*.

À l'heure actuelle, la mère intentionnelle ne peut donc pas établir un lien de filiation avec l'enfant, ni par la transcription d'un acte d'état civil étranger la considérant comme mère légale quoiqu'elle n'ait pas accouché, ni par l'adoption en tant qu'épouse du père (la même impossibilité s'appliquant également aux époux homosexuels): l'arrêt récent de la Cour d'appel de Dijon en date du 24 mars 2016³⁸ a refusé de faire droit à la demande d'adoption du conjoint du père biologique estimant que le refus d'une telle demande ne constituerait pas une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant. En d'autres termes, la Cour a constaté qu'en ayant recours à la GPA à l'étranger, le père biologique, dont la filiation est reconnue, a violé la prohibition en droit français de la GPA. Partant de ce constat, la Cour d'appel ne pose pas comme principe le rejet de la demande d'adoption par le conjoint de l'enfant né d'une contravention à la loi française : elle estime qu'il incombe au juge de « décider si le refus de donner effet à un acte ou celui de faire droit à une demande au motif d'une telle violation représente ou non une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant et plus précisément à l'exercice de ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée ». Dans le cas précis dont elle a été saisie, la Cour constate d'abord que l'enfant était parfaitement « épanoui », et en conclut que l'absence de lien de filiation élective ou juridique entre le père d'intention et l'enfant ne lui serait « aucunement préjudiciable ». Elle envisage « l'hypothèse d'un décès du père biologique » pour conclure que cette hypothèse n'est qu'éventuelle. Il est incontestable que cet arrêt crée une nouvelle différence juridique en distinguant selon le mode de gestation. En effet, dans le cas d'un enfant conçu par insémination avec donneur (IAD) dans un couple de femmes, l'adoption par l'épouse de la

³⁷ « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

³⁸ CA Dijon, 24 mars 2016, n°15/00057, *Dalloz Actualité*, 5 avril 2016 (Thomas Coustet). En l'espèce, un enfant est né en 2006 dans le cadre d'une convention de GPA conclue en Californie en faveur d'un couple d'hommes. Par la suite, cet enfant a été reconnu à l'état civil local par le père biologique et la gestatrice. Fort de ce constat, les autorités consulaires ont autorisé sans difficulté la transcription. Puis, les deux hommes se sont mariés au Consulat de France en 2013. Enfin, le conjoint a introduit – en vain – une demande d'adoption simple auprès du TGI de Dijon, que la Cour d'appel a également déclinée.

mère est possible³⁹, ce qui ne serait pas le cas pour un enfant né par GPA. Un pourvoi en cassation est prévu dans cette affaire pour déterminer s'il s'agit d'une discrimination, la différence entre IAD et GPA ne suffisant pas à justifier une différence de traitement ou si, au contraire la différence de traitement est justifiée par le recours à une convention de mère porteuse, inutile dans le cas des couples de femmes.

En revanche, en ce qui concerne le père intentionnel biologique (ou théoriquement biologique), à part la voie de la transcription décrite ci-dessus, il a également la possibilité de procéder à un autre mode d'établissement de la filiation, à savoir la reconnaissance de paternité ; il semble en effet que dans cette hypothèse, aucun test génétique ne soit requis, comme le montrent les derniers arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. En tout état de cause, si le père (biologique) a reconnu l'enfant, son compagnon ne peut pas le reconnaître aussi. Quant à la possession d'état, écartée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Labassée* en 2011, la possibilité de l'invoquer reste indéterminée car la jurisprudence plus récente n'aborde pas la question.

La CEDH a confirmé sa position le 21 juillet 2016⁴⁰ dans deux affaires (ces dernières ayant fait l'objet des arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013) qui portaient sur le refus de transcription des actes de naissance indiens mentionnant comme parents légaux un ressortissant français, par ailleurs le père biologique français, et une femme indienne, puis le 19 janvier 2017⁴¹ ; la Cour de cassation devrait de nouveau se prononcer cette année.

1.2. Pays ayant une demande et une offre légales

Après une présentation de la typologie des demandes (1.2.1.) on procédera à l'étude de l'organisation juridique des offres dans les différents pays, en distinguant les pays développés (1.2.2.) et les pays à forte population défavorisée (1.2.3.), en raison de la différence de nature des règles d'encadrement de la GPA.

1.2.1. Typologie des demandes

Les demandes dans les pays où la GPA est légale peuvent être distinguées selon plusieurs critères à la fois :

--- Selon l'orientation sexuelle, le statut matrimonial des demandeurs et le fait qu'ils soient en couple ou pas. En d'autres termes, il s'agit de couples hétérosexuels (mariés ou non), le plus souvent poussés par une impossibilité de nature physiologique, sachant qu'une demande de confort existe de manière très marginale; couples homosexuels; et, dans une moindre mesure, des personnes seules (hétérosexuelles ou homosexuelles, hommes ou femmes). Enfin, quelques rares cas de GPA sans lien biologique avec le ou les parents d'intention ont

³⁹ Dans ce cas de figure l'adoption est possible, ce qui était confirmé par la Cour de cassation dans deux avis rendus le 22 septembre 2014 (n° 15010 et 15011): l'existence d'une AMP « ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». En d'autres termes, l'existence d'une AMP (par exemple, une insémination artificielle réalisée à l'étranger, en violation de la loi française), ne modifie pas les conditions dans lesquelles un enfant peut être adopté.

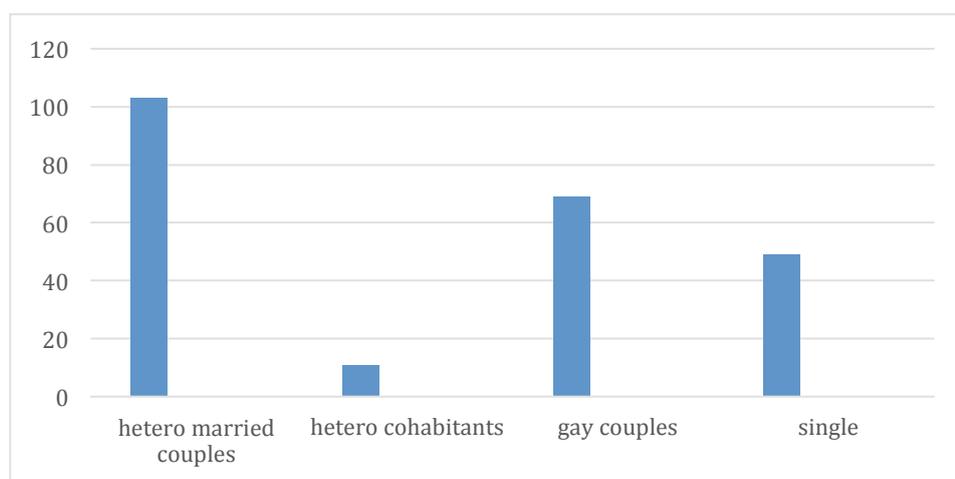
⁴⁰ CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon c. France* (n° 9063/14) et *Bouvet c. France* (n° 10410/14).

⁴¹ CEDH, 5^{ème} section, *Laborie c. France*, 19 janvier 2017, n° 44024/13. L'affaire concerne le refus opposé à un couple français d'obtenir en France la reconnaissance du lien de filiation entre eux et des enfants nés en Ukraine par GPA.

été dévoilés lors d'actions en justice, sans qu'il soit possible de savoir s'il s'agit de la pointe émergée d'un iceberg ou de cas isolés.

En **Israël**, la GPA étant initialement pensée pour pallier un obstacle médical, seuls les couples hétérosexuels peuvent avoir accès à une procédure de GPA interne ; par conséquent, les personnes homosexuelles ont recours à la GPA à l'étranger. Israël est le seul pays étudié pour lequel nous avons réussi à obtenir des statistiques concernant la typologie des parents intentionnels ayant eu recours à la GPA à l'étranger en 2014. Les données figurant dans le tableau ci-dessous révèlent que ce type de recours est pratiqué de manière plus ou moins égale par les couples hétérosexuels et par des hommes homosexuels, seuls ou en couple.

Tableau 1 : Israël, caractéristiques des parents intentionnels, 2014 (données transmises par le Ministère de l'Intérieur).



En **Grande-Bretagne**, les personnes seules ou en couple pouvaient avoir recours à une GPA depuis 1985 mais devaient passer par la procédure, lourde, de l'adoption. La loi de 1990 a permis aux parents intentionnels mariés (donc forcément hétérosexuels jusqu'à l'autorisation du mariage homosexuel en 2013) de choisir entre la voie de l'adoption et une déclaration judiciaire établissant leur parenté légale, le *Parental Order*. La réforme de 2008 a conservé ce régime, en supprimant la condition selon laquelle les demandeurs au *Parental Order* doivent être mariés. En d'autres termes, tous les couples, hétérosexuels et homosexuels, mariés ou en concubinage, sont désormais éligibles au *Parental Order*, tandis que les personnes seules doivent passer par la procédure d'adoption⁴². Il faut également préciser que le *Parental Order* est réservé aux parents intentionnels dont l'un au moins doit être domicilié au Royaume-Uni⁴³ ; autrement dit, la Grande Bretagne connaît un flux sortant mais pas de flux entrant.

⁴² V. toutefois la déclaration d'incompatibilité avec l'art.14 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon laquelle les personnes seules sont ainsi discriminées, arrêt *Re Z* (2016), p.86 et s., 240 ets.

⁴³ §54(4)(b), *HFEA Act 2008*.

Aussi bien en Grande-Bretagne qu'en Israël, des actions militantes de la part des personnes seules gagnent du terrain au niveau judiciaire⁴⁴.

--- Avec ou sans don d'ovocytes. Dans le dernier cas on parlera alors de « procréation pour autrui » et pas de « gestation pour autrui ». En ce qui concerne la GPA interne, en Grande-Bretagne, les deux possibilités sont légalement admises, contrairement à Israël, où il est interdit d'utiliser l'ovocyte de la gestatrice.

--- Avec ou sans double don de gamètes (sperme et ovocyte). En d'autres termes, l'enfant issu d'un double don de gamètes et d'une GPA n'aura pas de lien génétique avec les parents intentionnels. Là aussi, une analyse du phénomène de revendications de ce type de recours sera proposée⁴⁵. Cette question est cruciale car le risque d'une dissimulation de traite d'enfants augmente.

--- Les trois formes de GPA : altruisme, « indemnisation », commerce libre. Il est souvent distingué entre une GPA qui serait altruiste et une GPA qui serait commerciale. En réalité, il y aurait plutôt trois formes : l'altruisme pur ; ce que l'on appelle l'indemnisation ; le commerce libre.

Pour les uns, il n'y aurait GPA altruiste que s'il n'existe aucun transfert d'argent, ce qui autoriserait le remboursement des frais engagés ou des manques à gagner sur facture ; cela semble n'exister que dans les relations intrafamiliales ou amicales proches.

Pour les autres, la GPA reste altruiste si la gestatrice reçoit « une indemnisation raisonnable », sans que cette notion soit clairement définie, même si on obtient souvent un an de SMIG.

La GPA commerciale implique une véritable rémunération, par un libre contrat entre offre et demande.

Cette catégorisation paraît simpliste aux yeux de certains commentateurs qui estiment que toute GPA, même lorsqu'elle a une motivation principalement pécuniaire comporte une dimension de don : le fait du paiement n'anéantirait pas la dimension altruiste ; et à l'inverse, dans le cadre d'un accord de GPA altruiste, il peut y avoir des prestations de service annexes, telles celles des avocats et des médecins.

1.2.2. L'offre de GPA dans les pays développés

L'étude de l'encadrement des offres de GPA dans les différents pays développés a longtemps incité à penser que, selon le type d'encadrement, on aboutit à une offre locale, très insuffisante par rapport à la demande (1.2.2.1.), ou au contraire, à la satisfaction locale de toutes les demandes. Pourtant, les travaux sur la situation américaine que l'on croyait autosuffisante concluent à un fort recours des Américains aux GPA dans le Sud Est Asiatique⁴⁶ et au Mexique, faisant planer un doute sérieux sur la possibilité d'avoir des pays où toutes les demandes sont satisfaites localement (1.2.2.2.).

⁴⁴ V. p. 237 et s.

⁴⁵ V. p. 239 et s.

⁴⁶ V. Rozée, S. Unisa, « Surrogacy as a Growing Practice and a Controversial Reality in India: Exploring New Issues for Further Researches », *J Women's Health Issues Care*, 2015, 4, 6 (<http://dx.doi.org/10.4172/2325-9795.1000211>). Par ailleurs, selon un médecin co-fondateur d'une clinique de GPA indienne, 95% de ses clients

1.2.2.1. Offre insuffisante dans les pays développés étudiés

Dans les trois pays étudiés – Grande-Bretagne, Belgique et Israël –, l’encadrement juridique de l’offre aboutit à son insuffisance par rapport aux demandes. En Grande-Bretagne et en Israël, la GPA réalisée sur le sol national est légalement encadrée ; en Belgique, cette pratique n’est pas prévue dans le dispositif légal, donc pas interdite, même si en principe, les principes généraux du droit, proches du droit français, devraient plutôt suggérer une interdiction. Dans ces trois pays, aucune loi ne prévoit les aspects légaux du recours à la GPA à l’étranger.

» Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, le statut des enfants conçus par GPA à l’étranger par des ressortissants et des résidents britanniques est assimilé à celui de ceux nés par GPA sur le sol national selon le cadre légal interne.

Dans l’ensemble, la jurisprudence a reconnu la parenté légale des parents intentionnels sur le fondement de la primauté du bien-être des enfants ainsi conçus. Le conflit entre les législations britannique et étrangères est en effet limité, du fait de la reconnaissance par la loi britannique de la pratique de la GPA. De ce fait, la principale contradiction entre les conditions posées par le régime britannique de la GPA et les régimes étrangers, concernait la question de la rémunération de la gestatrice, qui a fini par ne plus constituer un obstacle pour l’obtention d’un *Parental Order*, comme on le verra par la suite⁴⁷. Restait posé le problème de la nationalité, face à de nombreux cas de contrats de GPA conclus à l’étranger s’étant désintéressés du problème de conflit des lois en matière de nationalité et d’immigration. Il a été décidé qu’un enfant, ayant bénéficié d’un *Parental Order* établi en Grande-Bretagne après le 6 avril 2010, date d’entrée en vigueur des régulations établies à cet effet par la HFEA⁴⁸, deviendrait un citoyen britannique à partir de la date de l’établissement de l’ordre si l’un des demandeurs l’était aussi.

La Grande-Bretagne a été le premier pays à légiférer en matière de GPA, d’abord par le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 (Chap. 49), puis par le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 (Chap. 37), modifié en 2008 (Chap. 22).

La loi du 16 juillet 1985 avait fourni un premier cadre: non exécutabilité des contrats de GPA en faveur ou contre l’une des parties en cause⁴⁹ ; interdiction des intermédiaires dans la conclusion d’une convention à base commerciale de GPA⁵⁰ ; interdiction de publicité⁵¹. Ces interdictions ne concernaient ni la gestatrice ni les parents intentionnels⁵². En d’autres termes, si la GPA commerciale, mise en place par des intermédiaires percevant

son étrangers et 30 à 40% sont américains (Brienne Richards, « ‘Can I take the normal one?’ Unregulated Commercial Surrogacy and Child Abandonment », *Hofstra Law Review*, 2015, 44, pp.201-235, 209).

⁴⁷ V. p.78 et s.

⁴⁸ Selon le §8.7, « *Explanatory Memorandum* » des HFE (*Parental Orders*) *Regulations* 2010, lorsqu’un *Parental Order* est fait en Grande-Bretagne, et que l’un ou les deux demandeurs sont des citoyens britanniques, l’enfant, si ce n’est déjà le cas, deviendra également un citoyen britannique.

⁴⁹ Selon le §1A de la loi de 1985, « *no surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it* ». Cette norme a été reconduite par la loi de 1990.

⁵⁰ §2(1) de la loi de 1985.

⁵¹ §3.

⁵² §2(2).

des commissions, était interdite, la GPA faisant l'objet d'un accord direct entre la gestatrice et les parents d'intention était implicitement autorisée, même si la gestatrice était rémunérée. Le dernier alinéa du §2(3) de la loi de 1985 précisait explicitement: « *In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother* ». Cette loi ne concernait pas les aspects de la GPA touchant aux questions de filiation, les parents intentionnels étaient obligés de passer par la procédure de l'adoption.

La loi de 1990 encadra déjà rigoureusement la GPA. Il autorisa les parents à choisir entre la voie de l'adoption et une déclaration judiciaire reconnaissant la parenté entre les parents d'intention et l'enfant, le « *Parental Order* »⁵³. Lorsqu'un embryon a été conçu avec les gamètes d'au moins un des deux époux⁵⁴, puis a été implanté dans l'utérus d'une gestatrice qui s'est engagée à le porter, le couple peut, dans un délai de 6 mois à compter de la naissance de l'enfant⁵⁵, demander à bénéficier d'une décision judiciaire lui accordant ce *Parental Order*. Le consentement de la gestatrice est exigé, ainsi que celui de son conjoint lorsqu'elle est mariée. Il ne peut être donné que six semaines après la naissance, lui donnant ainsi la possibilité de se rétracter. L'enfant doit vivre avec les parents intentionnels⁵⁶, dont l'un au moins doit être domicilié au Royaume-Uni⁵⁷.

La loi de 1990 exige que le juge, pour prononcer le *Parental Order*, vérifie qu'aucune rémunération n'a été versée, excepté le « remboursement des dépenses raisonnables ». Selon le §30(7)⁵⁸, la Cour doit être « convaincue » qu'aucune somme d'argent ou autre bénéfice (autres que les dépenses raisonnablement engagées), n'a été donné ou reçu par le mari ou la femme, pour ou en considération (a) de l'établissement du *Parental Order*, (b) du consentement exigé par la sous-section (5), c'est-à-dire celui de la gestatrice et de son compagnon, (c) de la transmission de l'enfant au mari et à la femme, ou (d) de la conclusion de tout arrangement en vue de l'établissement du *Parental Order*. Ces paiements sont interdits, « sauf autorisation de la Cour ». Cette autorisation de la Cour gomme rétroactivement le caractère illicite de ces versements, bien que la loi ne précise pas à quelles conditions les juges peuvent le faire, question qui a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle, que l'on abordera par la suite⁵⁹.

⁵³ Le §30 a été introduit tardivement devant la *House of Commons*, suite à un cas bien connu dans la presse (une lettre adressée au journal *The Times* de la part de D. Forrest, l'avocat des parents, le 28 fév. 1990 ; et deux cas *Columbia CC v X*, *The Times*, 25 juin 1990 et *Re W*, *The Guardian*, 30 oct. 1990, cité par Jonathan Montgomery, « Rights, Restraints and Pragmatism : The Human Fertilisation and Embryology Act 1990 », *Modern Law Review*, juillet 1991, vol.54, no°4, p. 530).

⁵⁴ §30(1)(b) de la loi de 1990.

⁵⁵ §30(2) ; chacun des époux doit avoir au moins 18 ans révolus à la date de cette décision --- §30(4).

⁵⁶ §30(3)(a).

⁵⁷ §30(3)(b).

⁵⁸ « *The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by the husband or the wife for or in consideration of— (a) the making of the order, (b) any agreement required by subsection (5) above, (c) the handing over of the child to the husband and the wife, or (d) the making of any arrangements with a view to the making of the order, unless authorised by the court* ».

⁵⁹ La question des dépenses raisonnables dans le régime britannique sera analysée séparément, v. p. 78 et s.

La loi indique que la mère légale est bien celle qui a porté l'enfant et l'a mis au monde⁶⁰, que les actes médicaux liés à l'assistance médicale à la procréation aient été pratiqués au Royaume Uni ou à l'étranger, et c'est elle qui est désignée comme mère légale dans l'acte de naissance. La Grande-Bretagne n'a jamais remis le modèle de la maternité par l'accouchement en cause en instaurant une reconnaissance anténatale, telle la présomption de maternité en faveur de la mère intentionnelle avant la naissance (comme par exemple en Californie, où cette norme a été mise en place dans le but d'éviter un revirement de la part des gestatrices). Une fois rendu par la juridiction saisie, le *Parental Order* est inscrit dans un registre spécial et l'acte de naissance initial est annulé. Un nouvel acte de naissance est rédigé, indiquant que la mère légale est la mère intentionnelle. Son mari est réputé être le père, et il ne reste aucune trace de la gestatrice⁶¹.

Les conditions de forme requises pour le transfert de parenté du *Parental Order* sont semblables à celles de l'adoption, les deux étant des « *Family Proceedings* » (procédures familiales)⁶² selon le *Children Act* de 1989. Cependant, la procédure du *Parental Order* est moins lente et onéreuse que celle de l'adoption, car le contrôle est plus restreint. En fait, la demande de *Parental Order* est faite auprès du *Family Proceedings Court*. Un rapport préalablement établi par un *Guardian ad litem* est exigé, constatant d'abord que les conditions légales sont remplies, puis, que l'octroi d'un *Parental Order* sera dans l'intérêt de l'enfant. Les *Guardians* s'occupent alors principalement de savoir s'il y a bien un lien génétique avec l'un des deux parents, et s'il n'y a pas eu de paiement dépassant l'indemnisation raisonnable. Cependant, leurs moyens sont restreints, car ils ne disposent que de l'information donnée par le couple intentionnel et la gestatrice. Ensuite, comme l'enfant doit habiter avec le couple au moment de la demande, le juge estimera, sauf cas exceptionnel, qu'il est de son intérêt de rester avec les parents d'intention.

En conséquence, dans la grande majorité des cas, lorsque la gestatrice souhaite transmettre l'enfant et que le couple remplit les autres conditions requises, la demande d'un *Parental Order* sera le moyen le plus simple d'obtenir la parenté légale. Si la gestatrice ne veut pas garder l'enfant, et sauf si les parents intentionnels sont jugés incapables de remplir leur rôle, il sera rarement dans l'intérêt de l'enfant qu'un *Parental Order* soit refusé, et que l'enfant soit confié aux autorités locales. Mais si la gestatrice refuse de consentir au *Parental Order*, le seul moyen d'obtenir la parenté légale est de passer par une procédure d'adoption⁶³, ce qui peut constituer une limite au caractère non exécutoire des conventions de GPA, car le juge peut passer outre le consentement de la gestatrice.

⁶⁰ Le §27(1) de la HFEA Act 1990 (repris par §33(1) de la HFEA Act 2008) dispose que « *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child* ».

⁶¹ Cette question de l'existence d'une trace de la gestatrice fait l'objet de revendications de travailleurs sociaux, que nous allons présenter (p. 238 et s.).

⁶² Ainsi, les tribunaux peuvent, s'ils le jugent nécessaire, établir un autre ordre, tel qu'un *Residence Order* ou autre, exigeant que l'enfant ait un contact avec la gestatrice (§8 du *Children Act* 1989). Il est donc possible que les parents intentionnels n'aient pas d'obligation légale envers les enfants, et même s'ils ont obtenu un *Residence Order* qui leur accorde la responsabilité parentale, celle-ci sera partagée avec la gestatrice, qui continuera à avoir la responsabilité parentale aussi, même si elle n'a que très peu de contacts avec l'enfant ou pas du tout (Emily Jackson, *Medical Law*, Oxford University Press, 2013, p. 846).

⁶³ Contrairement à la procédure du *Parental Order*, dans la procédure d'adoption, selon le §52(1) de l'*Adoption and Children Act* 2002, les parents doivent consentir à l'adoption de l'enfant, sauf si on ne peut pas les trouver ou qu'ils sont incapables de consentir, ou que le tribunal estime que l'intérêt de l'enfant exige de passer outre leur consentement.

La loi de 2008 a conservé ce régime, en supprimant la condition que les demandeurs du *Parental Order* soient mariés. L'article 54(2) a repris ces conditions, tout en précisant que les parents légaux peuvent être deux époux (mari et femme), deux partenaires civils, ou deux personnes vivant comme partenaires dans une relation familiale stable et non interdite dans le degré de relations entre eux. Cette disposition a donc ouvert la voie non seulement à des couples hétérosexuels non mariés, mais aussi à des couples homosexuels⁶⁴. Le reste est inchangé, tout particulièrement la référence aux dépenses raisonnables.

Notons que derrière l'apparente densité des normes régissant la GPA en Grande-Bretagne, il s'agit d'un mécanisme de transfert de droits de parenté *a posteriori* et sous certaines conditions, plutôt que d'un véritable régime. Premièrement, les aptitudes médicales et psychologiques des parents potentiels et des gestatrices à suivre ce parcours ne sont pas vérifiées, et ce d'autant qu'il n'y a pas d'obligation légale de réaliser une GPA uniquement dans une clinique agréée: si la GPA implique une FIV, le passage par une clinique agréée est obligatoire, celle-ci devant veiller à ce que le critère de l'intérêt de l'enfant⁶⁵ soit respecté, mission fréquemment réalisée par un comité d'éthique indépendant, mais pas toujours⁶⁶. D'ailleurs, aucune consultation préalable n'est obligatoire, les cliniques étant uniquement dans l'obligation de la proposer⁶⁷. En revanche, s'il s'agit d'une insémination « artisanale » dans le cadre d'une maternité de substitution, cela pose plus de problèmes, dans la mesure où aucune intervention médicale n'a lieu, même la plus banale, tel qu'un contrôle de sécurité biologique du sperme ; souvent, les personnes se rencontrent sur internet, et le processus ne sera officialisé qu'après le dépôt de la demande d'adoption ou du *Parental Order*. Deuxièmement, le nombre de contrats de GPA pouvant être conclus par la gestatrice n'est pas limité ni non plus le nombre de grossesses qu'elle peut mener à terme. Il n'est en outre pas nécessaire d'avoir eu des enfants au préalable pour pouvoir faire une GPA. Aucune précaution médicale concernant un conflit d'intérêts éventuel n'est prise, telle que l'exigence de coexistence de deux équipes soignantes, l'une pour la gestatrice, l'autre pour la mère intentionnelle, dont provient parfois l'ovocyte. Troisièmement, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA), l'agence nationale compétente pour l'ensemble des activités d'AMP, s'estime 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.

Notons que l'exigence de l'existence d'un couple, hétérosexuel ou homosexuel, n'étant requise que dans le cadre d'un *Parental Order*, des femmes seules peuvent également recourir à la GPA, puis demander un ordre d'adoption pour l'enfant ainsi né. Deux voies sont alors possibles : la première est le recours à un don de sperme et à un don d'ovocytes (si pour une raison ou une autre l'ovocyte de la mère intentionnelle ne peut être utilisé, le double don de gamètes n'étant nullement interdit dans le régime britannique), puis à un don de gestation, la GPA. Ce parcours ne pourra pas être réalisé en dehors d'une clinique agréée. La deuxième voie consiste à recevoir un don de sperme, que la gestatrice

⁶⁴ La loi britannique sur le mariage homosexuel est entrée en vigueur en 2014.

⁶⁵ §13(5) de la loi de 1990.

⁶⁶ Pour une critique de l'absence de filtrage opéré par les cliniques, v. O. Van Den Akker, « Organizational Selection and Assessment of Women Entering a Surrogacy Agreement in the UK », *Human Reproduction* 14, n°1, 1999, pp. 262-66.

⁶⁷ §13(6) de la loi de 1990.

utilisera pour féconder ses propres ovocytes, ce processus n'impliquant pas forcément la réalisation dans une clinique agréée, car il peut être réalisé de manière « artisanale ».

Selon plusieurs personnes interrogées, la première demande de *Parental Order* pour un enfant né par GPA à l'étranger à des parents intentionnels britanniques date de 2008.

➤➤ Belgique

Nous allons distinguer d'une part le régime interne de la GPA, et, d'autre part, le recours à la GPA par des ressortissants belges à l'étranger :

Le régime interne de la GPA :

La loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée et la destination des embryons surnuméraires et des gamètes organise des situations dans lesquelles la femme à l'origine du projet de parental peut ne pas être la mère génétique mais est toujours la mère de gestation puisqu'elle accouche de l'enfant (insémination artificielle, fécondation in vitro, ICSI).

En ce cas, la loi organise à l'avance une filiation qui comporte une part plus ou moins importante de fiction, qu'il s'agisse d'un don de gamètes ou d'embryon, mais qui garde une part de procréation « naturelle » puisque la femme qui souhaite l'enfant est celle qui accouche, même si elle n'est pas la mère génétique.

La filiation issue d'une procréation médicalement assistée repose sur une convention conclue entre les auteurs du projet parental et les centres de fécondation ; elle imite la procréation naturelle et permet donc l'établissement immédiat d'un lien de filiation avec l'enfant sur base des dispositions du droit commun de la filiation.

La loi du 6 juillet 2007 exclut en effet les donneurs de gamètes de la filiation au sens juridique du terme : toute action relative à la filiation est interdite, que ce soit aux donneurs ou contre les donneurs, et le lien de parenté ne peut être établi qu'entre l'enfant et les auteurs du projet parental, indépendamment de toute référence à la vérité génétique qui est rigoureusement exclue⁶⁸.

Dans le cas de la gestation pour autrui, la situation est très différente, précisément parce que le processus interdit toute imitation possible de la procréation naturelle.

La gestatrice est celle qui accouche et elle est donc la mère légale dès lors que le droit belge fonde la maternité sur l'accouchement, indépendamment de toute vérité génétique et interdit toute forme d'accouchement « sous x » ou « dans la discrétion ».

La mère d'intention n'a pas « l'apparence » d'une procréation « naturelle » comme dans la procréation médicalement assistée. Elle n'accouche pas et il faut donc que la gestatrice « remette » l'enfant aux parents d'intention.

Dans une GPA, le père d'intention est le plus souvent père génétique ; il n'y a donc pas d'éclatement de la paternité et ce lien de filiation peut être établi selon le droit commun.

⁶⁸ Cette exclusion de toute référence à la vérité génétique est renforcée par l'anonymat du don. La règle de l'anonymat est absolue pour le don d'embryon ; elle peut connaître une exception pour le don de gamètes lorsqu'il y a accord entre receveur et donneur, lorsque deux personnes peuvent se mettre d'accord sur un don de gamètes (souvent appelé don dirigé), opération qui serait le plus souvent réalisée dans un établissement médical. Mais, même en ce cas, les centres de fécondation sont tenus au secret professionnel de telle manière que l'enfant n'aura jamais accès à des informations sur le donneur (seules des informations génétiques sont accessibles si la santé de l'enfant l'exige).

À condition que la gestatrice ne soit pas mariée à un homme autre que le père d'intention ⁶⁹, ce dernier procède à une reconnaissance de paternité avant même la naissance ou dans la déclaration de naissance. La reconnaissance de paternité est une déclaration de volonté faite devant un officier de l'état civil ou un notaire avec le consentement de la mère ou de la future mère ; elle n'exige aucune preuve de la réalité génétique de la paternité.

Par contre, la mère d'intention, même si elle est aussi la mère génétique, n'est pas celle qui accouche de l'enfant et elle ne peut avoir un lien de filiation d'origine avec ce dernier.

- La maternité au sens juridique est en effet celle de la gestatrice puisque le droit belge ne connaît pas l'accouchement « sous x » ou dans la discrétion et fonde la maternité sur l'accouchement, indépendamment de toute vérité génétique,
- La réalisation du projet parental de la mère d'intention se fonde sur un contrat avec la femme porteuse, contrat portant tout à la fois sur la mobilisation du corps de la gestatrice, sur le corps et la personne de l'enfant qui doit être « cédé » et enfin, sur l'organisation de la filiation future de l'enfant vis-à-vis des parents d'intention.

Or, ce contrat est, en l'absence de législation spécifique, frappé de nullité eu égard à la violation de différentes règles d'ordre public :

- Principe général de l'indisponibilité du corps humain
- Indisponibilité de l'état des personnes
- Droit inaliénable de la femme qui accouche d'établir sa maternité conformément à l'article 312 du Code civil qui, en droit en belge, fonde la maternité sur le seul accouchement

En outre, diverses questions se posent au regard de la réalité du consentement libre et éclairé de la gestatrice eu égard à la durée de son investissement, aux risques imprévisibles de la gestation et à l'irrévocabilité souhaitée du consentement qui porterait atteinte à la liberté de l'avortement.

On pourrait considérer que la gestation pour autrui ne fait qu'utiliser, en les combinant, les techniques du droit de la filiation (reconnaissance de paternité, adoption par la mère intentionnelle ou, plus rarement, reconnaissance de maternité si la gestatrice accouche « sous x » à l'étranger), mais en fait, le caractère illicite provient de l'organisation programmée de la filiation par voie conventionnelle et de l'obligation de transfert de la personne de l'enfant.

En conséquence, si la gestatrice refuse de remettre l'enfant aux parents intentionnels, l'exécution forcée de la convention ne peut pas être poursuivie judiciairement eu égard à la nullité du contrat.

Si, par contre, les parties exécutent volontairement la convention, c'est-à-dire si l'enfant est remis aux parents d'intention et élevé par eux seuls, la question de la protection de l'identité de l'enfant se pose.

⁶⁹ Dans ce cas, la situation est plus complexe puisque le mari est présumé être le père par application de la présomption légale de paternité dans le mariage (art. 315 du Code civil). Il appartient alors au père d'intention de contester cette présomption pour y substituer sa propre paternité.

- Sauf accouchement sous X à l'étranger, la gestatrice est la mère légale mais n'entend pas assumer la maternité,
- Le père d'intention a le plus souvent procédé à une reconnaissance anténatale et il est légalement le père,
- La mère d'intention n'a, quant à elle, aucun lien juridique avec l'enfant à la naissance, avec les conséquences qui s'attachent à cette absence de lien en cas de prédécès du père d'intention ou de rupture du couple des parents d'intention.

Face à cette problématique, la jurisprudence développe le raisonnement suivant :

1. La gestation pour autrui n'est pas réglementée en Belgique mais elle s'y pratique (pour des couples hétérosexuels avec pathologie empêchant la grossesse mais permettant la conception de l'embryon par les deux parents intentionnels – beaucoup plus rarement pour des couples hétérosexuels avec nécessité d'un don de gamètes – encore plus rarement pour les couples homosexuels),
2. L'intérêt de l'enfant – qui doit être la considération supérieure – exige qu'un lien juridiquement protégé soit établi avec les deux parents intentionnels.

Par voie de conséquence, les tribunaux prononcent l'adoption de l'enfant par la mère intentionnelle, le plus souvent par voie d'adoption plénière intrafamiliale, ce qui permet le maintien du lien avec le père intentionnel et le partage entre les parents intentionnels de l'autorité parentale, tout en entraînant la rupture du lien avec la mère d'origine, c'est-à-dire la femme porteuse.

Pour ce faire, les cours et tribunaux se fondent sur deux arguments :

- L'adoption est une institution en elle-même et non pas l'acte d'exécution d'un contrat de gestation pour autrui, dont la nullité est constante ;
- L'adoption doit répondre aux conditions légales posées par le droit de l'adoption⁷⁰.

Le droit belge connaît une procédure de reconnaissance de maternité par déclaration à l'officier de l'état civil, lorsque la femme qui a accouché n'a pas été mentionnée dans l'acte de naissance. La mère d'intention peut alors procéder à une telle reconnaissance par une manifestation de volonté complétée par le consentement du père légal. Aucune preuve de la réalité de la maternité ni au plan gestationnel ni au plan génétique n'est exigée. Cette solution qui simplifie la procédure en rendant inutile le recours à l'adoption pose toutefois question quant aux droits de l'enfant à la connaissance de ses origines.

En pratique, comme la GPA n'est pas interdite ni encadrée, les cliniques de fertilité peuvent choisir de la pratiquer ou pas, ainsi que d'accepter ou de refuser les demandes qui leur sont faites. La GPA est actuellement pratiquée dans 3 cliniques publiques : au centre de fertilité de la Citadelle à Liège depuis 1992, au centre de fertilité du CHU Saint-Pierre (Bruxelles) depuis 1997, ainsi qu'au centre de fertilité de l'UZ Gent depuis 2000. On estime qu'environ 150 à 200 cas de GPA ont été réalisés au cours des 20 dernières années au sein de ces 3 centres de fertilité⁷¹. La majorité de ces GPA concernent des couples hétérosexuels présentant des problèmes de fertilité, bien que la clinique de Gand offre depuis peu la possibilité de réaliser des GPA pour des couples d'hommes gays.

⁷⁰ Bruxelles, 1^{er} mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 754 ; Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1174 (F. Swennen) ; Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083.

⁷¹ Audition du Dr. Candice Autain au Sénat le 2 février 2015.

Le recours à la GPA à l'étranger par des ressortissants belges :

La situation a longtemps été plus complexe pour les gestations pour autrui réalisées à l'étranger. Plusieurs cas de figure sont possibles :

- Acte de naissance établi au nom de la gestatrice et du père d'intention,
- Acte de naissance établi directement au nom des deux parents d'intention hétérosexuels,
- Acte de naissance établi directement au nom des deux parents intentionnels homosexuels,
- On notera enfin qu'il est également possible que la gestatrice accouche sous X dans l'un des rares pays qui connaît cette possibilité, le père intentionnel procédant à une reconnaissance de paternité anténatale qui lui permet d'établir sa paternité et donc de revenir en Belgique avec l'enfant.

Dans ces différentes situations, deux questions sont posées :

- Peut-on reconnaître ces actes de naissance étrangers alors que la gestation pour autrui réalisée à l'étranger a un caractère commercial, ce qui impliquerait une violation de l'ordre public et une fraude à la loi ?
- La deuxième question concerne le choix entre l'application des règles du Code de droit international privé sur la reconnaissance des actes authentiques étrangers (art. 27) ou sur la reconnaissance des jugements étrangers (art. 22).
La différence est importante car l'étendue du contrôle opéré lors de la reconnaissance est différente.
En effet, la reconnaissance des actes authentiques étrangers suppose un contrôle de la validité du lien de filiation selon la loi applicable à l'établissement de ce lien, donc la loi belge.
Par contre, les jugements étrangers sont reconnus de plein droit, sauf violation de l'ordre public international ou fraude à la loi.

Dans un premier temps, le Ministère des affaires étrangères donnait des instructions aux consulats belges (essentiellement Ukraine) de refuser la délivrance des documents permettant à l'enfant de venir en Belgique (passeport, visa, autorisation de séjour...)⁷².

Ensuite, les cours et tribunaux vont enjoindre à l'État de délivrer ces documents en développant deux moyens :

- Il n'y a pas de violation de l'ordre public international dans la mesure où ce concept vise l'interdiction de créer en Belgique une situation illicite et non pas la reconnaissance, en Belgique, des effets d'une situation créée de façon licite à l'étranger,
- Il n'y a pas de fraude à la loi car ce mécanisme suppose la manœuvre destinée à échapper à la loi normalement compétente en se plaçant sous le couvert d'une loi étrangère.
Or, pour la reconnaissance des actes authentiques étrangers et plus particulièrement la reconnaissance du lien de filiation, c'est nécessairement la loi nationale de l'auteur de l'enfant qui est appliquée, soit la loi belge si les parents d'intention sont belges.

⁷² Ces éléments ont été mentionnés dans l'arrêt de la CEDH, *D. et Autres / Belgique*, 8 juillet 2014, qui sera analysé séparément, p. 117 et s.

La circonstance que ceux-ci ont eu recours à une gestatrice à l'étranger ne modifie donc pas la loi applicable.

Ces considérations conduisent à juger que :

- la filiation vis-à-vis du père d'intention qui est aussi le père génétique doit être reconnue (la loi belge permettant en toute hypothèse l'établissement de cette filiation),
- la filiation vis-à-vis de la mère d'intention mentionnée dans l'acte de naissance à l'exclusion de la gestatrice ne peut pas être reconnue car en droit belge, la filiation maternelle suppose l'accouchement. Or, la mère d'intention n'a pas accouché et elle est donc contrainte de procéder à une adoption de l'enfant, sauf cas exceptionnel de reconnaissance maternelle au cas où la gestatrice n'aurait pas été mentionnée dans l'acte d'accouchement,
- la filiation vis-à-vis de deux pères homosexuels n'est pas reconnue car l'homoparentalité pour deux hommes n'est possible en droit belge que *via* l'adoption. Dans ce cas, la filiation paternelle est reconnue vis-à-vis de celui des deux hommes qui est le père génétique, le second homme devant adopter l'enfant⁷³.

Il s'agit, dans ces différents cas, d'une application du principe de la divisibilité des filiations : chaque lien – filiation paternelle ou filiation maternelle --- est apprécié distinctement au regard de la loi nationale de l'auteur et l'acte de naissance est reconnu partiellement, c'est-à-dire dans une seule branche de la filiation.

Un jugement du 15 mars 2013 du tribunal civil de Liège fait exception dans une hypothèse de gestation pour autrui réalisée aux États-Unis pour un couple d'hommes, l'acte de naissance de l'enfant étant directement établi au nom de ces deux pères : le tribunal a examiné la question sous l'angle de la reconnaissance du jugement étranger relatif à l'établissement de l'acte de naissance et non pas sous l'angle de la reconnaissance de l'acte de naissance étranger. Il a considéré qu'il n'y avait pas de fraude à la loi puisque les parents d'intention n'avaient pas artificiellement acquis une autre nationalité dans le seul but de voir leur filiation d'intention légitimée. Par ailleurs, les juges ont considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'ordre public international, car la reconnaissance du jugement étranger ne visait pas à constituer une relation juridique mais seulement à se prononcer sur les effets d'une relation constituée à l'étranger.

Par ailleurs, le tribunal civil de Liège a innové en déclarant qu'il fallait reconnaître directement l'acte d'état civil américain désignant les deux hommes comme parents légaux de l'enfant né par GPA aux États-Unis, sans passer par une procédure d'adoption en faveur du deuxième père d'intention « dès lors qu'il est certain que le double lien sera rétabli grâce à une procédure ultérieure d'adoption »⁷⁴.

⁷³ Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *DIPR*, 210, p. 140 ; Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 420 ; Liège, 6 septembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1124 ; Civ. Bruxelles, 6 avril 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1164

⁷⁴ Civ. Liège, 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013, p. 93 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 161.

➤➤ Israël

La possibilité de s'engager dans une convention de GPA sur le territoire israélien a été prévue en 1996, par la loi intitulée *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*. Cette loi prévoit une procédure pour l'accès de couples hétérosexuels à la pratique de la GPA sous certaines conditions, notamment l'autorisation d'une commission regroupant des experts en médecine, en droit, en éthique et en religion⁷⁵. Selon les informations disponibles sur le site du Ministère de la santé⁷⁶, la commission vérifie que les conditions légales ont bien été respectées, et convoque à des entretiens la gestatrice et son compagnon et / ou les parents intentionnels, ainsi que d'autres personnes si elle l'estime nécessaire. L'objectif de ces entretiens est de vérifier le consentement et la compréhension de ce processus de GPA. D'ailleurs la signature de la convention de GPA est faite en présence des membres de la commission. La commission peut refuser des demandes lorsqu'elle estime que la gestatrice n'est pas apte, médicalement ou psychologiquement, à s'engager dans un tel parcours, ou lorsqu'elle estime qu'il y a un risque que le consentement donné n'était pas véritablement libre ; elle peut également demander de revoir les termes de la convention. Une fois cette procédure accomplie et après la naissance de l'enfant, un *Parental Order* est accordé par le tribunal pour déterminer le statut légal des parents intentionnels et de l'enfant⁷⁷. À la fin de l'année 2014, le nombre des enfants nés en Israël par GPA s'est élevé à 516, et à ce jour il n'y a pas eu d'affaires judiciaires où la gestatrice a refusé de transmettre l'enfant aux parents intentionnels. D'autres types de conflits entre de parents intentionnels et la gestatrice sont réputés rares et, comme dans leur grande majorité ils n'arrivent pas devant les tribunaux, on n'a pas d'information sur la nature des contestations.

En dépit de l'interdiction légale de transfert d'argent au profit de la gestatrice au-delà du remboursement des dépenses effectuées⁷⁸, les sommes payées dépassent largement ce qui est autorisé, en sorte que ce transfert constitue un paiement pour une prestation de services (et non une simple compensation), qui doit être suffisamment significatif pour que la gestatrice se soumette à un tel processus.

Bien que cette possibilité d'accès à la GPA locale soit légalement prévue et que ce parcours semble bien encadré, cette option n'est pas à la portée de toute personne pour diverses raisons : tout d'abord, seuls sont éligibles les couples hétérosexuels (mariés ou en cohabitation) dont la femme ne peut pas porter un enfant pour des raisons médicales, ce qui exclut les personnes seules ou les couples d'hommes. En outre, d'autres restrictions, établies dans les *Guidelines* de la commission⁷⁹, réduisent les chances d'acceptation des couples hétérosexuels, tels que l'âge⁸⁰ et le nombre d'enfants qu'ils ont déjà. Ensuite, concernant la gestatrice, d'autres conditions sont prévues : elle ne doit pas être mariée⁸¹, et doit avoir déjà

⁷⁵ Art. 3, *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*, 1996.

⁷⁶ http://www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/Surrogacy.aspx

⁷⁷ Art. 11, *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*, 1996.

⁷⁸ Art. 6, *ibid.*

⁷⁹ Art. 3 et 4, *Guidelines* de la commission, http://www.health.gov.il/DocLib/pon_tofes18.pdf

⁸⁰ La mère intentionnelle ne doit pas avoir plus de 53 ans lors du dépôt de la demande.

⁸¹ Art. 2(3), *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*, 1996. Cependant, les *Guidelines* de la commission prévoient la possibilité d'exception (art.6).

des enfants ⁸² . Ses propres ovocytes ne peuvent pas être utilisés (alors que le père intentionnel doit être aussi le père génétique), et elle doit être de la même religion que les parents intentionnels⁸³, mais ne doit pas avoir de liens familiaux avec eux⁸⁴. Toutes ces conditions limitent le nombre de gestatrices disponibles. Par ailleurs, il semble que la longueur du processus d'autorisation, même pour ceux qui sont éligibles, et les coûts élevés impliqués, sont des facteurs additionnels qui poussent certains citoyens israéliens à s'engager dans de conventions de GPA en dehors de leur pays. Cela tient au fait que la commission se détermine selon des critères stricts (qu'ils aient été prévus par la loi ou par la commission elle-même), ainsi qu'en raison du faible nombre de femmes israéliennes qui sont prêtes à être gestatrices.

Ce cadre législatif de la GPA est applicable uniquement aux conventions réalisées sur le sol national entre des résidents israéliens – les parents intentionnels et la gestatrice⁸⁵. Les conventions conclues à l'étranger ne faisant l'objet d'aucun dispositif légal, les autorités administratives et judiciaires en déduisent que les ressortissants israéliens sont autorisés à s'engager dans de conventions de GPA à l'étranger.

Les *Guidelines* administratives concernant le recours à la GPA à l'étranger

Après que des affaires de recours à la GPA à l'étranger ont été portées à la connaissance des différents ministères, des *Guidelines* communes ont été formulées par le Ministère de l'Intérieur, le Ministère des affaires étrangères, le Ministère de la Justice, le Ministère de la Santé et le Ministère des Affaires sociales. Ces *Guidelines* n'ont jamais été officiellement publiées, et l'équipe de recherche n'a pas réussi à obtenir une copie, mais elles sont régulièrement citées dans la jurisprudence et étaient mentionnées dans tous les entretiens. Ces *Guidelines* ont été légèrement et indirectement modifiées par la jurisprudence, mais leur contenu n'a pas substantiellement changé. Elles s'appliquent en principe à tous les pays étrangers dans lesquels la GPA est réalisée, en particulier à ceux d'Asie et d'Europe de l'Est.

Selon ces *Guidelines*, tout enfant né par GPA à l'étranger d'un parent israélien doit se soumettre à un test ADN afin de confirmer son lien génétique avec le parent en question, mère ou père⁸⁶. Cet examen génétique est effectué à l'étranger où l'enfant réside encore. Un échantillon d'ADN est prélevé au Consulat israélien dans le pays où la GPA a eu lieu et ensuite envoyé à un laboratoire agréé en Israël (actuellement il n'y en a qu'un). Une fois la relation génétique établie, l'enfant est considéré comme citoyen israélien et on lui accorde un passeport israélien. Pendant cette clarification génétique, il est demandé à la gestatrice de donner un affidavit au Consulat, déclarant qu'elle n'est pas la mère de l'enfant, qu'elle renonce à toute relation juridique avec lui, et qu'elle autorise son départ en Israël. Cet affidavit doit être signé par la gestatrice en personne, au Consulat, après son identification par deux pièces d'identité. Cela est exigé par les autorités israéliennes pour éviter un consentement forcé ou un enlèvement d'enfant. Après toutes ces formalités, l'enfant est

⁸² D'autres restrictions sont prévues comme le nombre de tentatives et le délai depuis le dernier accouchement, ainsi qu'une liste de pathologies excluant toute possibilité de recours à la GPA.

⁸³ Art. 2(5), *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law, 1996*.

⁸⁴ Art. 2(b), *ibid*.

⁸⁵ Art. 2(2), *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law, 1996*.

⁸⁶ Cette norme est cohérente avec le régime national de GPA où un lien génétique entre l'enfant et au moins l'un des parents est requis.

autorisé à quitter le pays de naissance et de rentrer en Israël avec son ou ses parents intentionnel(s).

Suivant les *Guidelines*, après leur retour en Israël et dans les cas où l'enfant a un parent intentionnel avec lequel il n'a pas de lien génétique (outre l'autre parent intentionnel avec qui la parenté a été établie par un test d'ADN), le lien de filiation avec ce dernier doit être établi par un *Parental Order* devant le tribunal aux affaires familiales israélien ; cette procédure a été élaborée par les tribunaux et inspirée par la loi israélienne régissant la GPA interne, comme on verra plus tard, selon les différents scénarios.

En principe, toute personne utilisant ses gamètes, ou tout couple utilisant les gamètes d'au moins un membre, peut être reconnu comme parent(s) intentionnel(s) en recourant à la GPA à l'étranger à la condition d'avoir respecté les lois du pays où la convention de GPA a été exécutée⁸⁷, sachant que les *Guidelines* ne se réfèrent pas au détail de la convention de GPA et qu'il n'apparaît pas que les autorités israéliennes en contrôlent le contenu, ni au regard du droit local ni au regard d'éventuels principes généraux du droit international ou israélien.

Les *Guidelines* israéliennes posent comme condition que la loi du pays dans lequel la GPA est pratiquée ne prohibe pas cette pratique. Si la loi locale prohibe un certain type de convention, ou le recours à la GPA ou le recours à la GPA au bénéfice de certaines personnes, telles les personnes seules ou les personnes homosexuelles, le Ministère israélien des affaires étrangères émet un avertissement dans le but de prévenir les ressortissants israéliens de ne pas s'engager dans une telle convention dans ce pays spécifique, ce qui semble avoir une bonne efficacité pratique.

L'attribution de la parenté légale aux parents intentionnels par les tribunaux israéliens selon le droit national

Dans la plupart des cas, après que l'enfant est entré en Israël, l'intervention du tribunal sera requise : si l'enfant est né aux États-Unis et est entré en Israël avec un passeport américain, le tribunal sera sollicité pour lui octroyer la nationalité israélienne et confirmer le lien de parenté avec les parents intentionnels. Si l'enfant est né dans un autre pays, le tribunal sera saisi pour établir la parenté légale du second parent intentionnel (s'il y en a un), dont le lien génétique n'a pas été établi par un test ADN au Consulat.

Initialement, les *Guidelines* prévoyaient que la parenté légale et la citoyenneté israélienne pouvaient être accordées suivant un test ADN effectué à l'étranger. Si l'enfant a un lien génétique avec le père intentionnel, il pouvait être reconnu comme son enfant et avoir la nationalité israélienne. La maternité légale, même dans les cas où les ovocytes de la mère intentionnelle ont été utilisés, pouvait être reconnue par une procédure d'adoption, après le retour de celle-ci en Israël. Des mères intentionnelles et des partenaires homosexuels, refusant d'accepter ces *Guidelines*, les ont mis en cause devant les tribunaux⁸⁸, et progressivement les normes d'application sont devenues plus souples. L'état actuel du droit pouvant être analysé selon quatre scénarios en fonction des caractéristiques des parents intentionnels:

⁸⁷ Cela se réfère principalement au cas Thai, où le régime local de détermination de la maternité semblait contradictoire avec le régime israélien.

⁸⁸ V. p. 237 et s.

1. couples hétérosexuels utilisant leurs propres gamètes : la paternité et la maternité légales peuvent être reconnues *via* un test ADN. La procédure d'adoption n'est plus requise pour établir la maternité légale d'une femme qui est reconnue comme mère au sens génétique du terme.
2. couples hétérosexuels utilisant un don d'ovocytes : la paternité légale est reconnue par un test ADN ; les tribunaux ont décidé que la maternité légale peut être reconnue par un *Parental Order*.
3. femmes seules utilisant leurs ovocytes et un don de sperme : la maternité légale est reconnue par un test ADN. La mère doit avoir un lien génétique et ne peut pas avoir recours à un double don de gamètes.
4. couples d'hommes utilisant un don d'ovocytes : le père génétique doit se soumettre à un test génétique, et son partenaire devait procéder à une demande d'adoption. Les tribunaux ont considéré que cette étape n'était pas nécessaire et les *Guidelines* ont été modifiées. Selon la jurisprudence actuelle, le partenaire (comme dans le cas de la femme dans un couple hétérosexuel qui n'a pas de lien génétique avec l'enfant) doit demander un *Parental Order*.

Les *Parental Orders* sont des *Common Law Orders*, émanant des tribunaux aux affaires familiales israéliens, dont la procédure est inspirée par celle prévue pour le recours à la GPA interne. Que les conventions de GPA soient conclues sur le sol national ou à l'étranger, les *Parental Orders* sont accordés après la naissance, souvent quelques mois après la naissance.

L'obtention d'un *Parental Order* est moins compliquée et moins intrusive qu'une procédure d'adoption. Le processus est plus rapide, surtout si un *Welfare report* n'est pas requis, ce qui est parfois le cas depuis 2014⁸⁹.

Synthèse

Les contentieux spécifiques étant séparément analysés tout au long de cette étude, nous ne ferons qu'une remarque d'ordre général :

En **Grande-Bretagne**, du point de vue procédural, on constate une tentative d'alignement du régime de GPA étranger sur le régime interne, par le biais du *Parental Order*, bien que les conditions nationales d'obtention de cet acte judiciaire soient souvent transgressées, comme on le verra. Sur le fond, un autre mouvement va en sens inverse, préconisant d'aligner la loi britannique sur les systèmes plus favorables aux parents d'intention.

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 sur 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

⁸⁹ V. la section consacrée aux travailleurs sociaux, p. 188 et s.

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 homosexuels⁹⁰.

En **Belgique**, en revanche, comme aucun régime de GPA n'a été prévu, et 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**, comme on a vu, au départ, le recours à la GPA à l'étranger a été rejeté au même titre que le recours sur le sol national. La jurisprudence *Menesson* et *Labassée* de la CEDH de juin 2014 a changé les choses, 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. Cette approche a obligé à changer de perspective, les effets d'un acte étranger probant devant 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.

1.2.2.2. Dans les pays développés, une offre ouverte n'est pas pour autant « suffisante »

Nous allons examiner le recours à la GPA dans deux pays développés, les États-Unis et la Grèce.

» États-Unis

Pour les parents intentionnels qui ont les moyens financiers, les coûts d'une GPA étant estimés entre 100 000 et 200 000 \$⁹¹, les États-Unis semblent être la solution la plus désirable pour les parents intentionnels étrangers. D'abord, les États-Unis n'exigent pas, contrairement à la Grande-Bretagne, de condition de résidence. Ensuite, la liberté contractuelle assortie d'une forte juridicisation du processus et de la rédaction de contrats très sophistiqués semble procurer un sentiment de sécurité aux parents d'intention. Par ailleurs, il semble que les relations nouées entre les parents intentionnels et les gestatrices américaines soient plus intenses et chaleureuses qu'ailleurs, en raison de la langue, de l'acceptation sociale de la GPA aux États-Unis et d'une certaine proximité sociale entre parents d'intention et gestatrices. Enfin, appliquant le *jus soli*, les enfants ont la nationalité américaine, ils disposent d'un passeport américain, et peuvent donc entrer directement dans le pays d'origine des parents intentionnels, en tant que citoyens américains. L'obtention de la nationalité peut également être considérée comme attrayante en soi. C'est ainsi que de plus en plus de ressortissants chinois ont recours à des gestatrices américaines, pour deux raisons. D'une part, cela leur permet de contourner leur régime national, où la GPA est interdite. D'autre part, cela paraissait être un moyen de contourner l'interdiction

⁹⁰ V. p. 237 et s.

⁹¹ Emmanuel Gratton, « Entre pères gays et mères porteuses », *Dialogues*, n° 202, 2013/4 (<http://www.cairn.info/revue-dialogue-2013-4.htm>).

d'avoir plus d'un enfant⁹². Mais la réforme légale autorisant à avoir deux enfants, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, a encore encouragé ce type de recours, cette fois pour que l'enfant reçoive la nationalité américaine, ce qui est avantageux pour lui et peut également aider les parents intentionnels à obtenir une *Green Card*⁹³.

Le régime de la GPA aux États-Unis⁹⁴ varie selon les États fédérés⁹⁵ : quatre États ne reconnaissent sous aucune forme, quelle qu'elle soit, les conventions de GPA ; quatre États reconnaissent la validité des conventions de GPA mais sans contrepartie monétaire ; quatre États reconnaissent la validité des conventions de GPA avec rémunération ; trois États reconnaissent la validité des conventions de GPA avec une contrepartie financière dès lors qu'elle n'excède pas les frais médicaux, vestimentaires, pertes de salaire de la gestatrice pendant le congé de maternité et autres frais liés aux soins. Ces États acceptent également que la gestatrice résilie le contrat après la naissance et garde l'enfant ; sept États interdisent complètement la GPA et en font une infraction assortie de sanctions à l'encontre des parents ; l'ensemble des autres États n'a pas de cadre législatif spécifique à la GPA, laissant ces conventions dans le régime contractuel général et les tribunaux intervenir en cas de litige.

Le « modèle » californien semble être le plus prisé des parents d'intention, en raison de plusieurs avantages évidents : pas de restriction en raison de caractéristiques des demandeurs (orientation sexuelle, personnes seules, absence de lien génétique) ; reconnaissance de la parenté légale des parents intentionnels dès la naissance voire avant par un *pre-birth order* ; le contrat leur permet de prévoir tous les cas de figure (avortements, etc.). Le contrat est établi en amont entre les parties, et il a force exécutoire. C'est dans cet État que la doctrine de *Parenthood by Intent*⁹⁶ a été établie par la jurisprudence *Johnson v. Calvert*⁹⁷, en retenant que parmi les trois possibilités de déterminer la maternité légale, à savoir la génétique, la gestationnelle et l'intentionnelle, la dernière option a été retenue. En l'espèce, la gestatrice avait refusé de transférer l'enfant alors que les ovocytes de la mère intentionnelle avaient été utilisés. La Cour Suprême de la Californie a résolu le dilemme opposant les parents intentionnels et la gestatrice en prenant en considération l'intention

⁹² Sophie Yan, « Chinese are hiring surrogate moms in America », CNN, 23 Août, 2013 : <http://money.cnn.com/2015/08/23/news/china-us-surrogacy/>; Alexandra Harney, « Rich Chinese hire American surrogate mothers for up to \$120,000 a child », The Telegraph, 23 sept. 2013 : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/china/10328132/Rich-Chinese-hire-American-surrogate-mothers-for-up-to-120000-a-child.html>.

⁹³ Kevin Smith, « As China's one-child policy ends, surrogacy services rise in the U.S. », 30 avril 2016, <http://www.pasadenastarnews.com/health/20160430/as-chinas-one-child-policy-ends-surrogacy-services-rise-in-the-us>; <https://www.conceiveabilities.com/about/blog/chinas-one-child-policy-ends-demand-for-u-s-surrogacy-rises>

⁹⁴ Pour une présentation de l'histoire de la GPA aux États-Unis, v. C. Spivack, « The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, Vol. 58, pp. 97-114.

⁹⁵ Les éléments suivants ont été présentés dans l'étude conduite par Delphine Lance et Jennifer Merchant : « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 231-247.

⁹⁶ Perri Koll, « The use of the intent doctrine to expand the rights of intended homosexual male parents in surrogacy custody disputes », *Cardozo Journal of Law and Gender*, 2011, Vol.18, pp.199-229; Melanie Jacobs, « Applying Intent-Based Parentage Principles to Nonlegal Lesbian Coparents », *Northern Illinois University Law Review*, 2005, Vol.25, pp.433-448.

⁹⁷ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993).

des parties lorsqu'ils avaient signé la convention. En d'autres termes, le fait d'accorder la parenté aux personnes ayant décidé de la venue au monde de l'enfant était dans son intérêt. Depuis cette jurisprudence, la théorie de l'intention continue à être appliquée en Californie.

Enfin, il est estimé⁹⁸ que sur 4 millions de naissances par an aux États-Unis, environ 1 000 à 1 500 naissances ont lieu par GPA, soit à peu près 1% de toutes les pratiques d'AMP. En outre, la moitié de ces naissances sont le fait de couples étrangers, chiffres restés constants depuis 1998. Par ailleurs, on sait, sans avoir aucun chiffre fiable, que de nombreux parents d'intention américains vont à l'étranger pour des raisons économiques⁹⁹.

➤➤ Grèce

La suppression en 2014¹⁰⁰ de la condition de résidence des parents intentionnels et de la gestatrice en Grèce (remplacée désormais par la celle de « résidence provisoire») a ouvert la possibilité aux ressortissants étrangers d'y recourir à la GPA et à des gestatrices étrangères de se proposer comme gestatrices¹⁰¹. En d'autres termes, des citoyens non grecs peuvent venir en Grèce avec une gestatrice de leur choix, trouver sur place une gestatrice étrangère ou engager une gestatrice locale. Le prix d'une telle opération est estimé à 25 000 – 35 000 euros, ce qui fait partie des prix les plus bas.

Auparavant, la loi n° 3089/2002, complétée par la loi n°3305/2005, avait mis en place un régime de GPA, aux conditions suivantes¹⁰² :

- L'ovocyte utilisé ne doit pas être celui de la gestatrice (uniquement celui de la mère intentionnelle ou d'une donneuse)¹⁰³. Contrairement à la Grande-Bretagne, aucun lien génétique entre l'enfant et l'un des parents intentionnels n'est requis.
- Une autorisation judiciaire doit être accordée avant le transfert d'embryon¹⁰⁴, et après la conclusion d'une convention écrite. Dans cette configuration, la mère légale n'est pas celle qui a accouché mais celle qui a reçu l'autorisation de procéder à la gestation pour autrui¹⁰⁵. Les effets sont irréversibles : le lien de filiation est

⁹⁸ Delphine Lance et Jennifer Merchant : « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *supra*.

⁹⁹ V. note de bas de page n° 46, p. 24.

¹⁰⁰ Art. 17 de la loi n°4272/2014.

¹⁰¹ Même si une étude menée sous l'égide de la Commission de bioéthique grecque a déjà montré qu'auparavant, les juges grecs n'effectuaient pas de véritable contrôle du domicile des requérants, v. P. Ravdas, « Surrogate Motherhood: Legislator's expectations under the challenge of statistical data », in A. C. Papachristou / E. Kounougeri- Manoledaki (eds.), *Family Law in the 21st Century, From Incidental to Structural Changes*, Athens- Thessaloniki, Sakkoulas, 2012, p. 67 et s. (en grec).

¹⁰² L'ensemble des éléments ont été repris du chapitre consacré à la Grèce par Konstantinos Rokas dans l'ouvrage: P. Beaumont, K. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements : Legal Regulation at the International Level (Studies in Private International Law)*, Hart Publishing, Oxford / Portland, 2013, p. 143 et s.; « National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law*, Vol.6, 2014-2015, pp.289-314; « Difficulties of Recognition in Greece of Parentage Links Created in Foreign Legal Orders Following Recourse to Techniques of Medically Assisted Reproduction », in *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, Publications of Medical Law and Bioethics, Sakkoulas Publications, 2015, 20, II, pp.463-470.

¹⁰³ Art. 1458, Code civil grec.

¹⁰⁴ Art. 1458, Code civil grec.

¹⁰⁵ Art. 1464(1), Code civil grec.

établi en faveur des parents intentionnels et la gestatrice ne peut pas garder l'enfant. Cependant, le législateur a prévu une exception¹⁰⁶ : dans le cas où, contrairement à la loi, l'ovocyte de la gestatrice a été utilisé, les deux parties peuvent alors contester le jugement dans un délai de 6 mois à partir de la naissance, en d'autres termes, ne pas établir un lien de filiation à l'égard des parents intentionnels.

La condition d'autorisation judiciaire préalable peut revêtir plusieurs avantages : d'une part, la gestatrice ne peut pas demander des sommes plus importantes que ce qui était convenu ; d'autre part, les parents intentionnels ne peuvent pas se désengager en cas de handicap, de séparation ou de décès de l'un d'entre eux.

Cette décision d'autorisation n'intègre pas un examen de l'aptitude des parents intentionnels, comme c'est le cas en Israël ; mais elle implique un contrôle des conditions médicales (HIV, Hep B, C, Syphilis).

- Les parents intentionnels doivent être des couples hétérosexuels ou des femmes célibataires. Néanmoins, dans une décision judiciaire de 2008¹⁰⁷, l'accès à un homme seul avait été autorisé, par analogie avec la disposition qui autorise l'accès aux femmes seules ; cependant, cette décision a été renversée¹⁰⁸.
- La mère intentionnelle ne doit pas dépasser l'âge de 50 ans¹⁰⁹.
- En ce qui concerne la gestatrice, aucune limite d'âge n'est prévue, uniquement son état psychologique, son état de santé et sa capacité à porter la grossesse. Ainsi, plusieurs cas intrafamiliaux, où des grossesses ont été menées par des mères en faveur de leurs filles souffrant du syndrome de Rokitansky ont eu lieu.
- L'autonomie de la gestatrice ne peut pas être limitée, elle peut avorter si elle le décide.
- Une indication médicale est requise : la mère intentionnelle doit être dans l'incapacité de porter une grossesse ou dans le risque de transmission de maladie grave¹¹⁰.
- Il est interdit de rémunérer la gestatrice¹¹¹, qui peut seulement être remboursée des dépenses nécessaires ; cette somme est déterminée par l'autorité indépendante grecque qui l'a fixée à 10 000 euros maximum, somme importante dans la situation actuelle du pays. Par ailleurs, les juges grecs ne cherchent pas à vérifier la nature exacte des sommes payées, rémunération ou dépense raisonnable.
- La jurisprudence du Tribunal civil d'Athènes des années précédentes montre que plus de la moitié des gestatrices étaient étrangères, originaires surtout de l'Albanie et de l'Europe de l'Est.

¹⁰⁶ Art. 1464 (2), Code civil grec.

¹⁰⁷ Tribunal civil d'Athènes, 2827/2008.

¹⁰⁸ TPI d'Athènes, 2827/2008, *Chroniques de droit privé* 2009, p. 817 [en grec] ; une deuxième décision attribue ensuite un tel droit à un homme seul : TPI de Thessalonique 13707/2009, publiée dans la base de données du Barreau d'Athènes Dsanet [en grec] ; cependant, la Cour d'Appel a renversé la première décision après un recours du procureur ; au moment toutefois de l'appel, la procédure de la gestation pour autrui était déjà effectuée et un enfant était né : CA d'Athènes, 3357/2010, *Nomiko Vima*, 2012, p. 1437 [en grec].

¹⁰⁹ Art. 4 (1), de la loi n°3305/2005.

¹¹⁰ Art. 1455, Code civil grec.

¹¹¹ Art. 1458, Code civil grec.

- La Grèce suit le système du *jus sanguinis*. Par conséquent, les enfants nés d'une GPA en Grèce pour le compte de parents étrangers ne peuvent pas obtenir la nationalité grecque.
- En tout état de cause, les autorités étrangères ne peuvent pas se rendre compte du recours à la GPA car ce fait n'est pas mentionné dans l'acte de naissance. Néanmoins, dans certains cas de suspicion, dans le cadre de demandes de transcription des actes de naissance, les autorités françaises ont demandé un certificat d'accouchement.

1.2.3. Offre des pays à forte population défavorisée, suffisante lorsqu'elle est autorisée

Un certain nombre de pays de niveaux économiques très différents autorisent ou autorisaient la GPA. On y trouvait un pays dit émergent comme l'Inde, un pays dit en développement comme la Thaïlande ou un pays qui fait partie des « pays les moins avancés » au sens onusien du terme, comme le Népal et le Cambodge. Quelles que soient leurs différences économiques, ils partagent la caractéristique de comporter une réserve considérable de femmes pauvres. D'autres pays comme la Russie et l'Ukraine, très frappés par une crise économique longue, ont aussi d'importantes populations de femmes ayant de grandes difficultés à réaliser leurs ambitions.

Dans tous ces pays, le nombre de candidates gestatrices sélectionnées par des intermédiaires privés est suffisant, mais le nombre de GPA a chuté à la suite de changements législatifs intervenus à la suite de scandales médiatisés : reportages sur des cliniques indiennes gardant des gestatrices dans des conditions peu dignes, couples ayant renoncé à emmener avec eux les enfants nés handicapés en Thaïlande ; impact du tremblement de terre au Népal.

De manière générale, il est quasiment impossible pour le pays originaire de la demande de contrôler les conditions de réalisation de la GPA dans le pays de l'offre.

Les principales destinations parmi ces pays sont (ou étaient) l'Inde, la Thaïlande, le Népal¹¹² et l'Ukraine. Dans les trois premiers pays, après une longue période où la GPA a été tolérée et largement pratiquée, une décision politique a été prise d'interdire le recours des étrangers et donc de fermer ce marché. Face à des scandales de femmes exploitées, de problèmes sanitaires ou de bébés abandonnés, d'autres pays, comme le Cambodge¹¹³, ont également décidé d'interdire le recours à la GPA aux couples étrangers. Cependant, il s'agit d'une part d'une industrie mobile, pouvant se déplacer d'un pays à l'autre, et d'autre part, d'une pratique clandestine, pouvant perdurer même dans les pays où l'accès avait été

¹¹² L'histoire du recours à la GPA au Népal est plus éphémère et sera présentée dans la section consacrée au choix des destinations.

¹¹³ Le Cambodge avait émergé comme nouveau marché de la GPA commerciale low-cost après la fermeture de l'Inde, de la Thaïlande et du Népal. En octobre 2016, le ministre de la justice cambodgien a manifesté sa volonté d'interdire la « GPA commerciale » (*Bangkok Post*, 22 oct. 2016). Cette décision est survenue après un scandale dans lequel une infirmière australienne, Tammy Davis-Charles, avait été accusée de travailler pour une agence de GPA et de falsifier des documents. Une amnistie a été accordée aux parents intentionnels australiens pour les 23 grossesses en cours arrangées par l'infirmière (« Australian nurse arrested in Cambodia's surrogacy crackdown », X. Symons, *BioEdge*, 26 nov. 2016 ; *ABC News*, L. Cochrane, 26 nov. 2016).

restreint (comme semble être le cas de l'Inde et du Mexique), ce qui diminue le nombre de gestatrices concernées et est suspecté d'aggraver la situation de certaines d'entre elles¹¹⁴.

➤➤ Inde

L'engouement pour l'Inde est venu de l'absence de régulation, du bas coût en comparaison aux autres pays (20 000- 30 000 euros), et de la disponibilité des gestatrices, souvent invisibles et dépourvues de droits¹¹⁵. Les relations des parents intentionnels sont limitées à l'agence ou à la clinique qui fournit le service, et dans la quasi-totalité des cas, il s'agit d'une relation purement commerciale. Tous ces facteurs ont placé l'Inde comme une destination très convoitée, qualifiée par certains de « *world capital of commercial surrogacy* »¹¹⁶, même si, par ailleurs, cette pratique reste stigmatisée en Inde.

En l'absence de loi spécifique à la GPA, cette pratique a évolué depuis une dizaine d'années dans un sens restrictif. Pratiquant l'AMP en général, certaines cliniques indiennes se sont spécialisées dans cette pratique sans que les autorités publiques n'interviennent, les guidelines émises par le *Indian Council of Medical Research* (ICMR) n'étant pas obligatoires. Toutefois, en décembre 2012, le Gouvernement indien, censé ratifier une proposition de loi préparée par le ICMR, a décidé de réserver le visa médical, nécessaire à la réalisation de la GPA, aux couples hétérosexuels mariés, excluant les célibataires et les homosexuels étrangers. Ces restrictions sont entrées en vigueur en septembre 2013. Par ailleurs, afin d'éviter les problèmes juridiques lorsque des parents intentionnels étrangers rentrent dans leur pays, une lettre de l'Ambassade du pays d'origine a été requise, certifiant que l'enfant y sera bien reconnu comme celui des parents intentionnels. Il suffit donc aux pays qui interdisent la GPA de ne pas fournir cette lettre et l'Ambassade française n'a jamais fourni un tel document. On peut noter que cette pratique rencontre la suggestion du rapport Détraigne – Tasca de négocier avec chacun des États qui autorisent et pratiquent la GPA pour qu'ils acceptent d'en interdire l'accès aux ressortissants français¹¹⁷. Il est important de souligner que les enfants nés par GPA en Inde n'avaient pas droit à la nationalité indienne et, en l'absence de délivrance du certificat de nationalité française, risquaient d'être apatrides. Il semble qu'à la suite de ces restrictions, des femmes indiennes aient été envoyées au Népal pour servir de gestatrices en faveur des hommes homosexuels¹¹⁸. Dans ce cas, ce sont non seulement les gamètes qui circulent pour éviter les lois restrictives, mais aussi les femmes gestatrices.

¹¹⁴ V. p. 44.

¹¹⁵ Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Cambridge University Press, à paraître en juillet 2017.

¹¹⁶ N. Pfeffer, « Eggs-ploiting women: a critical feminist analysis of the different principles in transplant and fertility tourism », *Reprod Biomed Online*, 2011, 23, pp. 634-641.

¹¹⁷ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)* par M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, n°409, 17 février 2016. Ce rapport suggère en effet de « négocier, soit dans un cadre multilatéral, soit dans un cadre bilatéral, avec les pays qui autorisent la GPA afin qu'ils en interdisent le bénéfice aux ressortissants français » (recommandation n°3).

¹¹⁸ Sharmila Rudrappa, « Quelle différence l'argent fait-il ? Mères porteuses à Bangalore en Inde du Sud », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

En octobre 2015, le Gouvernement indien a fait part de son intention d'interdire complètement l'accès des étrangers à la GPA en Inde¹¹⁹. Bien qu'à ce jour aucune loi n'ait été votée, les étrangers ne peuvent plus obtenir le visa médical nécessaire pour réaliser une convention de GPA en Inde, et le ICMR interdit aux cliniques de proposer ce service aux étrangers. Seul un projet de loi a été approuvé par le Gouvernement indien le 24 août 2016, interdisant la GPA commerciale et autorisant la GPA dite altruiste, et cela uniquement en faveur des citoyens indiens qui sont des couples hétérosexuels, mariés depuis plus que cinq ans et qui souffrent d'une infertilité médicale. En tout état de cause, ce projet de loi est très critiqué pour ne pas prévoir plus de protection juridique en faveur de la gestatrice¹²⁰, comme l'a déclaré le gouvernement¹²¹; ainsi, certains analystes ont conclu que les femmes des classes défavorisées continueraient d'être candidates à la GPA qui fonctionnerait grâce à des dessous de table et que la situation serait encore pire que celle qui résultait de la GPA commerciale régie par le marché¹²².

Avant l'interdiction de la GPA, l'Inde offrait plusieurs atouts aux yeux des parents intentionnels potentiels: l'acte de naissance délivré par les autorités indiennes mentionnait la mère intentionnelle comme mère légale et assortissait cet acte d'une déclaration de renonciation à tous ses droits parentaux en faveur du père intentionnel; l'ensemble du processus était conduit en langue anglaise; les médecins indiens étaient hautement qualifiés; la plupart des cliniques ont des « *surrogate homes* », à savoir des lieux d'habitation pendant la grossesse, permettant à la fois un monitoring plus avancé et aussi aux gestatrices de disparaître du regard de leur entourage; la faiblesse des gestatrices qui ne revendiquent jamais de garder l'enfant semblait plaire aux parents intentionnels, surtout à ceux qui ne souhaitaient pas garder de contact avec elles. Ainsi, très souvent, les gestatrices restaient anonymes, aussi en raison de leur stigmatisation sociale dans la société indienne¹²³. Il a été longtemps possible d'inséminer plusieurs gestatrices à la fois, ainsi que de transférer plusieurs embryons en même temps, ce qui permettait à certains parents d'intention d'avoir plusieurs enfants en même temps.

Tout cela permettait d'accroître les chances de réussite pour un prix relativement modeste, les parents intentionnels pouvant tenter plusieurs cycles d'insémination en Inde.

Bien qu'il n'y ait pas de statistiques officielles sur la pratique de la GPA, il est estimé¹²⁴ qu'environ 50.000 couples y ont eu recours annuellement. Selon plusieurs études¹²⁵, il semble que la majorité des parents intentionnels viennent de l'étranger, principalement des États-Unis, de l'Australie et de la Grande-Bretagne, mais aussi, dans une moindre mesure, de

¹¹⁹ <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>

¹²⁰ Le projet de loi n'autorise une femme à n'être gestatrice qu'une seule fois dans sa vie, afin que cette activité ne devienne pas commerciale. Pourtant, cela ne garantit pas véritablement le caractère non-commercial.

¹²¹ Sharmila Rudrappa, « Quelle différence l'argent fait-il ? Mères porteuses à Bangalore en Inde du Sud », *supra*; Sunita Reddy, « La saga de la GPA en Inde : de la commercialisation à l'altruisme », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

¹²² Sharmila Rudrappa, « Quelle différence l'argent fait-il ? Mères porteuses à Bangalore en Inde du Sud », *supra*.

¹²³ Les études concernant les gestatrices indiennes seront présentée dans une section séparée, v. p.171 et s.

¹²⁴ V. Rozée, S. Unisa, « Surrogacy as a Growing Practice and a Controversial Reality in India: Exploring New Issues for Further Researches », *supra*.

¹²⁵ *Ibid.*

Suède, de Norvège, d'Espagne, d'Israël, du Japon et des pays du Moyen Orient, et d'ailleurs de France.

➤➤ Thaïlande

Pendant quelques années, le recours à la GPA en Thaïlande a connu un essor considérable¹²⁶. Ainsi, la pratique de « *low cost surrogacy* », entre 20 000 – 40 000 euros, était majoritairement le fait des ressortissants d'Australie, de Hong-Kong et de Taïwan.

La GPA commerciale n'étant pas explicitement interdite, les seules normes étaient les directives de l'Ordre médical Thaï, prévoyant des sanctions à l'encontre des médecins qui pratiqueraient la GPA à but lucratif. Ces directives n'ont jamais été appliquées réellement, et, pendant longtemps, aucune loi n'avait ciblé les agences ni les gestatrices.

Plus concrètement, selon le droit de la filiation thaï, la mère légale est celle qui accouche ; si la gestatrice est mariée, son mari sera considéré comme le père légal. Du fait d'une forme de principe d'indisponibilité de l'état des personnes, il était impossible de transférer les droits parentaux par convention, ce qui obligeait à passer devant les instances de justice thaïlandaises, et obtenir un *Parental order* (indépendamment de la provenance de l'ovocyte). Comme en Inde, les enfants nés par GPA n'avaient pas le droit à la nationalité locale, à savoir la nationalité thaïlandaise ; les problèmes de reconnaissance juridique des pays d'origine pouvaient donc les rendre apatrides.

Face à des scandales médiatiques, notamment celui de *Baby Gammy*, un bébé trisomique laissé à la gestatrice par un couple australien dont l'homme est un pédophile notoire, alors que sa sœur jumelle, en bonne santé, avait été emportée par eux¹²⁷, ainsi que celui du milliardaire japonais, Mitsutoki Shigeta (24 ans) qui fut à l'initiative de la naissance de seize bébés par GPA¹²⁸, le Parlement par intérim Thaï, instauré après le coup d'État de la junte, a interdit en 2014 la GPA commerciale aux étrangers.

Le 19 février 2015, une loi a été votée : désormais, pour qu'un couple puisse avoir recours à une gestatrice en Thaïlande, au moins l'un des deux futurs parents devra avoir la nationalité thaï et ils devront être mariés depuis au moins trois ans. De leur côté, les gestatrices thaïlandaises devront être âgées de plus de 25 ans, être mariées, devront avoir déjà au moins un enfant et l'accord de leur mari sera requis. Une sanction de 10 ans de prison à l'encontre des personnes qui tenteraient de recourir à la GPA en dehors de ce cadre juridique a été prévue ; la publicité et la mise en relation par des intermédiaires est désormais interdite.

¹²⁶ Andrea Whittaker, « Merit and Money: The situated ethics of transnational commercial surrogacy in Thailand », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Fall 2014, 7(2), pp. 100-120. Cette étude d' « éthique situationnelle » décrit le contexte de la GPA en Thaïlande, au-delà des relations commerciales.

¹²⁷ La gestatrice Thaï a cherché à obtenir la garde légale de la sœur jumelle après avoir appris que le père intentionnel était emprisonné pour des délits sexuels sur enfant près de deux décennies auparavant. Le tribunal de famille australien a déclaré en avril 2016 que la sœur jumelle peut rester avec les parents intentionnels et qu'un plan de sécurité a été établi avec les services de protection de l'enfant pour que le père ne soit pas seul avec l'enfant.

¹²⁸ « Interpol investigates 'baby factory' as man fathers 16 surrogate children », *The Guardian*, 23 août 2014.

➤➤ Ukraine

Contrairement aux précédentes destinations, l'Ukraine est un choix toujours d'actualité¹²⁹. En effet, la pratique commerciale de la GPA est légale en Ukraine tout en étant réservée aux couples hétérosexuels mariés. Les coûts sont relativement bas (environ 30 000 --- 40 000 euros).

L'ensemble du régime ukrainien de la GPA est fondé sur le contrat, qui a force exécutoire. Selon l'art. 123 du Code de la famille ukrainien, les parents intentionnels sont considérés comme parents légaux dès la conception. Il est en effet illégal de désigner la gestatrice comme mère légale. L'art. 319 du même code dispose qu'une femme enregistrée comme étant la mère d'un enfant peut contester des liens familiaux prétendument établis. Cependant, une gestatrice ne peut pas contester le lien génétique qui unit la mère génitrice à l'enfant et ne peut pas garder l'enfant à la naissance.

Par ailleurs, la GPA n'est autorisée que sous certaines conditions médicales : absence d'utérus (due à des raisons génétiques ou à une hystérectomie), déformation de la cavité utérine, syndrome d'Asherman, maladie psychosomatique grave et / ou symptôme rendant impossible une grossesse, échecs répétés (au moins quatre) de l'implantation d'un embryon dans l'utérus. Les parents intentionnels doivent subir un examen médical avant le début de la procédure.

En ce qui concerne la gestatrice, et conformément aux *Directives sur les procédures d'utilisation des techniques de procréation*¹³⁰, elle doit avoir déjà un enfant qui soit mentalement et physiquement en bonne santé. Si elle est mariée, le Code de la famille ukrainien n'exige pas le consentement de son mari. Cependant, les agences encouragent les parents intentionnels à obtenir le consentement du mari pour la raison suivante : l'art. 122 du même code maintient la présomption de paternité. Ainsi, le mari de la gestatrice pourra contester le lien de filiation établi avec le père intentionnel.

L'ovocyte de la gestatrice ne peut pas être utilisé ; uniquement celui de la mère intentionnelle ou d'une donneuse. Au moins l'un des parents intentionnels doit avoir un lien génétique avec l'enfant. Le double don de gamètes est interdit.

Les *Directives* exigent la signature de la convention par les parents intentionnels et la gestatrice préalablement au transfert d'embryon. Il est également requis que cette convention soit rédigée dans la langue des parents intentionnels s'ils sont des ressortissants étrangers.

La convention doit contenir les mentions suivantes : que la gestatrice consente à porter l'enfant ; que l'enfant n'ait aucun lien génétique avec elle ; qu'à la naissance elle s'engage à le transmettre aux parents intentionnels et qu'elle renonce à ses droits parentaux. Les futurs parents intentionnels peuvent ajouter des recommandations à l'intention de la gestatrice, notamment des conseils et des demandes d'ordre nutritionnel, un nombre de visites médicales minimal etc. À la condition de respecter les obligations légales ou liées aux Directives médicales, les parties peuvent ajouter les clauses de leur choix.

¹²⁹ Les éléments suivants ont été présentés dans l'étude conduite par Delphine Lance et Jennifer Merchant : « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *supra*. Pour plus de détails sur le déroulement du processus et les services offerts par les cliniques ukrainiennes, v. Mykola Gryshchenko et Alexey Pravdyuk, « Gestational Surrogacy in Ukraine », in Scott SILLS (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, 2016, pp. 250-265.

¹³⁰ *Directives sur les procédures d'utilisation des techniques de procréation*, Ordonnance du Ministère de la Santé ukrainien, n°771 du 23 décembre 2008.

La convention doit également indiquer que les parents intentionnels sont pleinement responsables de l'enfant à la naissance et doivent prendre en charge toutes les dépenses liées à la grossesse.

Selon l'art. 623 du Code de la famille ukrainien, la somme perçue par la gestatrice est librement négociable avec les parents intentionnels. Elle est explicitement mentionnée, séparément de la somme prévue pour les dépenses encourues (autour de 12 000 euros).

La convention anticipe également les problèmes qui peuvent survenir, tels que des naissances multiples, la maladie d'un enfant ou un handicap, l'avortement pour des raisons médicales, le divorce des parents intentionnels etc. Par ailleurs, les sanctions y sont également intégrées si l'une des parties ne respecte pas ses obligations contractuelles.

L'enregistrement de la convention auprès des autorités publiques incombe aux parents intentionnels. Ainsi, leurs deux noms sont inscrits dans le registre de l'état civil. Les demandes formées par des couples étrangers sont traitées selon le droit ukrainien. Il est nécessaire de fournir un certificat établi par un juge au registre d'état civil qui permet l'enregistrement du couple étranger en tant que parents légaux de l'enfant à naître. La gestatrice doit également fournir son consentement écrit et authentifié. Son nom apparaît à la colonne « remarques ». C'est alors seulement que les couples étrangers peuvent solliciter et obtenir le certificat de naissance et le passeport pour l'enfant. Cela n'est possible que pour les étrangers dont le pays d'origine autorise la GPA, ce qui exclut en principe les ressortissants français¹³¹.

Étant donné ces contraintes procédurales, et comme aucune autorisation préalable ni ordre judiciaire ne sont requis, certains couples décident de procéder à un parcours de GPA sans établir de convention, ce qui peut déboucher sur des résultats désastreux : les parents intentionnels peuvent ne pas assumer l'enfant, ou, au contraire, la gestatrice peut décider de garder l'enfant.

Enfin, en ce qui concerne la nationalité de l'enfant lorsque les parents intentionnels ne sont pas de ressortissants ukrainiens, la loi ukrainienne est silencieuse. L'enfant obtiendra en fait la nationalité du père ou de la mère d'intention. Il sera automatiquement ukrainien si l'un des deux réside de manière permanente en Ukraine ou s'il ne peut obtenir la nationalité étrangère de ses parents. S'il obtient la nationalité du père ou de la mère d'intention, les normes ukrainiennes réagissant les étrangers seront appliquées. En effet, l'Ukraine a conclu des conventions internationales avec de nombreux pays, permettant aux étrangers de rester au moins trois mois en Ukraine sans avoir de visa, ce qui facilite la situation des parents d'intention qui ne sont pas limités par la durée d'un visa touristique.

Synthèse

Examiner les différentes manières dont les pays organisent le retour des enfants nés par GPA à l'étranger, en comparant des États qui ouvrent plus ou moins largement la GPA sur leur propre sol, oblige à s'interroger en termes d'efficacité des législations d'ouverture. Si l'on admet que chaque État recherche, en concevant sa législation, la meilleure solution au regard de l'intérêt général, force est de constater qu'aucun d'entre eux ne satisfait la demande d'enfants, quelle que soit l'ouverture consentie.

¹³¹ Ici encore, la situation est conforme aux suggestions du rapport Dentraigne – Tasca, v. note de bas de page n°117, p.43.

Les obstacles peuvent tenir aux conditions juridiques imposant des restrictions que les parents d'intention vont contourner ; à la rémunération trop faible offerte aux gestatrices qui sont, dès lors, en nombre insuffisant pour répondre à la demande nationale ; il peut s'agir au contraire, lorsqu'elles sont libres de fixer leurs conditions de rémunération, d'un coût qui se révèle trop élevé pour un certain nombre de parents d'intention. Autrement dit, théoriquement, pour répondre à l'ensemble de la demande (ce qui n'est pas forcément l'objectif, certains États, tel qu'Israël considérant le recours à la GPA à l'étranger comme une « soupape nécessaire »¹³²), l'offre des pays qui disposent d'une population pauvre en très grand nombre et sont peu regardants en termes de protection de la gestatrice est actuellement indispensable.

Or l'ouverture juridique qui avait attiré en Asie du Sud-Est de nombreux couples est en train de refluer, sans que l'on connaisse avec précision l'ampleur du marché noir qui en résulte ni les difficultés spécifiques que cela pourrait constituer pour les parents d'intention. On ne peut pas davantage savoir si les pays qui restent ouverts, comme la Russie, l'Ukraine ou l'Arménie, suffiront à absorber la demande, ni si l'Afrique pourrait être la prochaine destination. Après une première période où la GPA a semblé gagner inéluctablement du terrain, l'évolution paraît aujourd'hui moins évidente.

1.3. Choix du pays par les parents intentionnels

Les parents intentionnels se déterminent en fonction de critères très divers, depuis un critère purement matériel de coût de l'opération jusqu'à des points de vue parfois opposés sur ce qu'est le « meilleur système », qui peut aller de celui qui offre le plus de liberté à celui qui est le plus normé, certains parents d'intention pouvant être attirés par ce que d'autres considèrent comme des risques : un transfert multiple d'embryons, le mélange des gamètes de plusieurs personnes, l'absence de rencontre entre la gestatrice et les parents intentionnels, l'anonymat de la gestatrice.

Le choix des pays de destination dépend donc d'un bilan réalisé par les parents d'intention entre l'adaptation des dispositifs juridiques du lieu de réalisation de la gestation à leurs intérêts¹³³ 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. Ainsi, en ce qui concerne l'Inde¹³⁴, le choix de la clinique se fait en consultant les réseaux sociaux et les associations. « Les futurs parents ont souligné que leur choix avait été guidé par la réputation de la clinique, le taux de succès affiché et par une organisation qui leur semblait transparente et respectueuse des personnes »¹³⁵.

Quelle que soit la nature de l'offre (femmes pauvres ou femmes qui ont des besoins sans être « dans le besoin »), les choix des parents intentionnels se portent vers ce qui, juridiquement, écarte le plus la gestatrice (pas forcément émotionnellement car certains parents intentionnels souhaitent maintenir le contact avec la gestatrice). Cette mise à l'écart juridique est réalisée par des moyens très divers, parfois même contradictoires. Ainsi, en Californie, la convention est directement signée et en partie négociée entre la gestatrice

¹³² V. p. 99.

¹³³ Ce décalage sera séparément analysé, v. p.74 et s.

¹³⁴ Virginie Rozée, Sayeed Unisa, Elise de la Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *Population et Sociétés*, oct. 2016, n°537.

¹³⁵ *Ibid.*

et les parents intentionnels, le plus souvent dans le cadre d'une assistance juridique fournie dans une sorte de package médico-juridique par les cliniques où les opérations seront réalisées, et la gestatrice ne peut pas se désister. En revanche, en Inde, le contrat est souvent signé entre la clinique et les parents intentionnels qui ne connaissent pas forcément l'identité de la gestatrice, qui ne pourra pas davantage garder l'enfant. Ainsi, on peut constater une relation directe entre d'une part, l'écart entre les pays d'origine et les pays « fournisseurs » de GPA et d'autre part, la faible position de la gestatrice : plus l'écart entre le pays d'origine et le pays « fournisseur » est grand, moins la gestatrice a de pouvoir.

L'un des critères les plus décisifs semble être l'obligation, ou non, de transmettre l'enfant, souhaitée par la plupart des parents intentionnels. Pour rappel, l'une des raisons du recours des citoyens britanniques à la GPA à l'étranger n'est pas seulement le faible nombre de gestatrices en Grande-Bretagne, mais le sentiment d'insécurité, provenant du droit de la gestatrice de garder l'enfant. Si l'on en restait à une analyse juridique technique, cette obligation de transmettre l'enfant suppose que ce dernier intègre la catégorie des « choses », car il ne saurait y avoir de contrat, moins encore exécutoire, sur le transfert d'une personne.

Le dispositif légal du pays de l'offre est crucial pour le choix du pays, les pays où la gestatrice n'est pas reconnue en tant que mère légale étant plus attractifs pour 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 fournisseur de GPA influencent le régime appliqué (comme ce fut le cas avec les conventions de GPA conclues en Thaïlande¹³⁶) ; tel n'est pas le cas en Grande-Bretagne, où le régime légal est identique, indépendamment du pays fournisseur : les conditions d'obtention du *Parental Order* sont les mêmes que sous le régime interne de GPA (dépenses raisonnables, délai, consentement de la gestatrice etc.).

Il est également important de souligner qu'en ce qui concerne la France, la Belgique et la Grande Bretagne, il n'y a pas de différence entre les situations intra-européennes et celles qui impliquent des pays tiers; en d'autres termes, les mêmes règles, articulant le droit national et le droit européen, s'appliquent indépendamment du lieu de la réalisation de la GPA. Par exemple, un couple d'hommes franco-britannique a eu recours à la GPA en Grande Bretagne, il a obtenu un acte de naissance britannique désignant les deux pères intentionnels comme parents légaux de l'enfant ainsi conçu, mais la transcription a été refusée en France¹³⁷ ; cette situation ne diffère pas de celle d'une GPA conclue en dehors de l'Union européenne.

Enfin, avant de présenter les choix des ressortissants des pays étudiés, il est essentiel de prendre conscience de la rapidité des changements en termes de pays offreurs : comme on a vu précédemment, certains pays s'ouvrent (comme la Grèce et le Portugal¹³⁸), d'autres

¹³⁶ V. p. 45, 57.

¹³⁷ Témoignage de MA2, membre de l'Association des familles homoparentales (ADFH).

¹³⁸ Approuvée en mai 2016, une loi autorisant la GPA limitée aux situations où une femme souffre d'une absence ou d'un dysfonctionnement de l'utérus, fit l'objet d'un veto présidentiel. Une nouvelle loi est adoptée en juillet et une proposition de règlement d'application en décembre. Le texte est en attente du fait de l'opposition du conseil national d'éthique, opposé à la GPA. Il est très restrictif : aucune indemnisation sauf remboursement sur facture de frais effectivement engagés, absence de subordination économique de la

se ferment, totalement ou à certaines catégories de parents intentionnels (étrangers, homosexuels etc.). Ainsi, au moment de la rédaction de ce rapport, les options principales en termes de pays lorsque l'on veut recourir à la GPA sont : certains États des États-Unis, l'Europe de l'Est (Ukraine, Géorgie¹³⁹ et Russie¹⁴⁰), la Grèce, et récemment l'Arménie. On a ainsi l'impression d'une relative « occidentalisation » de la GPA. Si l'on peut constater que les pays européens qui se sont récemment ouverts sont des pays ayant de fortes difficultés économiques, on sait peu de choses des conséquences de la fermeture de pays comme l'Inde ou la Thaïlande, du fait de la clandestinité de cette activité¹⁴¹.

Selon nos sources¹⁴², pour les ressortissants **français**, la destination principale est les États-Unis, en raison de l'encadrement contractuel et des possibles relations avec la gestatrice. D'un côté, celle-ci n'a pas la possibilité de garder l'enfant, et les dispositifs contractuels sont très précis, réglant en amont de nombreuses causes de conflits, dans un ordre juridique où la liberté contractuelle permet de s'entendre, non seulement sur l'opération elle-même mais aussi sur des points qui seraient considérés en France comme n'ayant pas un objet licite. Il est ainsi probable que l'interdiction faite à la gestatrice de pratiquer une IVG serait considérée comme contraire à la liberté de l'avortement. D'autres pays, tels que l'Inde, la Russie et l'Ukraine sont également convoités, mais dans une moindre mesure. Il est clair que, la GPA n'étant pas autorisée en France, les parents intentionnels ont tendance à choisir des pays où cette pratique est explicitement légale et pas uniquement tolérée, pour réfuter l'argument de l'illégalité¹⁴³.

En ce qui concerne les ressortissants **belges**, le choix de recourir à la GPA à l'étranger provient de plusieurs raisons, telles que l'accès plus facile à des gestatrices, en particulier pour des couples d'hommes. En effet, le recours à la GPA dans les pays qui autorisent une liberté contractuelle étendue permet, outre une recherche plus aisée de la gestatrice, une prévisibilité des relations (ou de l'absence de relations) après la naissance de l'enfant.

porteuse. Mais les parents d'intention sont reconnus dès l'origine comme parents légaux sans mention du recours à la GPA. Malgré les sanctions pénales prévues en cas de dessous de table, il est difficile de voir comment cela serait vérifié, ce d'autant que les parents d'intention peuvent venir de l'étranger avec une gestatrice de leur choix.

¹³⁹ Sur le régime légal de la GPA en Géorgie, v. Mariam Kukunashvili et Matuta Bjalava, « Gestation Surrogacy in the Republic of Georgia », in Scott SILLS (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, 2016, pp. 140-142.

¹⁴⁰ Sur le régime légal de la GPA en Russie, v. Konstantin Svitnev, « Gestation Surrogacy in the Russian Federation », in Scott SILLS (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, 2016, pp. 232-240. L'une des principales raisons pour lesquelles la Russie est moins convoitée que l'Ukraine est le caractère non exécutoire des conventions de GPA. En effet, la gestatrice peut décider de garder l'enfant et les parents intentionnels peuvent refuser de l'accueillir ; cet état de droit fait actuellement objet d'un débat (<https://theconversation.com/la-russie-ce-pays-ou-la-gestation-pour-autrui-est-legitime-72383>).

¹⁴¹ V. quelques éléments d'information concernant le transport des gestatrices de l'Inde au Népal, p. 43, 57-58; Par ailleurs, il semble qu'un trafic d'ovocytes et de sperme a lieu à la frontière entre la Thaïlande et le Laos, où la pratique de la GPA a été déplacée depuis son interdiction en Thaïlande (http://www.lexpress.fr/actualite/monde/asia/thaïlande-un-homme-arrete-a-la-frontiere-avec-le-laos-pour-traffic-de-sperme_1901354.html).

¹⁴² Cette information nous est parvenue lors des entretiens avec les associations, en l'absence de statistiques officielles, bien évidemment.

¹⁴³ V. le témoignage des avocats, p. 139.

Pour les ressortissants **britanniques** – des éléments très intéressants du choix d'un pays étranger ont été recueillis. Si, en tout état de cause, le trop faible nombre de gestatrices volontaires sur le territoire national incite à aller à l'étranger, d'autres éléments entrent en ligne de compte et au premier chef le sentiment de sécurité que certains droits étrangers donnent aux parents d'intention et qui vient d'un certain nombre de données juridiques propres au pays où se réalise la GPA : les contrats « ceinture et bretelles » des États-Unis, la position de faiblesse des gestatrices indiennes, l'absence de carcan du droit anglais (pourtant facile à contourner mais qui donne un sentiment d'insécurité) ; la présence d'intermédiaires bien organisés qui créent un écran entre la gestatrice et les parents d'intention. Mais il faut compter aussi avec l'importance du langage commun dans les relations américano-britanniques.

Les principales raisons du recours à la GPA à l'étranger sont donc la professionnalité du service, le sentiment de contrôle par la sécurité contractuelle, évitant notamment toute possibilité à la gestatrice de garder l'enfant (contrairement au régime appliqué aux conventions de GPA conclues sur le sol britannique), la disponibilité de gestatrices, la pénurie d'ovocytes en Grande-Bretagne, la possibilité d'appariement ethnique, et, avant la réforme légale de 2008, l'impossibilité pour les personnes homosexuelles de recourir à la GPA interne¹⁴⁴.

Dans les entretiens, nous avons recueilli des éléments concernant les raisons du recours à la GPA à l'étranger :

A1:

« People go abroad for various reasons: Ease. Professional services. Professional surrogates. A certain / clear time frame. Lack of all that in UK – uncertainty in the UK of whether surrogate will keep the baby and that would 'break their hearts.'

Most of my surrogacy cases involve an egg donor. This is difficult in UK as historically there have been severe shortages – though now this is easier. This may relate to change in compensation levels, more publicity about shortages, increased transfer of eggs between clinics in the UK, use of egg sharing in IVF treatment (to reduce costs). There are still pockets of shortages, geographically and also by ethnic group. Minority ethnic (e.g. Asian) eggs are in short supply so Asians need to go abroad or face very long waiting lists. Moving gametes and embryos between clinics is easier (abroad). Waiting list is only 2-4 months. People do not do surrogacy lightly – perhaps after many IVF cycles and miscarriages. They want to carry pregnancy themselves, even if an egg donor is involved.

So couples make their decision about which country to choose based on price/family connections/egg donation/track record (often via internet forums).

¹⁴⁴ Ces éléments correspondent plus ou moins aux conclusions du rapport Horsey (*Surrogacy in the UK: Myth busting and reform. Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, novembre 2015): 1. « Certainty »; 2. « Availability of surrogates »; 3. Ease of setting up arrangement »; 4. « Ethical reasons » (sur le particularisme de la composition de ce groupe de travail, v. p. 108 et s.).

The UK is seen as too slow, and too uncertain – many IPs¹⁴⁵ are working in a tight time frame (often having had extensive failed IVF). »

A2:

« People from UK go abroad for surrogacy for several reasons:

Firstly, for some it is related to ethnicity: people of Indian origin are familiar with India, have contacts and relations, have experience of the country, family support networks and ethnically matched donors which are in short supply in UK.

Secondly, in relation to logistics and costs, parents again often go where they have personal links to a country: people to stay with, a known environment and so on.

Thirdly, personal recommendations are very important for some people. Some make contact and relationships with other travellers on the Internet to get these personal recommendations.

Fourthly, a sense of control and choice is thought to be gained from going abroad, especially where surrogacy is commercial, as it is possible there to tap into donor banks, into surrogate banks and have more choice.

Fifthly, People might also go abroad as they feel the number of available surrogates is greater.

Finally, there is a perception of security which is important from the legal perspective. There is a (false) sense that abroad they will have a 'legally binding contract', whereas in the UK surrogacy is informal, altruistic and not legally binding. »

A3:

« Probably in the UK there is a lack of certainty and a lack of availability. The law is a grey area in the UK and is not supportive. »

TS2:

« The reason why British people are seeking surrogacy abroad is because of the difficulties of finding women to act as surrogates in the UK. This shortage of surrogates is due firstly, to the financial constraints of being allowed to pay reasonable expenses only (at least on paper as there is a lack of clarity about what constitutes 'reasonable'); secondly, to agencies like COTS and Surrogacy UK, being limited in terms of what they can do. Agencies cannot for example legally advertise for surrogates and so individuals try to find a family friend to undertake a big commitment on their behalf. In India, Ukraine and elsewhere there is more active marketing. The UK media coverage of these countries and their surrogacy arrangements also cause UK people to think that going overseas is what you have to do. Agents organising it also make it sound quite an easy thing to do, and quite cheap. »

¹⁴⁵ IP ou IPs = intended parents (parents intentionnels).

TS1:

« There are a range of reasons why UK people seek international surrogacy abroad. Firstly, most people start by searching for it on the Internet. And it's hard to find out how to do it in the UK. They also come across agencies like the UK's Brilliant Beginnings which (they believe) promotes overseas surrogacy. Overseas agencies themselves are well-organized commercial agencies actively recruiting parents from the UK despite the legal landscape and have representatives here in the UK despite the law. These agencies make going overseas look easy. And possibly web based 'support' organisations and forums e.g. Fertility Friends might be influential.

Secondly, most of the new demand for international surrogacy is from gay couples. Clinicians in the UK previously discriminated extensively around lesbian couples and yet now such debates are absent in relation to two gay men raising a child from birth for fear of charges of discrimination. 'Biodads' are even emerging where both gay men are commissioning two surrogates at the same time and two babies are born fairly close together and raised together. »

J1:

« I have the impression that the numbers of people seeking surrogacy abroad is due to their need for security. They are attracted to a foreign jurisdiction that has a clear framework and a legal structure underpinning surrogacy, which means that the child will be handed over at the relevant time. »

J2:

« In some parts of the US and Canada for example surrogacy is very well regulated. The surrogate is wholly supported and given counselling. In South Africa too. To avoid exploitation. And this ensures the surrogate is wholly committed to handing over the baby. This can ensure success. A long-term relationship is good for the welfare of the child as they grow up. This even happens in the case of India, especially where commissioning parents are Asian – they have language and culture in common. »

CJP:

« People go abroad for surrogacy for a number of reasons. Firstly, a number of couple perceive that it is difficult to get surrogates to act in the UK, partly because the 1985 Act bans adverts and also publicity, suggesting you cannot pay someone and so it is unlikely you will be able to find a surrogate to act for you. The reality may not be the same. In Eastern Europe, the US, the Ukraine, (Thailand and India until recently) you can go to and find a surrogate as well as it being cheaper. Secondly, full gestational surrogacy avoids the scrutiny of clinics on the welfare of the child. Some couples may know the birth mother is the mother of the child, and think that won't happen abroad. There is a

failure to understand the law as well as bad advice from UK advisers in whatever capacity increasing the view that you can go abroad. Bad legal advice is talked about by judges. Thirdly, gay couples – because they perceive there is prejudice if they use a UK surrogate re Parental Orders – it drives them abroad. »

En ce qui concerne les pays choisis, en 2012, on estime que les États-Unis, l'Ukraine et l'Inde sont les destinations les plus courantes¹⁴⁶; en 2015, ce sont plutôt les États-Unis, l'Inde, la Thaïlande et le Népal¹⁴⁷.

A1:

« Certain destination countries have a track record. US seen as most open to different types of parent – same sex, single etc. but is an expensive destination. Mexico is replacing Thailand and India as these regions are closed down to some categories of IP. Hardest for same sex couples everywhere.

There is a similar relationship in the US and UK between the surrogate and the commissioning parents versus the Ukraine and Indian system, which is very different.

“International’ surrogacy includes many different scenarios and should not be seen as a homogenous practice.

In the UK the surrogates have more power to dictate – they can ask for more and more money, though this happens rarely.

US seems healthier as more is on the table. Enforceable that there will be payments. But the surrogate could still have a termination, and eat food, drink and live how she likes.»

A2:

« Different countries have different attractions for potential parents: In the US, IPs can have a very hands-on process – have more choice of donor and surrogate, they can have a relationship with donor, relationship with surrogate – Skype, meet, be involved in pregnancy and ante-natal period generally, and share a language. In the case of India, things are very different – there is a language barrier, but also the relationship of the surrogate is with the clinic, not with the parent – and there is often limited contact between parties. In case of Eastern Europe, it’s often somewhere in between these two extremes e/g Ukraine and can be varying degrees of relationship between IPs and surrogates. Some IPs want ongoing contact, others do not. »

¹⁴⁶ M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *Journal of Social Welfare and Family Law*, sept. 2012, vol.34, n°3, pp. 267-277.

¹⁴⁷ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*, p. 24.

A3:

« In India it is quite common to inseminate two surrogates at the same time. India is closed to foreign couples now of course. But previously in India as same sex couples were prohibited, men were using surrogates as single men with two separate women surrogates. The surrogates consented for the two men, so as 'married' men they could get a Parental Order. »

Pour les ressortissants **israéliens** – les principales raisons du recours à la GPA à l'étranger sont le fait de ne pas être éligible dans le cadre du régime interne de la GPA, ce qui est le cas des personnes homosexuelles, ainsi que la lenteur et les coûts associés à celle-ci. Comme l'explique l'un des **CJP** interviewé :

« It takes about half a year for the Committee [responsible for local surrogacy] to finalize all the procedures, and then begins the process. It can take two-three years. There [abroad] it fire-and-forget, just fire-and-forget. »

Elle a mentionné par la suite un cas qu'elle connaissait personnellement d'un « *young, well economically situated, great couple* », ayant eu besoin d'un don d'ovocytes et d'une gestatrice à la fois:

« They would have been approved by the Committee but they did not want to wait. It would have taken time [in Israel] for the ova donation. [...] They did everything abroad. Within half a year there was a pregnancy, run run, within a year there was a child here. »

En ce qui concerne le choix du pays où allait se réaliser la GPA, celui-ci est largement influencé par le régime local de la GPA, et comme ce dernier change constamment, les destinations évoluent aussi.

Comme l'on peut constater dans le tableau ci-dessous, la plupart des conventions de GPA conclues par de ressortissants israéliens a eu lieu en Inde, suivi par les États-Unis et la Géorgie. En 2014, la Thaïlande et le Népal étaient des destinations courantes.

Tableau 2: Israël, Pays de conclusion de conventions de GPA avec des ressortissants israéliens, 2011-2014 (données transmises par le Ministère de l'Intérieur israélien)¹⁴⁸

Country	2011	2012	2013	2014
US	12	26	18	29
India	59	74	72	15
Thailand	0	0	30	66
Nepal	0	0	0	29
Georgia	8	21	38	86
Others	14	7	11	7

¹⁴⁸ V. aussi <http://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2258545>.

Le prix est un autre facteur déterminant, sachant qu'il est calculé en fonction du nombre de tentatives et du nombre de bébés : la GPA interne s'élève à environ 50.000-60.000 \$ pour un bébé¹⁴⁹ ; les États-Unis est le pays le plus cher, avec 125.000-200.000 \$ pour couvrir toutes les dépenses directes et liées à une naissance ; en Inde, cela revient à bien moins cher, avec 60.000 \$ ou moins par bébé (en fonction de l'origine de l'ovocyte)¹⁵⁰. Dans tous ces pays, des sommes supplémentaires peuvent être exigées au cas où plusieurs bébés sont nés de la même gestatrice, ou en ayant eu recours à deux gestatrices. En Inde, par exemple, 15.000 \$ supplémentaires seront facturés pour assurer l'utilisation de deux gestatrices par les mêmes demandeurs¹⁵¹.

Les États-Unis sont le pays le plus sécurisé pour recourir à la GPA, pour ceux qui en ont les moyens financiers. La Californie en particulier est une destination convoitée car les parents intentionnels n'ont aucune condition particulière à remplir concernant leur orientation sexuelle, leur statut conjugal, le fait qu'il n'y ait qu'un seul parent d'intention ou que la législation du pays du parent d'intention interdise la GPA. L'enfant reçoit la nationalité américaine et un passeport américain, ce qui est un avantage considérable en soi, et il est enregistré aux États-Unis comme l'enfant des parents intentionnels. Cela rend le retour en Israël bien plus facile, comparé à d'autres pays, car toutes les démarches auprès des autorités israéliennes peuvent être accomplies une fois que les parents d'intention et l'enfant sont entrés en Israël. En effet, comme c'était le cas en France ¹⁵², plusieurs personnes interviewées ont mentionné qu'au début du phénomène du recours à la GPA, des ressortissants pouvaient avoir amené des enfants conçus par GPA aux États-Unis « sous le radar » des autorités israéliennes. Ce n'est qu'une fois que les autorités ont pris conscience de la possibilité de la GPA qu'elles ont commencé à poser des questions à des citoyens israéliens qui souhaitent obtenir un passeport israélien pour leur enfant né aux États-Unis, afin de prouver par un test ADN que l'enfant était né d'une mère israélienne ou qu'il a été conçu par GPA conformément au droit du lieu de la réalisation de la GPA.

Indépendamment du prix élevé de la réalisation de la GPA aux États-Unis, certaines personnes interviewées ont invoqué la rigidité des clauses intégrées dans les conventions américaines. Les contrats, dont la longueur frappe tous les intervenants, imposent de très nombreuses obligations. La plupart d'entre elles sont des obligations imposées aux gestatrices (ne pas fumer, ne pas avoir de relations sexuelles pendant des périodes déterminées, ne pas avorter si ce n'est à la demande des parents d'intention, etc.) D'autres sont au contraire en leur faveur, notamment l'obligation de vérifier qu'elles ont une bonne couverture d'assurance maladie, ou la leur fournir, ou bénéfiques aux deux parties, telles les obligations de suivi médical. Comme l'a observé l'un des **CJP** :

« In terms of countries, there's the United States, which is for the rich, and there it is much more expensive, probably they care more for the women, I am not sure, but there is some kind of presumption that perhaps in the United States they care more for the women. [...] I, also, think that in the United States they won't allow the baby farms that we hear exists [in the Far East]. »

¹⁴⁹ Données transmises par les avocats spécialisés.

¹⁵⁰ Zvi Triger, « A Different Journey: Experiences of Israeli Surrogacy Parents in India », *Theory and Criticism*, 2015, 44, 177-202 [hébreu].

¹⁵¹ Données transmises par les avocats spécialisés.

¹⁵² V. le témoignage d'un membre du Ministère public, p. 213 et s.

Entre autres, les gestatrices américaines ont le droit de choisir les parents intentionnels. Souvent, il est contractuellement prévu que ces derniers restent en contact avec elles pendant la grossesse et après la naissance, certains contrats prévoyant un temps d'allaitement ; c'est un élément important pour certains parents d'intention comme cela ressort des entretiens. Mais ce n'est pas toujours le cas, certains contrats prévoyant au contraire que l'enfant soit retiré immédiatement, sans même être posé sur le ventre de la gestatrice.

A1:

« In the United States they strongly encourage you [the intended parents] to come for pregnancy ultrasound scans and have Skype conversations at least once a month with the surrogate. This is not suitable for everyone. There are some people who prefer to come over and "CUT" straight to delivery. So, since the begging, India was a major destination for Israelis seeking surrogacy. »

Si l'Inde a été une destination très populaire, c'est en raison de la diversité des modalités proposées, comme le fait de pouvoir transférer plusieurs embryons à la fois et d'avoir recours à plusieurs gestatrices simultanément, tout cela avec des gestatrices quasiment invisibles.

Néanmoins, en juillet 2012, lorsqu'il a été décidé que seuls les couples mariés étaient éligibles à la GPA en Inde, les agences israéliennes ont commencé à chercher d'autres destinations, en ciblant la Thaïlande en particulier. Sous le régime Thaï, la gestatrice est reconnue comme la mère légale de l'enfant conçu par GPA, et plusieurs avocats ont averti les agences de ne pas recourir à la GPA dans ce pays en raison de ce principe qui oblige à avoir recours à une déclaration de renonciation aux droits parentaux de la gestatrice. En effet, cette question, ainsi que les récents débats en Thaïlande sur la légitimité de la GPA en général, et pour les personnes homosexuelles en particulier, ont rendu le parcours de la GPA en Thaïlande bien plus risqué que l'option indienne d'avant 2012. Le Gouvernement israélien, après s'être rendu compte que le Gouvernement Thaï s'oppose à l'ouverture de la GPA aux étrangers, et qu'il pourrait confier l'enfant à la gestatrice, a annoncé qu'à partir de novembre 2014, les citoyens israéliens seront interdits de recourir à la GPA en Thaïlande, et qu'aucune assistance ne sera proposée à ceux qui transgresseraient cette interdiction¹⁵³. Cet avertissement a eu un grand impact, car depuis février 2015 aucun enfant n'est né par GPA en Thaïlande à des parents intentionnels israéliens¹⁵⁴.

La fermeture des portes à la GPA en Inde pour des personnes seules ou homosexuelles, ainsi que pour toute personne en Thaïlande, a fait du Népal une nouvelle destination privilégiée, ce qui peut sembler incompréhensible puisque le Népal interdit à ses citoyennes d'être gestatrices. Il semble qu'en réalité, les agences aient établi les infrastructures nécessaires pour transférer des femmes indiennes qui ne peuvent plus être gestatrices en Inde pour un certain nombre de parents d'intention au Népal, où elles pourraient devenir enceintes et vivre jusqu'à l'accouchement.

¹⁵³ Adi Moreno, « Crossing Borders: Surrogacy between Biopolitics and Necropolitics », 2014 (recherche en cours).

¹⁵⁴ Données fournies par des conseillers juridiques du Gouvernement israélien.

Plus important encore, des décisions récentes de la Cour suprême et du Gouvernement du Népal de suspendre toutes les procédures de GPA ont créé une situation où environ 20 bébés et leurs parents intentionnels israéliens ont été coincés au Népal sans autorisation de quitter ce pays. Le ministère israélien aux Affaires étrangères a déployé des efforts considérables pour obtenir du Gouvernement Népalais l'autorisation de laisser partir en Israël les bébés déjà nés, ainsi que ceux qui avaient été conçus avant août 2015. Cette politique népalaise actuelle est considérée comme la fin de l'accès à la GPA dans ce pays.

Le blocage au Népal a eu pour conséquence que les agences israéliennes ont considéré le Mexique comme une nouvelle option, mais celle-ci a été décrite par les personnes interviewées comme hautement problématique : la corruption, notamment de la part des juges, la violence et le trafic d'enfants, la faiblesse du statut de la femme, l'incertitude juridique et les longues périodes d'attente pour des autorisations bureaucratiques après la naissance de l'enfant ont été mentionnés comme autant de risques majeurs. Cependant, pendant une certaine période, plusieurs agences israéliennes ont présenté le Mexique comme une destination possible¹⁵⁵. Au second semestre 2015, il semblait que le Mexique soit la seule option pour les personnes seules ou homosexuelles israéliennes, à part les États-Unis et le Canada. Une étude sur la situation juridique au Mexique a même été entamée par le Ministre israélien de la Justice, afin de se préparer à la nouvelle situation. Néanmoins, cette destination, d'ailleurs limitée au seul État de Tabasco, a été mise en doute presque immédiatement. Dès la fin 2015 les autorités publiques mexicaines ont annoncé que la GPA serait réservée aux citoyens mexicains d'une part et fermée aux personnes homosexuelles d'autre part¹⁵⁶.

Ces récentes évolutions, qui se caractérisent par une restriction des possibilités, accroissent l'attractivité des États-Unis, limitée par le prix de l'opération. Cela devrait théoriquement inciter les agences à chercher de nouvelles destinations caractérisées par des coûts limités et l'acceptation des personnes seules, homosexuelles et des personnes qui souhaitent un double don de gamètes en sus de la gestation.

Il faut noter que les choix politiques aboutissant à interdire ou limiter l'accès à la GPA passent outre les intérêts économiques importants qu'avaient fait naître ce qu'il est convenu d'appeler le « tourisme procréatif », au risque du développement de marchés noirs à très haut risque pour les parents d'intention au retour dans leur pays.

¹⁵⁵ Par exemple, <http://www.tammuz.com/heb/advantage>

¹⁵⁶ <http://www.pinknews.co.uk/2015/12/21/mexico-surrogacy-ban-for-gay-men-and-foreigners>. Auparavant, les procédures étaient réalisées à la fois dans la ville de Mexico et dans la capitale de Tabasco, Villahermosa, qui disposaient des infrastructures et des laboratoires nécessaires – à condition que les actes de naissance soient publiés dans l'État de Tabasco. La station balnéaire de Cancun avait été ajoutée au réseau de cliniques et d'agences, permettant ainsi au Mexique d'intégrer le réseau international de GPA, ce qui est fini aujourd'hui, Marie-Eugenia Olavarria, Françoise Lestage, « Gestatrices, docteurs et législateurs. Un changement dans le circuit de l'AMP au Mexique (2015-2016) », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

2. Difficultés pour purger les obstacles juridiques au regard de la loi du pays des parents intentionnels

À ce jour, toutes les législations qui ont posé des conditions pour la réalisation de GPA, génèrent son recours à l'étranger car elles imposent des obstacles plus ou moins contraignants à la volonté des parents d'intention. Ces obstacles sont d'ordre purement juridique, ou bien juridique et factuel à la fois. Ce constat doit être pris en compte dans tous les raisonnements qui proposent une réflexion sur la notion de GPA « encadrée » puisqu'il faut comprendre que tout encadrement provoque un déplacement territorial vers des États ayant un cadre plus favorable ou une absence de cadre.

Nous pouvons prendre deux exemples d'obstacles purement juridiques : tout d'abord, la GPA étant interdite en France, les personnes qui veulent s'affranchir de cet interdit n'ont pas d'autre possibilité, sur le territoire national, que de recourir à une pratique de GPA cachée, qui peut prendre deux formes : dans le cadre familial surtout, l'enfant reste légalement l'enfant de la mère porteuse et vit avec la mère d'intention ; dans un cadre extra-familial, il existe des exemples d'accouchement sous X après reconnaissance au ventre par le père d'intention¹⁵⁷ ; autre exemple, le recours des couples homosexuels étant interdit en Israël, cet obstacle juridique est contourné par la délocalisation.

D'autres exemples peuvent illustrer les obstacles à la fois juridiques et factuels : en Grande-Bretagne, l'indemnisation de la gestatrice doit correspondre aux « dépenses raisonnables ». Il n'y a donc qu'un petit nombre de femmes anglaises attirées par l'opération. L'offre étant insuffisante, les demandeurs ont recours aux pays étrangers, qu'il s'agisse des pays à bas coûts ou des pays où la gestatrice est suffisamment payée pour accepter.

Nous allons analyser les difficultés rencontrées, en distinguant entre les difficultés juridiques d'ordre général (2.1.), et les difficultés pratiques d'exécution (2.2.). On verra par la suite, qu'en Grande-Bretagne et en Israël, à de rares exceptions près, les obstacles juridiques et factuels sont presque toujours surmontés au nom de l'intérêt de l'enfant.

2.1. Difficultés juridiques d'ordre général

Les difficultés juridiques peuvent surgir à l'entrée sur le territoire national (2.1.1.), être liées à la nationalité, à la filiation ou à l'état civil (2.1.2.), ou aux conditions posées par le droit national (2.1.3.).

2.1.1. Difficultés juridiques ayant trait à l'entrée sur le territoire national

Partant du principe que la GPA est réalisée selon les normes du pays où elle est autorisée, ou au moins pas interdite, les difficultés juridiques peuvent commencer lorsque les parents intentionnels souhaitent rentrer dans leur pays d'origine avec l'enfant.

Dans les quatre pays (sauf la France dans quelques rares cas et la Belgique dans au moins un cas connu¹⁵⁸), les autorités publiques toléraient l'entrée sur le sol national des enfants ainsi nés. Notons que la question d'entrée sur le territoire ne doit pas être confondue avec celle de l'intégration juridique des effets des conventions de GPA.

¹⁵⁷ Cette possibilité est évoquée, mais aucune recherche sur le nombre de cas d'accouchements sous X avec reconnaissance au ventre de la paternité d'un homme qui prend l'enfant à la naissance n'a été effectuée, à notre connaissance.

¹⁵⁸ Ce cas a été soumis à la CEDH, v. p. 117 et s.

En **Grande-Bretagne**, le droit de l'immigration a intégré des normes spécifiques pour le recours à la GPA à l'étranger¹⁵⁹, distinguant entre trois hypothèses différentes et trois parcours de l'étranger au retour sur le sol national :

- Hypothèse A- le sperme du père intentionnel est utilisé et la gestatrice est célibataire ;
- Hypothèse B --- le sperme du père intentionnel est utilisé et la gestatrice est mariée ;
- Hypothèse C --- l'ovocyte de la mère intentionnelle est utilisé et la gestatrice est célibataire ou mariée.

Chacune de ces hypothèses peut donner naissance à plusieurs parcours.

- Parcours a --- l'hypothèse A est réalisée et le père est un citoyen britannique, en droit de demander un passeport pour son enfant ;
- Parcours b – l'hypothèse A est réalisée mais le père n'est pas citoyen britannique ou il est citoyen britannique par descendance uniquement, en d'autres termes, l'un de ses parents était citoyen britannique, mais lui-même n'est pas né sur le sol britannique ; cela l'empêche de transmettre la nationalité britannique à son enfant.
- Parcours c – l'hypothèse B ou C est réalisée. Cela écarte l'application des *Immigration Rules* et exige que les parents intentionnels obtiennent un *Parental Order* et des preuves de consentement de la gestatrice, et éventuellement de son mari, à l'abandon de droits parentaux.

Parcours a (hypothèse A) : si l'enfant obtient la nationalité britannique automatiquement, il n'aura pas besoin d'une autorisation d'entrée (*Clearance*¹⁶⁰), et présentera son passeport britannique.

Parcours b (hypothèse A) : si le père intentionnel ou l'un des pères intentionnels remplit la condition du « parent » selon les normes d'immigration, l'enfant pourra entrer sur le sol national suivant l'art. 297 des *Immigration Rules*.

Parcours c (hypothèse B ou C) : si l'un des parents intentionnels a un lien génétique avec l'enfant, l'entrée en dehors de ces *Rules* pourrait être admise sur décision discrétionnaire de l'administration, à condition qu'une demande de *Parental Order* soit soumise à un tribunal britannique dans un délai de 6 mois à partir de la naissance (en d'autres termes, les deux conditions sont d'une part l'utilisation des gamètes de l'un des parents intentionnels et d'autre part un *Parental Order*).

Hypothèse A-

Le sperme du père intentionnel est utilisé et la gestatrice n'est pas mariée. Le père intentionnel sera reconnu comme père légal pour le droit de l'immigration et pour la nationalité, s'il est identifié ainsi sur de documents officiels et peut prouver un lien génétique par test ADN, sachant que les autorités se contentent d'une lettre de la clinique où le test a eu lieu, sans véritable contrôle, contrairement à ce qui est pratiqué en Israël. Comme la gestatrice est célibataire (elle n'est pas mariée, divorcée ou veuve), l'enfant peut obtenir automatiquement la nationalité britannique si le père intentionnel est citoyen

¹⁵⁹ *Inter Country Surrogacy and the Immigration Rules*, 1st June 2009; Home Office UK Border Agency Form MN1 on Surrogacy (Application for Registration of a Child Under 18 as a British Citizen) Priority Surrogacy Application (www.gov.uk) (publié 19/6/13; mis à jour 26/6/14).

¹⁶⁰ Le *Clearance* est un visa, un certificat d'entrée ou tout autre document de voyage permettant l'entrée sur le sol britannique.

britannique et en droit de transmettre cette nationalité. Par ailleurs, la gestatrice, considérée par le droit britannique comme la mère légale jusqu'à l'obtention du *Parental order*, doit co-signer avec le père intentionnel la demande de passeport.

Les pères intentionnels --- citoyens britanniques qui sont en droit de transmettre la nationalité à leur enfant --- peuvent enregistrer la naissance au *Foreign and Commonwealth Office* et obtenir un acte de naissance consulaire (*Consular Birth Certificate*). Sur ce document seront mentionnés comme parents légaux le père intentionnel et la gestatrice. Le *Parental order* permettra de dresser un nouvel acte de naissance où, à la place de la gestatrice, seront inscrits comme parents légaux la mère intentionnelle ou le compagnon du père.

Hypothèse B-

Le père intentionnel a un lien génétique avec l'enfant, mais comme la gestatrice est mariée, la présomption de paternité en faveur du mari de la mère est applicable au regard du droit de l'immigration¹⁶¹ et du droit de la nationalité. Que l'enfant ait été conçu par insémination artificielle ou transfert d'embryon, le père intentionnel ne pourra pas être considéré immédiatement comme père légal de l'enfant, sauf s'il est démontré que le mari de la gestatrice n'a pas consenti à ce traitement. Afin de ramener l'enfant en Grande-Bretagne, la gestatrice et son mari doivent renoncer à leur *Parental Responsibility* ; une demande d'autorisation doit être déposée afin que l'enfant puisse entrer sur le territoire en dehors des *Immigration Rules*. Si cette demande est acceptée, l'enfant rentre sur le sol national et une demande de *Parental Order* est déposée dans un délai de 6 mois, les parents intentionnels seront considérés comme les parents légaux de l'enfant. Si le pays fournisseur de GPA ne reconnaît pas la gestatrice comme la mère légale et que, sous le régime britannique, les parents intentionnels ne sont pas reconnus comme parents légaux, l'enfant reste en théoriquement apatride ; en réalité, les tribunaux évitent toujours ce résultat au nom de l'intérêt de l'enfant.

Hypothèse C-

Lorsque la mère intentionnelle a un lien génétique avec l'enfant, et indépendamment du statut matrimonial de la gestatrice, la mère intentionnelle n'est pas reconnue comme la mère légale de l'enfant. Pour ramener l'enfant sur le sol britannique, la gestatrice et son mari si elle est mariée, devront renoncer à leur *Parental Responsibility*, et une demande d'autorisation doit être déposée pour laisser entrer l'enfant en dehors des *Immigration Rules*. Un *Parental Order* pourra reconnaître les parents intentionnels comme parents légaux.

Si les parents intentionnels se trouvent dans l'hypothèse B, C ou A (mais sans possibilité de transmettre la nationalité britannique à l'enfant), ils pourront utiliser soit le parcours b (entrée selon les *Immigration Rules*) ou soit le parcours c (entrée en dehors des *Immigration Rules*) pour faire entrer l'enfant sur le sol national. Ces demandes doivent être faites au poste diplomatique britannique au pays de naissance de l'enfant.

Ce processus d'entrée sur le territoire national a été perçu de la manière suivante lors des entretiens:

¹⁶¹ Selon l'art. 50(9) du *British Nationality Act 1981* le mari de la gestatrice est considéré comme le père légal de l'enfant, indépendamment des conditions de sa conception.

A2:

« This is a matter for the Border agency and UK Passport Office – an immigration law issue, not a family law issue. There is training for those governing entry to deal with these cases which can be complex. There can also be lengthy processes of obtaining a British passport for baby abroad – as we know from some notable cases. IPs and children can be left overseas for long periods while the process runs its course. »

TS1:

« HMPO (Her Majesty's Passport Office) is responsible (and there is a cross governmental working group trying to tighten things up). It is difficult to spot a surrogate baby. An Adoption order can be made overseas (legally or otherwise¹⁶², or a birth certificate (BC) issued overseas – with the surrogate missing and IPs can apply and say we had our baby in another country and we need a passport – and this is issued by the UK).

If it's a surrogate child IPs have to apply for a temporary right of entry – by saying child is born through surrogacy, with evidence from clinic and declare that they are intending to apply for parental order. Do not have to have DNA test – just letter from agency/clinic saying that there is one genetic parent. There is no follow up to that. There is no checking that a PO has been applied for. The UK Border Agency does not inform courts or CAFCASS (Children and Family Court Advisory and Support Service) and so the child can just disappear and there are no records of such permits or requests. »

Le dernier témoignage relate deux « angles morts » du système britannique que nous allons présenter par la suite : d'une part, le fait que la condition de preuve d'un lien génétique peut être considérée comme satisfaite sans devoir se soumettre à un test ADN ; d'autre part, le fait que de nombreux parents intentionnels préfèrent rester « sous le radar » et ne pas demander un *Parental Order* (aucune communication ne paraît exister entre les autorités d'immigration et les services sociaux).

En **Israël**, la gestatrice, identifiée par deux documents officiels, doit se présenter en personne au Consulat israélien à l'étranger et signer une déclaration sous serment attestant qu'elle n'est pas la mère de l'enfant, qu'elle renonce à tout lien ou relation avec lui, et qu'elle consent à son départ en Israël. Ainsi, contrairement à la Grande-Bretagne, où la jurisprudence relate des cas où il est impossible de trouver la gestatrice ou qu'elle n'a pas donné son consentement au *Parental Order*, cela ne peut pas se passer dans le contexte israélien.

Une autre différence avec la Grande Bretagne consiste dans le fait qu'après une prise de conscience, ces dernières années, de l'augmentation des cas de recours à la GPA à l'étranger, on exige des parents intentionnels qu'ils se soumettent à un test ADN pour

¹⁶² TS1 évoque la possibilité d'une falsification du jugement à l'étranger ou tout autre moyen permettant d'occulter la GPA.

prouver que l'un d'entre eux a un lien génétique avec l'enfant (l'autre parent intentionnel doit demander un ordre d'adoption ou un *Parental Order* devant les tribunaux israéliens). Néanmoins, les enfants conçus par GPA aux États-Unis, qui rentrent en Israël avec un passeport américain, sont les seuls à pouvoir faire toutes les démarches après l'entrée en Israël. En d'autres termes, un enfant qui n'a pas de lien génétique avec au moins l'un des parents intentionnels ne pourra pas entrer en Israël (sauf s'il est né aux États-Unis car il dispose à titre personnel d'un passeport américain). Cependant, même dans ces rares cas, une solution a été trouvée, permettant de laisser l'enfant avec les parents intentionnels qui ont engagé une procédure d'adoption. En fait, il est improbable que les relations juridiques entre l'enfant et les parents intentionnels ne soient pas établies pendant longtemps, car ces enfants ont besoin d'être enregistrés officiellement et de recevoir un numéro d'identité afin de pouvoir rester dans le pays et avoir accès aux services de santé et d'éducation.

Les acteurs du secteur privé interviewés, un avocat et un intermédiaire (propriétaire d'une agence organisant des GPA) regrettent les difficultés faites par les autorités publiques israéliennes, comme le fait d'insister sur la présentation de deux documents d'identité par la gestatrice ou le formulaire du consentement au renoncement à ses droits de la gestatrice, qui retardent le retour en Israël et l'établissement de la parenté du second parent intentionnel n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant. Les entretiens ont confirmé que, même si des obstacles sont opposés aux parents intentionnels, il n'y avait pas un seul cas de refus de l'État d'Israël de ramener ces bébés, soit qu'ils aient un lien génétique avec au moins l'un des parents intentionnels, soit que les parents intentionnels sans lien génétique avec l'enfant aient introduit une demande d'adoption.

Même dans des cas compliqués et suspects, le résultat final était de laisser les enfants rentrer et vivre en tant que citoyens israéliens. Dans les cas de réalisation de la GPA en Thaïlande actuellement pendants devant les tribunaux, le droit thaï reconnaît la gestatrice comme mère légale¹⁶³. Cela n'a pourtant pas empêché que les enfants puissent rentrer et recevoir la nationalité israélienne.

Une autre complication est venue de l'exigence de deux documents identifiant la gestatrice: les femmes indiennes déplacées au Népal pour servir de gestatrices malgré l'interdiction indienne, n'ayant au mieux qu'une pièce d'identité, cela a conduit à la fabrication de fausses pièces d'identité.

D'autres circonstances mentionnées par les conseillers juridiques des différents ministères étaient les clauses rigides intégrées dans les conventions, limitant les droits de base des gestatrices ; des cas fréquents de longues conventions rédigées en anglais et signées par des femmes illettrées ; des conventions signées alors que la gestatrice était déjà enceinte ; et des cas où la signature de la gestatrice sur la convention n'était pas identique à celle du formulaire présenté au Consulat israélien. Toutes ces circonstances suspectes n'ont pas empêché la reconnaissance des parents intentionnels, ni conduit à des complications judiciaires ou à des sanctions. Leur seule incidence consistait en un retard causant une inquiétude mais pas de préjudice aux parents intentionnels.

En **France**, en dépit du fait que la GPA n'est pas autorisée, l'entrée en France des enfants ainsi conçus à l'étranger ne semble pas poser de problème insurmontable en dehors, parfois, du coût d'une procédure pour obtenir gain de cause. Selon les accords conclus entre la France et certains pays concernant la libre circulation des personnes, l'obtention

¹⁶³ V. p. 57.

d'un laissez-passer est nécessaire (comme pour l'Inde et l'Ukraine par exemple) ou pas. Cela ne signifie pas que l'obtention de ce document de voyage était toujours automatique, mais, *in fine*, les tribunaux administratifs ont enjoint à l'administration de délivrer un laissez-passer.

A1:

« Je n'ai jamais eu le cas de problème à la frontière française -- un enfant qu'on n'a pas laissé rentrer. Le seul problème dont j'ai été informé par la presse concerne des gens qui étaient coincés en Ukraine mais je pense qu'ils s'y sont très mal pris ; pour mes clients, dans les pays où il est nécessaire d'obtenir un LP, j'ai toujours obtenu un LP. Que ce soit avec ou sans procédure (le tribunal administratif qui a enjoint d'ailleurs à l'administration de délivrer le LP). Ces pays pour lesquels il faut un LP sont des pays qui n'ont pas d'accord avec la France pour la libre circulation des personnes, en général on parle de l'Inde ou de l'Ukraine. Au passage, il y a des comportements très attentatoires à la vie privée et intrusifs de la part des fonctionnaires, couverts par l'administration centrale du ministère des Affaires Étrangères. On retombe donc sur ce combat idéologique qui concerne les choix politiques et les ministres concernés (ici pour le LP le Ministre des Affaires étrangères). »

Cependant, il semble que, dans quelques rares cas, l'obtention d'un laissez-passer n'allait pas de soi, en raison de l'opposition du Gouvernement français. Pour preuve, une affaire remontée jusqu'au Conseil d'État, qui, le 3 août 2016¹⁶⁴, a ordonné au ministre des affaires étrangères de laisser rentrer sur le territoire un enfant né en Arménie, « quand bien même sa naissance résulterait d'une convention de gestation pour autrui » :

En l'espèce, Mme A., ressortissante française, a demandé à l'ambassade de France en Arménie un laissez-passer consulaire pour lui permettre de regagner le territoire français en compagnie d'un enfant, né en Arménie le 24 juin 2016, et dont l'acte de naissance, établi par le service d'état civil arménien, indiquait qu'elle était sa mère, apparemment mère isolée car il n'est fait aucune référence à un père, ni social ni biologique. L'ambassade a refusé de délivrer le laissez-passer consulaire après avoir estimé que cette naissance résultait d'une convention de GPA et que, dès lors, Mme A. ne pouvait être regardée comme mère de l'enfant.

Mme A. a alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris, par la procédure d'urgence dite du référé-liberté¹⁶⁵, pour qu'il ordonne la délivrance d'un document de voyage permettant l'entrée de l'enfant sur le territoire français. Le juge des référés du tribunal administratif de Paris a ordonné la délivrance d'un laissez-passer consulaire par une ordonnance du 26 juillet 2016. Le ministre a fait appel de cette ordonnance devant le Conseil d'État. Le juge des référés du Conseil d'État a d'abord constaté

¹⁶⁴ CE, ordonnance du 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A.*, n° 401924

¹⁶⁵ La procédure du référé liberté, prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, permet au juge d'ordonner, dans un délai de quarante-huit heures, toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une administration aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale. Pour obtenir satisfaction, le requérant doit justifier d'une situation d'urgence qui nécessite que le juge intervienne dans les quarante-huit heures.

l'existence d'une telle situation d'urgence, dès lors que la requérante devait pouvoir revenir en France dans les plus brefs délais pour y exercer sa profession libérale et que son départ d'Arménie y laisserait l'enfant, âgé de six semaines, sans personne d'autre que les services sociaux pour en assumer la charge.

Par ailleurs, les parties s'opposaient sur la nationalité française de l'enfant. Le juge des référés du Conseil d'État a estimé que le litige soulevait une question sérieuse de nationalité qu'il n'appartient pas au juge administratif de trancher. Il a donc infirmé, sur ce point, l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris et a statué sans se prononcer sur la nationalité de l'enfant. « La circonstance que la conception de cet enfant aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

Cette affaire n'est pas la seule à être remontée jusqu'au Conseil d'État : auparavant, le 4 mai 2011¹⁶⁶, la haute juridiction administrative était saisie par un homme reçu au Consulat général de France à Bombay pour une audition relative à sa demande de transcription des actes de naissance indiens et de délivrance de passeports pour ses jumelles. Suite à une audition, le consul général a décidé de surseoir à la délivrance des actes et de saisir le Procureur de la République en raison d'une suspicion de convention de GPA. Le Procureur s'étant opposé à cette transcription, le père des jumelles a saisi le juge des référés d'une demande de délivrance d'un document de voyage, nécessaire pour rentrer sur le territoire national, demande qui a été accordée. Le ministère des affaires étrangères s'est opposé à cette ordonnance du juge des référés, et a introduit une action en annulation de celle-ci¹⁶⁷. Le Conseil d'État a rejeté cette demande, confirmant la position du juge des référés. Il a fondé sa décision sur le lien génétique existant entre le père légal et les enfants, sur le fait que la gestatrice indienne n'était pas en mesure d'assumer socialement une quelconque responsabilité dans la prise en charge des enfants et qu'elle avait volontairement confié au père biologique les jumelles pour qu'elles soient élevées en France par leur père. L'administration devait donc prendre en compte le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, il ne s'agissait que d'un document de voyage, mesure provisoire prise par le juge des référés en urgence. Cela n'empiète pas sur la compétence de l'autorité judiciaire, seule compétente pour l'octroi de la nationalité ou la transcription des actes de naissance¹⁶⁸. Ainsi, « la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer

¹⁶⁶ CE, 4 mai 2011, n° 348778 (*JCP Gén.* juin 2012, 25, pp. 1233-1239 (Byk) ; *Rec. Dalloz*, juin 2012, 22, pp. 1432-1439 (Granet-Lambrechts) ; *Gaz. Pal.* mars 2012, 83-84, pp. 29-33 (Gouttenoire) ; *Rec. Dalloz*, fév. 2012, 5, pp. 308-322 (Galloux, Gaumont-Prat) ; *Rev. jur. pers. fam.*, nov. 2011, 11, pp. 26-28 (Corpart)).

¹⁶⁷ Les motifs du ministère des affaires étrangères étaient les suivants : le droit des enfants à mener une vie familiale pourrait être respecté aussi bien par une vie commune en Inde, auprès de leur mère ; la contrariété de l'ordre public international français avec la pratique de la GPA ; le principe de dignité de la personne, et la violation de l'intérêt de l'enfant par cette pratique.

Les motifs du père étaient que les art. 16-7 et 16-9 du Code civil ne pouvaient pas faire échec à une filiation réelle et aux droits d'un enfant naturel, notamment de bénéficier d'une condition de nationalité et du droit d'aller et venir ; que le ministère des affaires étrangères a commis un excès de pouvoir en substituant son appréciation à la sienne en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant ; et que même s'il s'agissait d'une GPA, la position de l'administration ne respectait pas le principe constitutionnel d'égalité.

¹⁶⁸ Cette condition étant requise par l'art. 521-2 du Code de la justice administrative.

établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les dispositions de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ». En d'autres termes, les critères appliqués par les juridictions administratives sur certaines étapes du processus peuvent être différents de ceux appliqués par les juridictions judiciaires sur d'autres points.

Le résultat, *in fine*, est que l'entrée des enfants nés suite à des conventions de GPA étrangères sur le sol français a été tolérée par les autorités administratives¹⁶⁹ sous la forme d'un laissez-passer¹⁷⁰, ce qui ne leur donne pas la nationalité française. Cependant, cette solution n'est pas automatique, et, dans des cas où il existeraient des incertitudes quant à l'identité et à la volonté exactes de la gestatrice, le Conseil d'État peut confirmer le refus de donner un document de voyage, et écarter le critère de l'intérêt de l'enfant.

La simple existence de cette jurisprudence administrative, pourtant censée être établie, témoigne d'une opposition entre le Gouvernement français qui essaie de résister à la normalisation juridique du recours à la GPA à l'étranger initiée par les condamnations de la CEDH, et les juridictions administratives, dont le Conseil d'État, qui ont intégré dans leur jurisprudence les effets juridiques de cette pratique.

2.1.2. Difficultés juridiques ayant trait à la nationalité, à la filiation, à l'état civil

Une fois de retour au pays d'origine des parents intentionnels, des difficultés juridiques peuvent surgir. Celles-ci sont de divers ordres : elles peuvent être liées à l'obtention de la nationalité des parents intentionnels, à l'établissement du lien de filiation avec ces derniers en droit interne (indépendamment de l'établissement d'un tel lien dans le pays de naissance), et à l'obtention de documents d'état civil.

En **Grande-Bretagne**, en l'absence de registre d'état civil, l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger est plus facile que dans d'autres pays. En effet, la reconnaissance de la parenté légale s'incarne dans le *Birth Certificate*. Sous le régime interne de la GPA, cet acte de naissance mentionne la gestatrice comme mère légale, et son mari (si elle est mariée) comme père légal. Si la gestatrice est célibataire, le nom du père intentionnel ou de la partenaire de la mère intentionnelle peut y figurer, à condition de se présenter en personne devant les autorités, avec la gestatrice. Dans ce cas, il est parfois possible de donner à la mère intentionnelle (ou au partenaire du père intentionnel n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant) une forme limitée de reconnaissance juridique, à savoir la *Parental Responsibility*¹⁷¹, par le fait de signer un document judiciaire une fois la naissance

¹⁶⁹ Solution également retenue par le Tribunal adm. de Paris, le 15 nov. 2011 (1120046/9-1).

¹⁷⁰ Prévus par le décret du 30 sept. 2004 *relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de titres de voyage*.

¹⁷¹ Le droit britannique distingue entre, d'une part, la parenté (qui ne peut être attribuée à plus de deux personnes) et d'autre part, la *Parental Responsibility* (qui peut être exercée par plus de deux personnes). Un père légal peut ne pas avoir la *Parental Responsibility* ; une personne peut avoir la *Parental Responsibility* d'un enfant sans pour autant être son parent. « '*Parental responsibility*' means all the rights, duties, powers responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property » (§3, al. 1, *Children Act* 1989). De manière générale, la *Parental Responsibility* consiste dans le droit de prendre des décisions concernant l'enfant : son éducation, le choix de sa religion, le droit de consentir à un traitement médical, de choisir le prénom etc. (J. Herring, *Family Law*, Pearson Longman, 3rd ed., 2011, p. 822; J. Eeklaar,

enregistrée, ce qui donne plus de sécurité avant l'obtention d'un *Parental Order*. Après l'obtention définitive d'un *Parental Order*, un nouvel acte de naissance est dressé, reconnaissant les parents intentionnels comme parents légaux.

En ce qui concerne les enfants nés par GPA à l'étranger, l'acte de naissance est établi dans le pays de naissance, et les parents intentionnels peuvent demander un *Parental Order* dans les mêmes conditions qu'en droit interne : en principe, une fois de retour sur le sol national, les parents intentionnels doivent demander un *Parental Order* dans un délai entre 6 semaines et 6 mois à partir de la naissance. Cependant, certains parents intentionnels ne procèdent pas à cette démarche et restent « sous le radar ». Certains d'entre eux en parlent publiquement, comme des hommes seuls qui n'étaient pas éligibles à obtenir un *Parental Order* (avant un revirement de jurisprudence de 2016, seuls les couples l'étaient)¹⁷². En effet, les parents intentionnels qui ne s'enregistrent pas se contentent des actes de naissance délivrés par les pays fournisseurs de GPA ; dans ce cas, les choses peuvent se compliquer en cas de séparation des parents d'intention pour celui qui n'est pas lié génétiquement à l'enfant.

J1:

« Not all parents seek Parental Orders. Not sure why. It's impossible to say if that's a result of bad advice. Don't know whether it's due to cost. Schools have no need to see P.O. There is no need for a P.O to get a passport – you can just renew the original one. The problem can occur if the parents separate, or where there is an issue of inheritance – here you would need a Parental Order ».

En effet, comme on le verra plus tard, le fait que de nombreux parents intentionnels choisissent de renoncer à l'établissement légal du lien de parenté avec l'enfant est très problématique.

En **Israël**, le seul établissement d'un lien de filiation qui a rencontré des difficultés a concerné les GPA réalisées en Thaïlande, dont le droit reconnaît la gestatrice comme mère légale. En dépit du fait que la paternité du père génétique peut être établie, ce qui confère aux enfants un droit à la nationalité israélienne, à ce jour, l'établissement de la parenté du second parent intentionnel n'est toujours pas admis tant que le lien de filiation entre la gestatrice et l'enfant n'a pas été rompu. Les tribunaux israéliens n'établiront la parenté légale du second parent intentionnel (mère intentionnelle avec ou sans lien génétique avec l'enfant ou partenaire du père) qu'après rupture de ce lien juridique par une procédure d'adoption. Toutefois, plusieurs dizaines de cas sont actuellement pendants devant les tribunaux israéliens, générant de l'incertitude.

En **France**, l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger passe par plusieurs étapes matérialisées par une série de documents, dont les fonctions et le caractère obligatoire sont diversifiés. Ces démarches ne doivent pas être confondues, car elles relèvent de divers champs de compétences, judiciaires ou administratives, et, par voie de conséquence, de diverses juridictions en cas de conflit:

« Parental Responsibility : State of Nature or Nature of the State ? », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1991, 13, 37).

¹⁷² V. p. 240 et s.

- Acte de naissance : délivré soit par le pays de naissance soit par les autorités consulaires du pays des parents intentionnels, en application du droit du pays de naissance ; sa transcription peut être demandée au Service central d'état civil (SCEC) qui est à Nantes, compétent pour les événements survenus à l'étranger et concernant l'état civil français (c'est la raison pour laquelle les arrêts d'appel en matière de transcription émanent de la Cour d'appel de Rennes). Si la demande de transcription est acceptée, un livret de famille mentionnant les enfants comme ceux des parents intentionnels pourra être délivré.
- Certificat de nationalité française (CNF) : obligatoirement délivré au Pôle de la nationalité ou par les tribunaux d'instance (ordre judiciaire) dès l'instant que le père intentionnel est français¹⁷³.
- Passeports et cartes nationales d'identité – délivrés par les préfectures de police (ordre administratif).

Le certificat d'accouchement:

C'est un certificat factuel rédigé par l'hôpital où a eu lieu l'accouchement et il désigne toujours la gestatrice comme ayant accouché. Ce n'est pas un acte d'état civil mais c'est à partir de ce certificat que va être rédigé l'acte de naissance qui, en tant qu'acte juridique, peut être conforme à l'acte d'accouchement --- ou pas --- dans les États qui reconnaissent la légalité de la GPA ou dans les États qui reconnaissent l'accouchement sous X. C'est la discordance entre le certificat d'accouchement et l'acte de naissance qui crée des difficultés juridiques.

L'acte de naissance et ses effets:

L'acte de naissance est la pièce maîtresse de l'état civil d'une personne.

Certains États obligent à passer par leurs propres services, que l'on soit un national ou un étranger. C'est le cas des États-Unis. L'acte de naissance, en général compatible avec le certificat d'accouchement, peut ne pas l'être : cas de l'accouchement sous X ; cas de la désignation des parents d'intention en omettant la gestatrice. Dans ce deuxième cas, la mention des parents d'intention peut être faite directement par les officiers d'état civil ou dépendre d'un jugement (*pre-birth* ou *post-birth orders*): le nouvel acte de naissance indique les parents intentionnels comme parents légaux ; lorsque ces derniers demanderont un passeport, par exemple, ils n'auront pas à présenter le *pre-birth* ou *post-birth order*, mais uniquement l'acte de naissance. C'est l'acte de naissance qui établit les droits et devoirs entre l'enfant et les parents. Il n'indique pas le recours à la GPA.

De manière générale, les deux parents désignés par l'acte de naissance peuvent être, selon ce qui est légal dans le pays de naissance, un couple hétérosexuel, un couple d'hommes ou un couple de femmes. Dans la configuration GPA, il s'agit principalement de couples hétérosexuels (les deux parents intentionnels seront mentionnés dans l'acte de naissance), des couples d'hommes, et des cas où le père génétique sera mentionné avec la gestatrice (une demande d'adoption de son conjoint pouvant intervenir plus tard).

En principe, l'acte de naissance, nécessaire pour l'inscription à la Sécurité sociale et pour toutes les démarches administratives de la vie quotidienne, est opposable en France dès lors qu'il est apostillé et traduit. L'apostille, nom donné à la certification des documents émanant d'une autorité reconnue, fait foi, mais uniquement sur les aspects formels du

¹⁷³ V. la circulaire Taubira du 25 janvier 2013 ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État (2014), p. 17 et s.

document (qui l'a rédigé ? dans quelles circonstances ?). Elle ne donne aucune garantie sur la réalité du contenu de l'acte. Lorsque des éléments de fait, en particulier la différence entre le certificat d'accouchement et l'acte de naissance, font peser une suspicion sur la véracité du contenu du document apostillé, l'apostille ne suffit plus à considérer l'acte de naissance comme probant, conformément à l'article 47 du code civil, ce qui explique les diverses difficultés auxquelles des parents ont pu se heurter.

Avant les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, les personnes interrogées n'étaient pas d'accord sur les effets en France de l'acte de naissance. Les magistrats (de fond et de la Cour de cassation), ne considéraient le débat sur l'apostille que comme un élément entraînant la suspicion, qui entraînait que ces actes n'aient pas d'effets en France en raison de leur atteinte à l'ordre public international, ainsi que la fraude à la loi. Le Ministère public et les avocats représentant les parents intentionnels, pourtant, radicalement opposés entre eux sur la question de la GPA, s'appuyaient sur la régularité formelle pour considérer que ces actes produisent des effets en France (en d'autres termes, ces actes sont opposables aux autorités publiques françaises). En tout état de cause, les arrêts de la CEDH obligent à tenir compte et tirer les conséquences de la paternité du père biologique, sans avoir pour l'instant en tout cas, pris parti sur les obligations des États en termes d'établissement du lien de filiation avec le parent non biologique¹⁷⁴.

La question de la transcription:

La transcription peut être demandée auprès du Service central d'état civil (SCEC) qui est à Nantes, compétent pour les événements survenus à l'étranger et concernant l'état civil.

La transcription est facultative¹⁷⁵ et ne produit pas de droits en soi¹⁷⁶. Mais elle est un outil juridique commode car, dans les actes de la vie courante, il sera possible de présenter une transcription française et non un acte de naissance de Kiev ou de Bombay. Lorsque l'acte étranger désigne comme parents le père biologique et la gestatrice, la transcription est conforme à l'article 47 du Code civil selon lequel l'acte d'état civil des Français nés à l'étranger fait foi.

Mais cet article comporte des conditions, selon lesquelles l'acte ne fait pas foi si « d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Les termes sont clairs : les actes d'état civil établis à l'étranger qui font apparaître comme parents de l'enfant né par GPA le père biologique et la gestatrice sont incontestablement conformes à « la réalité ». En revanche, lorsque des indices laissent penser que l'acte n'est

¹⁷⁴ Sur d'autres interprétations, v. p. 115 et s.

¹⁷⁵ Selon l'art. 509 de l'Instruction générale relative à l'état civil, « En l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français ; en effet, en application de l'article 47 du code civil, la copie d'un acte de l'état civil étranger, traduite, et légalisée (voir nos 586-1 et s.) fait foi en France au même titre qu'une copie d'acte délivrée par une autorité française. C'est pourquoi, la transcription est le plus souvent facultative et effectuée à la requête du ou des ressortissant(s) français ».

¹⁷⁶ V. la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 2006, n°2006-542 DC, Rec. P.112, cons.12, à propos de la question de la transcription d'un acte de mariage: « Considérantque, la transcription ayant pour seul objet et pour seul effet l'opposabilité du mariage aux tiers dans l'ordre juridique français, son absence ne prive le mariage d'aucun de ses effets civils entre les époux eux-mêmes, ni entre ceux-ci et leurs enfants ».

pas conforme à la réalité, par exemple lorsque les parents d'intention sont deux hommes, alors l'acte ne fait pas foi.

En l'état actuel du droit français (l'article 47 du Code civil et les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 concernant des actes mentionnant le père génétique et la gestatrice) et du droit européen qui ne fait référence qu'à cette situation, la transcription des actes conformes à la réalité est de droit. En revanche, la transcription des actes mentionnant les deux parents d'intention paraît contraire à l'article 47, sauf à considérer qu'une interprétation extensive de cet article permettrait de considérer que la « réalité » dont il est question n'a rien à voir avec la réalité biologique et relève de l'autonomie de la volonté du parent non biologique.

Le refus de transcription, aujourd'hui limité aux actes étrangers inscrivant directement les parents intentionnels comme parents légaux, est considéré par les uns comme une posture idéologique ; la transcription revêt alors une valeur symbolique. Pour les couples recourant à la GPA, elle est un moyen de s'inscrire dans une configuration familiale normalisée. Pour les autres, il y a là une volonté de faire plier l'ordre juridique français et donc d'inciter le pouvoir politique à entériner les faits accomplis ; le refus de transcription de l'état-civil non probant serait alors la dernière emprise du droit français sur les GPA réalisées à l'étranger, ainsi qu'un élément du droit de l'enfant de connaître son histoire et son origine, éléments des droits fondamentaux reconnus au moins en partie par la CEDH.

La nationalité:

Le certificat de nationalité française (CNF) est le seul document qui prouve la nationalité française de manière absolue. Les passeports et les cartes d'identité sont une « incarnation » de la nationalité dans une pièce d'identité (en d'autres termes, à partir du moment où un enfant a un CNF, il a droit à un passeport et à une carte d'identité).

Le CNF peut être délivré au Pôle de la nationalité ou par les tribunaux d'instance, car il s'agit du domaine judiciaire et pas administratif. Avant la circulaire Taubira¹⁷⁷, les pratiques variaient d'un Tribunal d'instance à l'autre. Du fait de ces contradictions jurisprudentielles, la Garde des Sceaux a émis cette circulaire. Celle-ci a fait l'objet de plusieurs requêtes en annulation devant le Conseil d'État, notamment de la part de l'association « Juristes pour l'enfance ». Depuis l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014¹⁷⁸, le CNF est délivré à tous les enfants nés d'un parent français, quelles qu'aient été les conditions de leur naissance.

Les pratiques des autorités administratives dans la délivrance des passeports et cartes d'identité:

Les passeports et les cartes d'identité peuvent être demandés à la Préfecture de police et sont obtenus sur présentation du CNF.

Il semble qu'avant l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, tous les couples, hétérosexuels et homosexuels, obtenaient les passeports et les cartes d'identité pour les enfants sans que cela ne pose de problème particulier.

L'arrêt de 2013 retenant la fraude à la loi¹⁷⁹ a incité les autorités administratives à considérer l'ensemble du processus et tout ce qui en découle comme frauduleux, les

¹⁷⁷ Circulaire du 25 janvier 2013, JUSC 1301528C, CIV/02/13, v. p.17.

¹⁷⁸ CE, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, n° 367324, v. p.20.

¹⁷⁹ Cass. Civ.1ère, 13 sept. 2013, n° 12-30.138, v. p.18.

conséquences exactes étant difficiles à déterminer. Ainsi, l'ensemble du processus a été considéré comme nul, l'acte de naissance, toute filiation, y compris vis-à-vis du père génétique, ce qui entraînait par voie de conséquence la nullité du CNF et le rejet des demandes de passeports et de cartes d'identité. Certaines autorités administratives ont cherché des demi-mesures, comme la nécessité de transcription de l'acte de naissance pour obtenir un passeport, ce qui est juridiquement incohérent (différence entre les démarches judiciaires et les démarches administratives). Une jurisprudence constante émanant du tribunal administratif de Paris condamne les préfetures de police pour leur refus d'accorder des passeports au motif de suspicion de recours à la GPA¹⁸⁰. La parenthèse de la fraude à la loi, qui rendait la situation inextricable, a été levée en 2015.

Face à l'impossibilité totale (avant les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015) ou partielle- uniquement pour ce qui concerne le lien de filiation paternelle (après ces arrêts), d'autres possibilités (non officielles) furent évoquées dans nos entretiens pour voir comment établir un lien de filiation entre les enfants et les parents intentionnels :

a. Engager une procédure d'adoption auprès des juridictions françaises. Cette voie, bien qu'elle ne soit pas autorisée¹⁸¹, n'a cependant pas été exclue par plusieurs de nos interlocuteurs. En soi, l'acte de naissance étranger établissant la filiation, les parents intentionnels n'ont pas besoin de demander l'adoption ou l'autorité parentale ; ils sont légalement les parents de l'enfant conçu par GPA à l'étranger, mais si ce lien de filiation est établi par le droit étranger, il ne l'est pas par le droit français pour le parent non biologique. C'est la raison pour laquelle une procédure d'adoption apparaît aux parents d'intention comme une solution.

En effet, l'adoption de l'enfant du conjoint est possible car le mode de conception de l'enfant n'est pas une condition à examiner. Si le Ministère public ne s'y oppose pas et que les conditions légales sont remplies, le juge ne va pas forcément suggérer l'existence d'une GPA. Ces demandes d'adoption de l'enfant du conjoint peuvent être déposées par des couples hétérosexuels et homosexuels mariés (depuis la loi du 17 mai 2013). Pour les hommes, on peut adopter par adoption simple les enfants du conjoint quand il ne s'agit pas de GPA.

En ce qui concerne les femmes, la possibilité de demandes d'adoption de l'enfant du conjoint impliquant le camouflage d'une GPA est évoquée par certains intervenants¹⁸². Les demandes d'adoption étant déposées en fonction du domicile des adoptants, elles ne passent pas par le service d'état civil à Nantes, et la décision dépendra de juges de domiciles très divers, certains pouvant être tentés de fermer les yeux. La Cour de cassation n'a jamais été saisie pour de telles demandes d'adoption camouflant une GPA.

À notre question concernant l'existence de décisions de justice acceptant des demandes d'adoption dans des dossiers de GPA dissimulées, J1 (juge en cassation) a répondu que cette hypothèse était possible, de même qu'un juge du fond :

¹⁸⁰ Tribunal adm. Paris, 31 décembre 2014, n°1429130/9-1 ; 22 avril 2015; 1^{er} avril 2016, n°1502403/6-1-1502405/6-1 ; 19 avril 2016, n°1604232/9-1 ; 19 avril 2016, n°1604226/9-1.

¹⁸¹ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105. Cette possibilité était considérée comme un détournement de l'institution de l'adoption.

¹⁸² V. l'exemple du récit d'une liaison du mari pendant un séjour à l'étranger, p. 215.

J3:

« En matière d'adoption, il y a beaucoup de dossiers qui passent sans audience (tous les dossiers qui ne présentent pas de difficulté), dès lors que les conditions légales sont réunies. En l'état actuel de la jurisprudence il est clair que le moindre doute sur une GPA éventuelle nous obligera à convoquer les personnes concernées. Dès qu'on a une question sur un élément de droit ou de fait ou l'intérêt de l'enfant, on procède ainsi, indépendamment des éléments que le parquet nous a fournis, on aura alors un débat avec les gens....

Lorsqu'il s'agit des couples d'hommes, on ne convoque pas automatiquement. À Paris il y a beaucoup d'hommes qui se sont mariés depuis la loi et qui ont adopté des enfants auparavant, alors qu'ils étaient célibataires, puis l'époux demande l'adoption. Il n'y a pas de difficulté... mais effectivement, si ces enfants sont nés en Inde ou en Ukraine, et qu'il n'y a un seul parent, on va les convoquer. Mais si on n'a pas la preuve de la GPA, il n'y aura aucune conséquence, on ne pourra rien faire.

Tant qu'on n'a pas la preuve d'une GPA, on ne peut rien faire. On a eu un dossier en filiation, où manifestement c'était un couple hétéro qui est allé chercher un enfant au Cambodge dans des conditions pas claires du tout, peut-être qu'il s'agissait d'une GPA, peut-être d'un vol... ».

Parmi les magistrats des différents tribunaux de grande instance (TGI), certains seraient plus favorables que d'autres à la GPA et il se peut qu'un juge « ferme les yeux » sur une demande d'adoption dans un contexte de GPA, comme le souligne J3 (juge de fond) : « Cela pourrait se produire, tout à fait. ».

L'affirmation est malgré tout relativement étonnante, que ce soit en raison des traces laissées par de nombreuses conventions de GPA, que ce soit en raison des procédures très strictes en matière d'adoption internationale, qui visent précisément à s'opposer aux trafics d'enfants. De telles situations ne devraient, en principe, pas être laissées en l'état par le juge, car elles suggèrent une fraude à la loi sur l'adoption.

Du côté des avocats :

A1:

« En droit, l'adoption de l'enfant du conjoint, c'est possible car le mode de conception de l'enfant n'est pas une condition à examiner pour prononcer l'adoption de l'enfant du conjoint...

La jurisprudence de la Cour de cassation est obsolète. Par ailleurs je sais qu'il y a des décisions qui ont été rendues et qui sont positives pour l'enfant du conjoint, indépendamment du mode de conception. Il y a des décisions dans ce sens, que la GPA ait été dite ou pas, envisagée ou pas. La règle de droit est simple pour adopter l'enfant du conjoint : vous êtes mariés, le parent légal a consenti à l'adoption de son enfant, l'enfant n'a de lien de filiation qu'à l'égard d'un seul parent, c'est l'intérêt de l'enfant de prononcer l'adoption....

Cela vaut pour tous les couples hétéros, homos. La loi du 17 mai 2013 a ouvert les mêmes droits et les mêmes devoirs aux homos que ceux qui existaient pour les couples hétérosexuels. Pour les demandes d'adoption de l'enfant du conjoint, les couples n'osent pas le faire, ils ont peur (mais c'est une peur fantasmatique), et c'est la raison pour laquelle il n'y a pas beaucoup de décisions d'adoption de l'enfant du conjoint pour des couples ayant eu recours à la GPA, outre le fait que nombre d'entre eux ont des actes de naissance étrangers où les deux parents sont désignés... ».

Du côté du Ministère public, l'hypothèse des demandes d'adoption qui avaient été admises dans des affaires de GPA n'était pas exclue non plus :

CJP1:

« Il n'y a pas de circulaire, il n'y a pas de décret qui donne des pouvoirs particuliers au parquet pour investiguer sur l'origine de l'enfant, sur son mode de conception. Si l'adoptant refuse de nous répondre, on ne peut rien faire, et aucune enquête ne sera effectuée. On doit alors s'en tenir au seul respect des conditions légales de l'adoption.

Des demandes d'adoption qui camouflent le recours à une GPA peuvent parfois passer. Par exemple, un poste étranger nous dit : voilà un homme, marié par ailleurs, qui produit un acte de naissance. Cet homme a eu une rencontre adultérine fortuite à l'étranger pendant un séjour professionnel. Cet État n'est pas connu pour son autorisation de la GPA. La transcription de l'acte est sursise car il y a beaucoup de questionnements. C'est peut-être une fraude à l'adoption. Cela est suivi par une enquête par le parquet de son domicile, où on entend son épouse aussi. Ils ont un discours qui se tient. Le couple vit en France mais l'enfant est né à l'étranger. C'est devant le Consulat français à l'étranger que cet homme a présenté sa reconnaissance de cet enfant et a demandé la transcription ; la mère biologique a renoncé à ses droits. On a découvert aussi que ce couple a demandé un agrément, on sait qu'ils veulent un enfant. Comme par hasard, ils n'ont pas attendu l'agrément, et le mari a eu une relation avec une autre femme qui est de la même nationalité que sa propre épouse, ce qui laisse penser qu'il y a eu des contacts, dans ce pays qui semble tolérer la GPA. Cela laisse penser qu'il y avait des arrangements privés. Mais en l'absence de preuves, la transcription est ordonnée. Devant un tribunal, ce dossier ne peut pas tenir.

Par ailleurs, le cas inverse existe aussi : un couple qui a adopté un enfant aux États-Unis sans avoir eu recours à la GPA, mais on les soupçonne de GPA : on a suspendu les adoptions avec ce pays pendant quelques mois, car aux États-Unis il s'agit d'agences privées d'adoption, vers lesquelles se tournent des mères qui envisagent d'abandonner leur enfant, mais il n'y a pas d'accouchement

anonyme. Des couples en désir d'enfants s'adressent ensuite à ces agences qui vivent de ce commerce. Il y a beaucoup de couples français qui partaient aux États-Unis, adopter via ces agences privées, et on s'est rendu compte qu'il y avait de versements de fortes sommes d'argent. On a découvert que les mères abandonnaient les enfants le jour même de leur naissance, sans faculté de rétractation. Tout cela constituait des clignotants pour un pays qui a pourtant signé la Convention de la Haye. On a signalé cela à la chancellerie qui s'est rapprochée des affaires étrangères et spécialement de la Mission pour l'Adoption internationale, qui a eu des contacts avec les administrations centrales américaines, et pendant cette phase d'étude on a suspendu les procédures de transcription à Nantes. On a découvert que certains juges américains ne respectaient pas la Convention de la Haye. »

b. Demander la transcription des jugements étrangers d'adoption. En d'autres termes, dans les cas où un jugement étranger d'adoption (généralement Belgique et des États-Unis) a été émis, celui-ci pourrait être transcrit en France, pour des couples hétérosexuels et pour des couples homosexuels mariés. Bien entendu, le recours à la GPA ne doit pas être soupçonné. Cette possibilité semble très rare.

c. Utiliser la voie, prévue en droit français (mais pas en droit belge, britannique ou israélien) de l'accouchement sous X : il semble que cette possibilité soit envisageable si l'enfant est né en France, car le Ministère public n'a pas d'enquête à faire pour les accouchements sous X ; il peut simplement être contacté par celui qui prétend être le père, et le parquet va alors faire une enquête. Le parquet passe par le Conseil général (en fait l'Aide sociale à l'enfance --- ASE) pour savoir s'il a éventuellement accueilli un enfant qui serait bien né à une certaine période à un certain endroit. Si c'est le cas, la reconnaissance paternelle sera inscrite sur l'acte de naissance pour ne pas faire échec à la filiation paternelle.

Cette voie d'accouchement sous x, prévue pour des naissances se produisant en France, ne peut pas être utilisée pour camoufler un recours à la GPA débouchant sur une naissance à l'étranger ; en tout état de cause, aucune des personnes interviewées n'a évoqué une connaissance d'une telle démarche.

Cela nous ramène à la particularité des conditions posées par les différents dispositifs juridiques instaurés dans les pays étudiés.

2.1.3. Difficultés juridiques ayant trait aux disparités entre les conditions posées par le droit interne autorisant la GPA et le droit du pays où elle a été réalisée

Par difficultés juridiques ayant trait aux conditions posées par le droit national, nous entendons tout décalage entre les conditions posées par le droit national des parents d'intention et celles du pays où la GPA a été réalisée. Cette sorte de difficultés existe uniquement en Israël et en Grande-Bretagne, où la pratique de la GPA a été autorisée et encadrée¹⁸³.

¹⁸³ La France et la Belgique sont exclues, la première du fait de l'interdiction et donc du manque d'encadrement de la GPA sur le territoire national, la seconde également en raison du manque d'encadrement, même si la GPA est réputée non interdite

En **France**, il ne peut y avoir de contradiction entre deux régimes juridiques de GPA, ce qui impliquerait que certaines modalités de réalisation soient légales.

Certaines personnes interrogées ont évoqué des difficultés qui pourraient être liées à diverses situations particulières à certains parents d'intention. La première concerne le critère de résidence des parents d'intention, car, à notre connaissance, il n'y a pas de jurisprudence sur le critère de résidence des parents intentionnels (par exemple le cas d'un couple français qui vit aux États-Unis depuis des années et qui a recours à une GPA). La seconde concerne le cas de personnes étrangères qui ont eu recours à la GPA et sont devenues françaises par la suite. Il semble que la notion d'ordre public atténué puisse être invoquée, mais ce n'est pas certain.

Selon l'interprétation de l'article 3, al. 3 du Code civil ¹⁸⁴ par une personne interrogée travaillant au Ministère public (cette position avait été exprimée avant les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015), des couples français qui vivent aux États-Unis et au Canada, et sont résidents d'un pays étranger, ne devraient pas obtenir la transcription de l'acte d'état civil de l'enfant si des indices sérieux ont pu être réunis évoquant une GPA ou si le couple, eu égard à leur âge par exemple, est suspecté d'avoir eu recours à la GPA. En d'autres termes, l'interdiction de la GPA serait liée à la nationalité française qui détermine la loi applicable, dès lors que l'ensemble des acteurs sont français (parents et enfants) : la loi française est applicable à tout français, quel que soit son lieu de résidence et le lieu de création de l'acte juridique. C'est une nouvelle façon de ramener la question de l'existence d'un « ordre public international des Français ».

En **Israël**, le *Parental Order* dans le cadre d'un recours à l'étranger à la GPA sera obtenu dès lors que les parents respectent la procédure, quoique la GPA réalisée à l'étranger ne respecte pas la loi israélienne (par exemple le fait qu'il s'agisse d'un couple d'hommes alors qu'ils ne peuvent pas faire appel à une gestatrice en Israël). Ce constat est vrai, à l'exception d'une condition qui semble *sine qua non* : un lien génétique entre l'enfant ainsi conçu et l'un des parents intentionnels. Dans une affaire où un couple d'hommes a eu recours à la GPA aux États Unis, puis a obtenu un acte de naissance et un jugement établissant la parenté des deux hommes, les juges de la Cour suprême ont déclaré que ces documents ne suffisaient pas pour les enregistrer comme parents légaux en Israël en l'absence d'un test génétique établissant un lien de parenté entre l'enfant et l'un d'entre eux¹⁸⁵. En d'autres termes, le recours à la GPA sans que soit établie cette relation génétique est probablement la seule pratique qui n'est pas juridiquement admise lorsqu'elle est réalisée par des citoyens israéliens, que ce soit sur le sol national ou à l'étranger. Selon la loi interne, le père intentionnel doit être le père génétique de l'enfant. Même selon la proposition de loi concernant le recours à la GPA à l'étranger, et qui était censée assouplir le régime existant¹⁸⁶, au moins l'un des parents intentionnels (pas forcément le père) était censé avoir un lien génétique avec l'enfant (cette proposition n'a pas été votée en raison de la dissolution du Gouvernement). En conséquence, bien que dans certains pays, tels que la Californie, le recours à la GPA sans lien génétique soit autorisé, les tribunaux israéliens ont déclaré qu'ils n'admettront pas une convention de GPA avec un double don de gamètes. Il y

¹⁸⁴ « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

¹⁸⁵ Cour suprême, *Mamet-Magad contre le Ministère de l'Intérieur*, 28 janvier 2014, n°566/11.

¹⁸⁶ V. p. 100 et s.

a eu ainsi un cas où une femme célibataire a demandé à sa cousine d'être gestatrice. La conception a eu lieu en Inde, en utilisant un don de sperme et un don d'ovocytes, et la naissance en Israël. L'État est intervenu et a retiré l'enfant rapidement après sa naissance. Le recours de la mère intentionnelle a été rejeté, et l'enfant est élevé par une famille qui probablement l'adoptera¹⁸⁷.

D'autres conditions mises en place dans le régime interne de GPA semblent être moins importantes, comme la condition stipulant que les parents intentionnels doivent être des résidents israéliens. Dans quelques rares cas, les avocats et les personnes travaillant pour des agences nous ont informés que des citoyens israéliens résidant à l'étranger (principalement en France ou en Belgique) ont obtenu des *Parental Orders* des tribunaux israéliens, après être devenus citoyens israéliens, probablement dans ce seul objectif. Par ailleurs, certaines personnes interviewées ont mentionné des cas où les parents intentionnels n'étaient ni citoyens israéliens ni résidents israéliens, mais des juifs qui ont utilisé le régime israélien comme une « halte légitimante » pour ramener l'enfant conçu par GPA à l'étranger dans leur pays d'origine où cette pratique n'est pas autorisée. Dans certains cas le père génétique n'était pas citoyen israélien et ne pouvait donc pas transmettre la nationalité israélienne à l'enfant.

Un autre sujet qui n'a pourtant pas été souvent mentionné lors des entretiens, est celui de l'appartenance religieuse de l'enfant. Lorsqu'un enfant est conçu avec l'ovocyte de la mère intentionnelle juive ou celui d'une donneuse juive, il est enregistré comme juif. Cependant, cet enregistrement n'est pas opposable aux autorités religieuses, ce qui peut conduire dans l'avenir à des complications lors du mariage de l'enfant, car en Israël, le mariage est régi par la loi religieuse qui interdit le mariage interreligieux. Des enfants conçus en ayant recours à des ovocytes de femmes non juives ou à des gestatrices non juives doivent se convertir si leurs parents souhaitent qu'ils soient reconnus comme juifs. La conversion est compliquée, *a fortiori* si l'enfant est élevé par des couples homosexuels, non reconnus par les autorités rabbiniques. Vivre en Israël comme non-juif entraîne des difficultés pour l'enfant¹⁸⁸, mais cette question n'a pas été abordée par les personnes interviewées. La seule personne ayant évoqué le sujet l'a fait pour signaler que c'est un sujet dont on ne parle pas, bien qu'il soit très sensible.

Enfin, d'autres cas ont été mentionnés lors des entretiens, où un *Parental Order* a été accordé régularisant le recours à l'étranger, alors que les conditions posées par le droit interne de la GPA n'ont pas été respectées : un cas où des citoyens israéliens ont utilisé le sperme de leur fils décédé pour fertiliser une gestatrice ; deux cas où l'ovocyte émanait de la gestatrice.

En **Grande-Bretagne**, le choix du pays de réalisation de la GPA n'a aucun impact sur l'intégration juridique des effets des conventions de GPA par le droit britannique, mais, contrairement à Israël, les conditions du régime interne de GPA sont censées être remplies par les parents intentionnels qui demandent un *Parental Order*. 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 ; nous allons présenter et analyser cette évolution chronologiquement :

¹⁸⁷ Affaire Ora Mor-Yosef, Cour suprême, HCJ 1118/14 (1^{er} avril 2015).

¹⁸⁸ D. Hacker, R. Liberson, « Cross Borders Families in Israel --- Between Individualism, Globalization and the Ethnos », *College of Management Law Review*, 2010, 15, 2, pp.509-529 (hébreu).

a. Condition légale de lien génétique avec l'enfant d'au moins l'un des parents intentionnels (§54(1)(b), *HFEA Act 2008*).

Sans obligation systématique de réaliser un test ADN, la condition du lien génétique entre l'enfant et au moins l'un des parents intentionnels est difficilement vérifiable, aussi bien dans le cadre interne qu'à l'étranger. Les travailleurs sociaux n'ont pas de moyens à cet égard et se contentent le plus souvent des éléments d'information fournis par les parents intentionnels. Le rapport Brazier sur la pratique interne de la GPA¹⁸⁹ a recommandé que les juges puissent ordonner des tests ADN pour vérifier l'existence du lien génétique avec au moins l'un des parents. Car, dans certains cas, des doutes¹⁹⁰ ont été exprimés par les gardiens *ad litem*¹⁹¹ qui, comme les auteurs du rapport, dénonçaient le risque du détournement de contrat de GPA. En effet, en l'absence d'un tel contrôle, il existe toujours un risque que des femmes enceintes et ne souhaitant pas garder l'enfant décident spontanément de poursuivre leur grossesse en s'engageant par contrat à le transférer à la naissance à une personne déterminée. Ces cas d' « adoptions prénatales » devraient être traités sous le régime des lois de l'adoption, et non de la GPA qui apparaît en l'occurrence comme un contournement des règles de l'adoption.

b. Condition légale de résidence d'au moins l'un des parents intentionnels sur le sol britannique (§54(4)(b), *HFEA Act 2008*).

La jurisprudence a admis que le *Parental Order* pouvait être établi en faveur d'une personne non domiciliée sur le sol britannique¹⁹², confirmant que cette condition légale, à savoir que l'un des parents intentionnels soit domicilié au Royaume-Uni, n'était pas respectée¹⁹³.

Parfois, un doute sur le domicile peut resurgir lors d'une demande de *Parental Order*. Tel était le cas dans l'affaire suivante¹⁹⁴: un couple d'hommes dont le domicile initial était en France a eu recours à une convention de GPA aux États-Unis. Des jumeaux sont nés, chacun ayant un lien génétique avec un des deux membres du couple. Les ovocytes émanaient d'une donneuse, et la gestatrice était une femme mariée. Quelques mois après la naissance, le couple a décidé de déménager en Grande-Bretagne, où l'environnement leur paraissait plus favorable aux familles homoparentales. Conformément au droit applicable dans l'État d'Iowa, où les enfants sont nés, et suivant la convention de GPA conclue, la gestatrice a renoncé à ses droits parentaux, un test ADN a confirmé que les deux hommes étaient chacun père d'un des deux enfants (donc des jumeaux du point de vue gestationnel et ovocytaires mais pas du point de vue paternel), leur nom a été indiqué dans chacun des actes de naissance, la relation juridique entre les enfants et la gestatrice a été rompue, et les hommes ont adopté chacun l'enfant de l'autre. L'une des difficultés juridiques résidait dans

¹⁸⁹ M. Brazier, A. Campbell, S. Golombok, *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*, Department of Health, 1998.

¹⁹⁰ *Ibid.*, §7.24.

¹⁹¹ Des gardiens *ad litem* (assistants sociaux) sont chargés d'émettre un avis sur l'accomplissement des conditions d'octroi du *Parental Order* (§30, *HFEA Act 2008*). Ils jouent un rôle important dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, ainsi que dans leur constat sur les dépenses liées au contrat. Cependant, ils rencontrent de grandes difficultés à accomplir leur rôle : leur intervention est trop tardive, car au moment où ils sont nommés, l'enfant est déjà chez les parents intentionnels ; les gardiens ont des moyens limités, ils n'ont pas d'accès à l'information détenue par les cliniques, ni au dossier pénal, et n'ont accès qu'à la seule information que les couples leur soumettent.

¹⁹² *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)*(2007) EWHC 2814 (Fam).

¹⁹³ *Re G, ibid.*, §6.

¹⁹⁴ *Re G & M* (2014) EWHC 1561 (Fam).

la question de savoir si cette situation pouvait correspondre aux conditions d'obtention du *Parental Order* selon la *HFEA Act 2008*, et si le critère de l'intérêt de l'enfant était respecté. Il a été déclaré que la condition de résidence devait être examinée : en l'espèce, les deux hommes (considérés par la Cour comme étant de bonne foi) avaient un emploi permanent et à long terme en Grande-Bretagne, ils y avaient des comptes bancaires et y payaient leurs cotisations de Sécurité sociale. Ils avaient scolarisé les enfants dans des établissements bilingues et avaient un motif personnel pour quitter leur domicile d'origine. Ainsi, ils répondaient aux conditions du §54, indépendamment du fait que l'obtention d'un *Parental Order* correspondait à l'intérêt des enfants.

Le critère de résidence intentionnelle semble avoir été suivi car dans une autre affaire, *Re A*¹⁹⁵, la première affaire jugée en Grande-Bretagne sur un recours à la GPA en Afrique du Sud : un couple ayant déjà obtenu un *Parental Order* pour leur premier enfant conçu par GPA, en a demandé un autre, pour leur deuxième enfant. La question de leur domicile s'est posée, car le couple vivait en Afrique du Sud pour des raisons professionnelles (ils étaient résidents britanniques auparavant). Les juges ont pris en considération le fait que les parents intentionnels, avaient toujours eu l'intention de rentrer en Grande-Bretagne pour leur retraite en raison des soucis de santé de leurs parents et pour élever leurs enfants en Grande-Bretagne. Ainsi, sur le fondement de leurs intentions et du fait d'avoir déjà obtenu un *Parental Order* pour leur premier enfant, leur demande, correspondant par ailleurs à l'intérêt de l'enfant, a été admise.

c. Condition légale du non-dépassement des dépenses raisonnables (§54(8), *HFEA Act 2008*). Le comble de la jurisprudence *contra legem* est sans doute celle qui concerne le paiement de la gestatrice. Dans le régime interne de la GPA, seules les dépenses raisonnables sont autorisées¹⁹⁶ ; cependant, le juge a la possibilité de ratifier rétroactivement les paiements (sans que le législateur ne précise à quelles conditions)¹⁹⁷. Cette limitation à un montant raisonnable doit-elle être rattachée à un choix précoce du législateur en faveur d'une GPA « altruiste » ? Ce terme ne figure pas dans la loi mais on le trouve dans les productions doctrinales et dans les discours politiques. La qualification mérite d'être relativisée. Pour certains, en effet, l'altruisme se réfère uniquement au don, entendu dans son acception traditionnelle, et tout transfert d'argent est donc exclu dès qu'il dépasse le remboursement d'éventuels frais engagés par la gestatrice et liés à ce don : frais de transport, d'habillement, frais liés à des manques à gagner dus à des arrêts maladies, congé maternité éventuellement étendu par rapport au congé légal. Pour le reste, en principe, les frais liés à la grossesse et à l'accouchement sont pris en charge, même si l'on peut toujours imaginer des frais exceptionnels, tels des diagnostics inhabituels ou des échographies dépassant celles qui sont prises en charge normalement.

Or, la loi britannique a introduit dès l'origine un remboursement des « dépenses raisonnables » qui a peu à voir avec l'altruisme ainsi entendu car des sommes tournant autour de 10 000 à 15 000 livres sont considérées comme des dépenses raisonnables, ce qui n'est guère crédible dans un pays où les frais de grossesse et d'accouchement sont pris en charge comme en France. De plus, le législateur a prévu que les juges puissent

¹⁹⁵ *Re A* (foreign surrogacy: South Africa) [2015] EWHC 1756 (Fam).

¹⁹⁶ « *The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants...* » (§54(8), *HFEA Act 2008*).

¹⁹⁷ §54(8), dernier paragraphe.

rétroactivement ratifier des paiements dépassant l'indemnisation raisonnable. Cette ratification rétroactive de nature judiciaire est quasiment systématique, pratiquée d'abord pour les conventions nationales de GPA, et, à partir de 2008, pour des conventions conclues à l'étranger. *In fine*, il est extrêmement rare qu'un *Parental Order* soit refusé. Le juge ratifie presque toujours les arrangements au titre de l'intérêt de l'enfant, celui-ci étant toujours assimilé à son intérêt à rester chez les parents intentionnels.

Ce résultat a été obtenu progressivement : avant la loi de 1990, les parties engagées dans les premières conventions de GPA pouvaient obtenir l'établissement de leur parenté légale uniquement par le biais d'une procédure d'adoption. Sous le régime britannique, tout paiement ou avantage fait en considération de l'adoption d'un enfant est interdit ; mais si un enfant était confié à ses adoptants après une procédure d'adoption entachée d'illégalité, dans son intérêt, le tribunal pouvait ratifier les paiements illégaux¹⁹⁸. Un *Adoption Order* peut être accordé lorsque la Cour considère que les parties à un contrat de GPA ont commencé à vouloir l'adoption, une fois l'enfant né¹⁹⁹. Constatant que les paiements ont eu lieu avant la demande d'adoption, ces paiements n'entraient pas dans le champ d'application du § 50 de l'*Adoption Act* de 1958. Mais l'importance ainsi donnée à l'ordre chronologique des événements n'excluait pas que, si ces paiements avaient été faits à titre de compensation pour le placement d'un enfant en adoption, la Cour serait compétente pour les autoriser sous le §50(3), et établir l'*Adoption Order*, si nécessaire, au nom de l'intérêt de l'enfant²⁰⁰. Dans un cas où le paiement avait déjà eu lieu, la Cour a décidé de l'autoriser rétroactivement, car, aux yeux des juges, rien, dans l'interprétation du terme « autorisation » ou ses synonymes, ne permettait de conclure qu'elle pouvait uniquement être donnée par avance.

La jurisprudence concernant la ratification de paiements lors de la demande d'un *Adoption Order* a été transposée²⁰¹ en matière de *Parental Order* après l'entrée en vigueur de la loi de 1990, en faisant une analogie entre le § 30 (7) de la loi de 1990 et le § 57 (3) de l'*Adoption Act* de 1976.

En règle générale, le fait que le contrat de GPA conclu à but lucratif ne constitue pas forcément une raison pour l'annuler n'entraîne pas automatiquement une décision

¹⁹⁸ Ainsi, dans la fameuse affaire « Baby Cotton » (*Re C (A minor)(Wardship: Surrogacy)(The Baby Cotton Case)* (1985) FLR 846), le juge Latey a confié l'enfant au couple intentionnel, en dépit des paiements illégaux, et a déclaré se concentrer uniquement sur l'intérêt de celui-ci, sans se préoccuper des aspects éthiques, moraux et sociaux de la transaction.

¹⁹⁹ *Re Adoption Application (Payment for Adoption)* (1987), 3 WLR 31. Ce cas, devenu précédent, concernait un contrat de GPA dont les parties se sont rencontrées par une annonce publicitaire. Pour la Cour, le terme « commercial » n'avait rien à voir avec la relation en l'espèce, où il n'y avait pas de contrat écrit, ni de consultation d'avocats avant la naissance de l'enfant. Cet accord se fondait uniquement sur les rapports de confiance entre les parties, et a été respecté des deux côtés. À l'époque de la conclusion de l'accord, la loi de 1985 n'avait pas encore été promulguée, et il n'y avait pas d'interdiction de conventions de GPA commerciales.

²⁰⁰ Le §50 de l'*Adoption Act* 1958 interdisait les paiements pour l'adoption, mais a disposé que cette interdiction n'incluait pas tout paiement ou compensation autorisés par la Cour.

²⁰¹ *Re C (A Child) (Surrogacy: Payments)* (2002) --- EWHC 157 (Fam). En l'espèce, la gestatrice a été payée au delà de ce qui peut être considéré comme « dépenses raisonnables » ; une application pour un *Parental Order* a été soumise. La Cour a autorisé rétroactivement les paiements car l'intérêt de l'enfant était d'être avec les parents intentionnels. Des paiements non autorisés devraient normalement nécessiter une approbation préalable, mais en l'occurrence, une autorisation a été donnée pour faciliter l'obtention du *Parental Order*, suivant la jurisprudence *Re Adoption Application (Payment for Adoption)* (1987).

octroyant le droit de garde aux parents intentionnels²⁰², mais c'est le plus souvent le cas²⁰³. Dans les quelques espèces où les juges ont finalement refusé le *Parental order* ou l'*Adoption order*, il est finalement difficile de déterminer ce qui a emporté la conviction du juge, l'intérêt de l'enfant étant toujours le fondement de la décision, celui du refus comme celui de l'acceptation²⁰⁴.

Au fur et à mesure, les conventions de GPA à but non lucratif sont devenues une exception²⁰⁵, en particulier dans un contexte contractuel international²⁰⁶. La jurisprudence, saisie à plusieurs reprises²⁰⁷ de demandes de *Parental Order* pour des conventions conclues

²⁰² *Re P (Minors) (Wardship: Surrogacy)* (1987). Il s'agissait d'une convention de GPA moyennant paiements entre un couple intentionnel et une gestatrice, qui avait été inséminée par le sperme du mari, et avait donné naissance à deux jumeaux. Après les avoir gardés durant 5 mois, la gestatrice a refusé de donner les enfants. La cour lui a accordé le *Care and Control*.

²⁰³ Ainsi, la garde a été donnée aux parents intentionnels : *Re C (A minor) (Wardship: Surrogacy) (The Baby Cotton Case)* (1985) FLR 846; *Re Adoption Application (Payment for Adoption)*(1987), 3 WLR 31; *Re MW (Minors)(Adoption: Surrogacy)* (1995), 2 FLR 759, Fam. Law 665, Fam. Div; *Re Q (A Minor)(Parental Order)*(1996) 1 FLR 369 ; *Re C (A Child) (Surrogacy: Payments)* (2002)- EWHC 157 (Fam).

²⁰⁴ Dans l'affaire *Re AW (Adoption Application)* (1993), 1 F.L.R. 62, un couple voulait adopter un enfant, malgré des tensions dans le couple et le fait que l'un d'entre eux était alcoolique et qu'ils étaient tous les deux âgés et en mauvaise santé. Comme ils savaient qu'ils ne seraient pas admis à l'adoption, ils ont organisé un montage: ils ont trouvé une femme ne voulant pas garder son enfant, et ont convenu avec elle qu'elle accouche en Allemagne contre paiement. Une fois l'enfant rentré en Grande-Bretagne et vivant avec eux, ils ont dissimulé les faits aux assistants sociaux, pour que l'enfant ne puisse plus leur être retiré en raison de ses intérêts. L'autorité locale est tombée dans le piège de la prolongation du temps. En l'espèce, la Cour a décidé qu'il était de l'intérêt de l'enfant de rester dans cette famille, bien que les choses auraient été différentes si ce temps ne se serait pas écoulé. La Cour aurait eu le droit de refuser cet ordre étant donné les transgressions, mais le bien-être de l'enfant l'a emporté au détriment de la politique publique. La Cour a alors décidé d'autoriser ces transgressions d'établir un *Interim Order* (§25 de l'*Adoption Act* 1976), mettant le couple en période probatoire ne dépassant pas 2 ans, durée durant laquelle ils auraient l'autorité légale.

Re C (A Minor) (Adoption Application) (1993), 1 F.L.R. 87. Dans cette affaire, un couple marié, souhaitant adopter un enfant, a rencontré une femme qui n'était pas en mesure de pouvoir garder son bébé. Afin de contourner les lois d'adoption, il a été convenu que le mari passerait pour le père. Ils ont payé la femme (bien qu'il y ait un conflit au sujet des sommes). L'enfant a été confié au couple après la naissance. Ils ont alors demandé l'adoption. La mère / gestatrice a regretté sa décision, et a finalement dévoilé les faits à l'assistant social. Selon les juges, ces paiements anéantiraient la protection donnée par la loi à l'enfant, et se résumeraient à un achat d'enfant pour adoption. En conséquence, le §57(1) ayant été transgressé, et comme par le §24, la Cour ne peut établir un ordre sauf si les demandeurs ont respecté le §57, la demande d'adoption a été rejetée.

²⁰⁵ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*(2007) EWHC 2814 (Fam): « *Such non-commercial surrogacy agreements are not illegal, and, whilst not frequent, form an accepted means whereby a child may be brought into being for the benefit of married couples who have encountered difficulties in conceiving a child without intervention* » (§1).

²⁰⁶ Pour une analyse plus détaillée, v. K. Parizer-Krief, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, 3, p. 645-659.

²⁰⁷ *X & Y (Foreign Surrogacy)* (2008) EWHC 3030 (Fam). Cette décision concernait une demande de *Parental Order*, présentée par un couple anglais ayant conclu une convention de GPA avec une femme ukrainienne, ce qui a provoqué une situation déplorable, dans laquelle les enfants étaient sans nationalité, ni filiation, alors que les requérants ne pouvaient ni rester en Ukraine, ni emmener les enfants en Grande-Bretagne ; *Re S (Parental Order)* (2009) EWHC 2977. Il s'agissait ici d'une demande d'un *Parental Order*, suite à une convention de GPA conclue en Californie entre un couple britannique marié et une gestatrice probablement américaine. C'est le sperme du mari qui est à l'origine de la grossesse, et des jumeaux sont nés par la suite. Cette convention de GPA étant valable selon la loi de Californie ; *L (A Minor)* (2010) EWHC 3146, décision exposée par la suite ; *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147 (Fam), décision déclarant que le paiement fait à deux gestatrices indiennes

entre des ressortissants britanniques et des gestatrices étrangères, a continué à se référer aux décisions précédentes et à ratifier les paiements : tout en admettant la difficulté liée au délai s'écoulant entre le placement de l'enfant chez les parents intentionnels et le moment où l'affaire arrive devant le tribunal, les juges considéraient que le bien-être de l'enfant, ne devait pas être gravement compromis par le refus d'accorder un *Parental Order* aux parents intentionnels. Deux motifs ont été avancés. Tout d'abord, les requérants auraient été considérés comme parents légaux en Grande-Bretagne. Ensuite, les sommes impliquées n'étaient pas « significativement disproportionnées » par rapport aux dépenses raisonnablement encourues. Ce raisonnement aurait pu donner l'impression que le juge, conscient du fait que les conditions de rémunération n'auraient pas été autorisées dans le cas d'une gestatrice britannique, avait préféré changer de terrain et s'aligner plutôt sur le critère d' « admissibilité parentale ». C'est finalement à propos de l'affaire *L (A Minor)* de 2010²⁰⁸ que la jurisprudence a explicitement opté, pour la première fois, pour la primauté du bien-être de l'enfant issu d'une convention étrangère de GPA sur la politique publique en matière de paiement. Désormais, l'intérêt de l'enfant est déclaré prépondérant²⁰⁹, comme en matière d'adoption, alors qu'autrefois, lors de l'examen d'une demande d'un *Parental Order*, il n'était pas supérieur aux autres considérations.

Progressivement, un changement d'équilibre s'est opéré entre des considérations de politique publique et le bien-être de l'enfant, en faveur du bien-être de l'enfant²¹⁰. En d'autres termes, c'est désormais uniquement dans des cas évidents d'abus de politique publique que la Cour refuserait un ordre parental²¹¹, jurisprudence maintenue depuis²¹².

Depuis, la jurisprudence est allée plus loin encore²¹³, comme lorsqu'elle a été appelée à se prononcer sur une demande de *Parental Order* de la part d'un couple marié, pour un enfant de trois mois, né en Inde, mais dont l'identité biologique maternelle était incertaine. En effet, selon les informations de la clinique indienne, deux embryons avaient été créés

qui ont accouché de jumeaux en Inde, n'était pas disproportionné au point que leur autorisation soit considérée comme un affront à la politique publique.

²⁰⁸ *L (A Minor)* (2010) EWHC 3146. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de GPA à but lucratif entre un couple anglais et une gestatrice américaine d'Illinois. Un ordre parental a été demandé en se fondant sur le §54 de la loi de 2008.

²⁰⁹ L'effet des *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010* (2010/985) a été d'importer dans les demandes du § 54 de la loi de 2008 les dispositions du §1 de l'*Adoption and Children Act* 2002. Rappelons que selon le §1(2) de l'*Adoption and Children Act* 2002, la Cour ou de l'agence d'adoption doit tout d'abord prendre en compte être le bien-être à vie de l'enfant ; cette condition n'est plus considérée comme la première condition, mais comme la condition prépondérante.

²¹⁰ V. le commentaire du juge Hedley dans l'arrêt *X & Y (Foreign Surrogacy)*(2008), précité, §24: « *I feel bound to observe that I find this process of authorisation most uncomfortable. What the court is required to do is to balance two competing and potentially irreconcilably conflicting concepts. Parliament is clearly entitled to legislate against commercial surrogacy and is clearly entitled to expect that the courts should implement that policy consideration in its decisions. Yet it is also recognised that as the full rigour of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (i.e. the child concerned) that rigour must be mitigated by the application of a consideration of that child's welfare. That approach is both humane and intellectually coherent. The difficulty is that it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particularly a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order... If public policy is truly to be upheld, it would need to be enforced at a much earlier stage than the final hearing of a Section 30 application* ».

²¹¹ *L (A Minor)*(2010), précité.

²¹² *D and L (Surrogacy)*(2012) EWHC 2631 (Fam).

²¹³ *A & A v P, P & B* (2011) EWHC 1738 (Fam).

avec les ovocytes de la mère intentionnelle, trois avec ceux d'une donneuse ; les cinq embryons avaient été transférés, sans que la clinique puisse confirmer lesquels s'étaient développés. En revanche, la clinique a confirmé que tous les embryons étaient issus du père intentionnel, le demandeur. L'enfant a été remis au couple intentionnel en Inde puis la famille est revenue en Grande-Bretagne, où l'enfant a obtenu un passeport britannique. Le père intentionnel est décédé cinq mois après la demande de *Parental order*, et avant son octroi. La *High Court of Justice* a été appelée à statuer, d'une part, sur la possibilité de ratification des paiements à la gestatrice, et d'autre part, sur la question de savoir si un *Parental Order*, acte prévu en faveur d'un couple, pourrait être octroyé non seulement à la mère, mais également désigner comme père une personne décédée.

La Cour a déclaré que, bien que ces sommes aient dépassé les dépenses raisonnablement encourues, il n'y avait pas de raison de soupçonner une mauvaise foi de la part du couple intentionnel, ou que le niveau des sommes ou les circonstances aient influencé la volonté de la gestatrice. Les juges ont donc posé des conditions encore plus souples qu'auparavant, pour décider de les autoriser.

Dans une affaire de 2013²¹⁴, un couple d'hommes britanniques, liés par un partenariat civil, a conclu une convention de GPA avec une gestatrice de Californie. Avant la naissance des jumeaux, un tribunal californien leur a accordé les droits parentaux, permettant à tous les deux d'être inscrits sur les certificats de naissance américains. Après la naissance, les enfants sont entrés sur le sol britannique avec leurs passeports américains, puis le couple a demandé un *Parental Order*, ainsi que la nationalité britannique. La question de la rémunération de la gestatrice (\$ 56,750) a été évoquée par le juge Theis, qui l'a ratifiée, en se fondant sur les arrêts précédents²¹⁵. Le juge, considérant qu'il ne s'agissait pas d'un abus de politique publique, a pris soin de justifier le montant élevé de la rémunération : en fait, la gestatrice était une gestatrice « expérimentée », car elle avait déjà conclu des conventions de GPA deux fois dans le passé. C'était une « femme mature » avec des moyens financiers, elle avait été conseillée avant de s'engager, ce qui justifiait le fait qu'elle soit en position d'exiger une compensation plus importante. Bien que l'intérêt des enfants d'avoir un lien de parenté avec les personnes qui les élèvent soit primordial dans cet arrêt, et que l'aptitude à les élever, ainsi que la bonne foi du couple soient également soulignées, on constate un glissement vers un raisonnement totalement économique de la question de la rémunération de la gestatrice, la gestation étant considérée sous l'angle de la qualité de la prestation de service exécutée par une personne d'expérience.

Cette jurisprudence est devenue constante et a été suivie dans des affaires plus récentes²¹⁶. *In fine*, lorsqu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'un *Parental Order* soit établi alors que les conditions du régime interne de GPA ne sont pas forcément respectées, celui-ci peut uniquement être refusé sur le fondement de considérations d'abus de *Public Policy*²¹⁷. Cette position, établie en 2010, a été prolongée plus tard pour d'autres questions que celle relatives au paiement, tel que le dépassement du délai²¹⁸.

²¹⁴ *J v G* (2013) EWHC 1432 (Fam).

²¹⁵ *X & Y* (Foreign Surrogacy)(2008) EWHC 3030 (Fam) ; *L (A Minor)*(2010) EWHC 3146 ; *Re X and Y* (Children) (2011) EWHC 3147 (Fam).

²¹⁶ *Re G & M* (2014) EWHC 1561 (Fam) (p.77); *Re R, S & T* (2015) EWFC 22 (p.84).

²¹⁷ *Re A & B* (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits) (2015) EWHC 911 (Fam) (p.85).

²¹⁸ V. p. 85 et s.

Il faut souligner que ces infléchissements créant un différentiel important entre la loi et les pratiques validées quasi systématiquement par les juges ne doivent rien à la jurisprudence de la CEDH ; ils sont antérieurs aux premiers arrêts de la Cour sur la question.

d. Condition légale du consentement de la gestatrice (§54(6) de la *HFEA Act* 2008).

Les juges britanniques ont accepté d'accorder un *Parental Order* en l'absence du consentement de la gestatrice, ou de son mari. Comme cette problématique a été anticipée par le législateur, dans le cas où la personne est introuvable ou ne peut pas donner son consentement, les juges ont en effet le droit de renoncer à l'application de cette condition (§ 54 (7), *HFEA Act* 2008) ²¹⁹. L'anticipation de cette hypothèse pourrait nous indiquer que bien avant le début de la conclusion de conventions de GPA par des citoyens britanniques à l'étranger, le législateur semble avoir été conscient de la possibilité de cette sorte de recours (la localisation d'une gestatrice britannique sur le sol national semble plus facile).

Dans une affaire remontant à 2012²²⁰, la gestatrice s'est avérée impossible à retrouver. En l'espèce, un couple d'hommes, considérés comme *civil partners*, avait conclu un contrat de GPA en Inde (avec un don d'ovocytes anonyme), par le biais d'une clinique qui ne permettait pas la rencontre entre les parents intentionnels et la gestatrice. Après des enquêtes qui n'ont pas abouti à son identification, le juge Baker de la *High Court of Justice* a décidé de ne pas tenir compte de l'une des conditions de l'octroi du *Parental Order*, à savoir le consentement de la gestatrice, pour les motifs suivants : d'abord, la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant²²¹ ; ensuite, en vertu du § 54 (7), le consentement de la gestatrice n'était pas requis dans le cas où celle-ci ne pouvait être trouvée ou qu'elle n'était pas en mesure de donner son consentement. Enfin, le consentement d'une gestatrice, donné moins de six semaines après la naissance de l'enfant, n'était pas valable. Cette affaire a constitué le premier cas où la justice a été confrontée à ce genre de circonstance, bien anticipée par le législateur. Le juge a précisé que cette exception était valable uniquement dans des cas où des recherches raisonnables avaient été entreprises sans succès. Le fait que la gestatrice avait probablement donné son consentement informel était un facteur à prendre en considération, mais n'était pas d'une grande importance aux yeux du juge, qui a fait primer l'intérêt des enfants, celui-ci étant d'être élevé par les parents intentionnels.

Dans une autre affaire²²², la question de la paternité légale s'est posée, car la gestatrice ne vivait plus avec son mari ou était en train de divorcer. Il s'agissait d'une convention de GPA à but non lucratif réalisée par une gestatrice mariée, séparée de son mari qui avait refusé de coopérer avec la Cour. La *High Court of Justice* a été appelée à statuer sur les conséquences du silence du mari de la gestatrice sur l'octroi du *Parental Order*. Les juges ont expliqué qu'en *Common Law*, seul l'homme dont le sperme a fertilisé l'ovocyte, peut être considéré comme le père légal de l'enfant, sauf si la mère est mariée, son mari bénéficiant d'une présomption de paternité. En l'occurrence, il a été établi que le père intentionnel, demandeur du *Parental Order*, était le père biologique, et que le mari de la gestatrice n'avait joué aucun rôle dans la conception. Le père intentionnel était donc le père

²¹⁹ « Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth ».

²²⁰ *D and L (Surrogacy)* (2012) EWHC 2631 (Fam).

²²¹ *HFE (Parental Orders) Regulations* 2010, §2, renvoyant à l'*Adoption and Children Act* 2002, §1.

²²² *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*(2007) EWHC 2814 (Fam). Cette affaire posait également une difficulté en raison de la condition de la résidence (p.77).

selon la *Common Law*. En matière de GPA, la question de la paternité est traitée par le § 28 de la loi de 1990, qui a remplacé et a une valeur supérieure à la *Common Law*. Suivant cette disposition, « l'étrange mari » (expression employée par les juges) de la gestatrice devrait être considéré comme le père sauf s'il était démontré qu'il n'avait pas consenti au transfert de l'embryon à sa femme. L'existence de son consentement était une question que la Cour devait examiner ; il habitait en Espagne et refusait de donner des informations à la Cour. En l'absence de toute communication, le juge a établi que le mari n'avait pas consenti à ce traitement. Selon le § 28, l'effet de cette déclaration est d'appliquer la *Common Law*, et le père intentionnel a été considéré comme père légal.

Enfin, plus récemment, la condition du consentement de la gestatrice s'est posée de nouveau²²³ : une demande de *Parental Order* a été déposée pour des jumeaux de 18 mois, nés par GPA en Ukraine, par des parents intentionnels de plus de 60 ans (mariés depuis 38 ans). Le couple a conclu un contrat avec une clinique, et il était d'ailleurs impossible de savoir si les ovocytes utilisés émanaient de la gestatrice ou d'une donneuse. Cette clinique a refusé de coopérer avec la Cour. La gestatrice a signé un document, six semaines après l'accouchement, selon lequel elle comprenait bien qu'elle renonçait à ses droits parentaux sur les enfants en faveur des parents intentionnels, et qu'ils pouvaient partir en Grande-Bretagne et devenir des citoyens britanniques. Mais au moment de lui faire signer la demande de *Parental Order*, elle avait disparu. Les parents intentionnels ont témoigné qu'ils l'avaient rencontrée à deux reprises en présence d'un interprète, et ont demandé une dispense de la condition de sa signature. Les juges se sont déclarés convaincus de l'existence d'efforts raisonnables en vue de la localiser, et ont dispensé les parents d'intention de la nécessité de cette ultime autorisation au regard de l'impossibilité de la localiser. Ainsi, un *Parental Order* a été accordé, sur le fondement de l'intérêt des enfants.

e. Condition légale tenant au délai de soumission de la requête d'un *Parental Order*

Selon le §54(3) de la *HFEA Act 2008*, une demande de *Parental Order* doit être déposée au plus tard six mois après la naissance de l'enfant. Dans un premier temps, la jurisprudence a donné un caractère impératif au délai de six mois accordé aux parents d'intention pour effectuer la demande de *Parental Order*²²⁴.

Dans une affaire soumise à la *High Court of Justice* le 5 mars 2014²²⁵, un accord informel a été conclu entre un couple dont la femme avait subi une hystérectomie et une amie, qui avait été inséminée avec le sperme du père intentionnel sans aide médicale. Un enfant est né en mars 2010, et l'hôpital, afin de pouvoir le remettre aux parents intentionnels, a exigé la preuve d'une convention de GPA qui fut rédigée par des avocats qui semblent avoir omis de prévenir le couple de la condition du délai maximal de six mois pour l'obtention du *Parental Order*. Trois mois après la naissance de l'enfant, les parents intentionnels se sont séparés²²⁶, et le délai de six mois est passé. L'affaire a été transmise à la *High Court of Justice* pour que la relation des parents intentionnels avec l'enfant puisse être légalement établie : si la gestatrice restait la mère légale, le père biologique devenant le

²²³ *Re R, S & T* (2015) EWFC 22.

²²⁴ *Re X* (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) (2008) EWHC 3030 (Fam), (2009) Fam 71, (2009) 1 FLR 733; *Re S* (Parental Order) (2009) EWHC 3146 (Fam), (2010) 1 FLR 1156; *Re WT* (A Child) (2014) EWHC 1303 (Fam).

²²⁵ *JP v LP and Others* (2014) EWHC 595 (Fam).

²²⁶ La séparation des parents intentionnels étant aussi un obstacle à l'obtention d'un *Parental Order* sera traitée séparément.

père légal alors qu'il était déjà le père social, son statut était automatiquement assuré alors que celui de la mère intentionnelle était incertain. La juge Eleanor King s'est efforcée de trouver une solution afin de sécuriser la situation de la mère intentionnelle, tout en respectant le rôle du père intentionnel comme père légal. La juge a considéré que le régime britannique de la GPA « *does not fit comfortably with extensions of time which inevitably result in the continued involvement over a protracted period of the surrogate mother in the lives of the commissioning couple and their child* ». En d'autres termes, le délai de six mois pour l'obtention du *Parental Order* ne pouvait pas être prolongé en raison de son importance substantielle, pas uniquement procédurale : le *Parental Order* constitue un moyen de consolider l'identité et le rôle de chacune des parties en cause pour ne pas laisser planer de doutes ; permettre de le prolonger reviendrait à ne jamais mettre fin à un état d'incertitude.

Ensuite, cette condition de délai de six mois semble être devenue moins importante aux yeux des juges, ce qui ressort des deux autres affaires.

Dans la première affaire, *Re X*²²⁷, soumise au Président de la Chambre des affaires familiales, une convention de GPA a été conclue en Inde, en ayant recours à un don d'ovocytes, le père intentionnel étant le père génétique de l'enfant. Les parents intentionnels n'étaient pas conscients de l'intérêt d'un *Parental Order* et le délai a été dépassé. En l'absence d'un tel jugement, ils n'avaient pas la responsabilité parentale de l'enfant. Statuant sur la démarche à suivre dans ce cas, les juges ont déclaré qu'une procédure d'adoption n'était pas adéquate en raison du lien génétique entre l'enfant et le père intentionnel, et qu'un *Parental Order* présentait le « *optimum legal and psychological solution for X* »²²⁸. Le Président de Chambre a ajouté que la jurisprudence antérieure n'était pas judicieuse car les *Parental Orders* donnaient une consistance aux aspects les plus fondamentaux du statut de l'enfant et de son identité, ayant un effet performatif sur la relation juridique entre l'enfant, les parents intentionnels et la gestatrice, ainsi que sur les réalités pratiques et psychologiques de l'identité de l'enfant, au-delà de l'aspect légal. Les raisons « potentiellement innocentes » de la non-conformité avec les conditions de délai devraient être prises en considération, et les parents intentionnels devaient pouvoir obtenir ce *Parental Order* deux ans et deux mois après la naissance de l'enfant. Bien que le Président de Chambre ait déclaré ne pas vouloir en faire un principe général et que chaque cas devrait être jugé séparément²²⁹, cette approche n'a pas tardé à être suivie :

Dans la deuxième affaire, *Re A and B* du 1^{er} avril 2015²³⁰, un couple a obtenu un *Parental Order*, malgré le dépassement du délai légal, à savoir lorsque les enfants avaient 8 et 5 ans. La juge Russell, s'appuyant d'une part sur l'arrêt précédent, et d'autre part sur la jurisprudence établie en matière de ratification des paiements dépassant ce qui est prévu par la loi²³¹, à savoir leur autorisation lorsqu'il n'y a pas abus de *Public Policy*, a conclu qu'un tel ordre judiciaire devrait être accordé en raison de la primauté du principe de l'intérêt de l'enfant. La juge a accepté l'argument des parents intentionnels, selon lequel ils n'avaient pas soumis une demande de *Parental Order* car ils étaient convaincus que le statut légal

²²⁷ *Re X (A Child)(Surrogacy: Time Limit)(2014) EWHC 3135 (Fam)*.

²²⁸ *Ibid.*, §7.

²²⁹ *Ibid.*, §§64 et 65.

²³⁰ *Re A and B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits) (2015) EWHC 911 (Fam)*.

²³¹ *V.* p. 78 et s.

obtenu aux États-Unis, où la GPA était réalisée, était suffisant et qu'ils n'étaient pas conscients que ce statut n'était pas reconnu en Grande-Bretagne pendant longtemps, jusqu'à ce qu'ils étaient informés par la presse.

On voit donc que, si le respect d'un délai avait été considéré comme consolidateur d'identité, à savoir le besoin de régulariser la situation afin de ne pas laisser de doutes, le contraire a été constaté progressivement: comme l'objectif du *Parental Order* est de refléter l'histoire de l'enfant, en d'autres termes de garder la trace du recours à la GPA, il a été jugé nécessaire de ne pas tenir compte d'une condition formelle de délai mais de sauvegarder l'identité de l'enfant par l'octroi de cet ordre judiciaire.

La position de cette jurisprudence *contra legem* a été soutenue par les auteurs du récent rapport *Surrogacy in the UK : Myth busting and reform* (souvent appelé "Horsey Report")²³², ainsi que par certaines des personnes interviewées : ainsi, J1 s'est déclaré « *happy to make orders out of time... In my opinion it is quite patronizing to require six weeks* ». En ce qui concerne les autres personnes interrogées:

A1:

« *There is (in effect) no 6 months deadline now. Sometimes therefore parents are using my practice to get dual application for two children at least one of whom is outside the 6 month limit* ».

A3:

« *Promptness avoids the development of issues. But it is better for the child if IPs can still get a PO after 6 months. Case law allows lateness unless there is a policy reason* ».

TS1:

« *Six months cut off for PO is too rigid* ».

TS2:

« *What is the rationale for this legal delay in the first place? It seems to have been plucked out of the air? Would it make any difference if it were extended to nine? I simply don't know!* ».

f. L'exigence d'être en couple (hétérosexuel ou homosexuel) pour obtenir un *Parental Order* (§54(2) de la *HFEA Act 2008*).

Alors que les personnes seules peuvent avoir recours à la GPA, la loi leur demande d'engager une procédure d'adoption, la procédure du *Parental Order* leur étant fermée. Dans l'affaire *Re Z*, un père intentionnel ayant un lien génétique avec un enfant né par GPA en Illinois (USA) a demandé un *Parental Order* en sa faveur, argumentant d'une part que la condition d'être en couple portait atteinte à l'art. 8 de la Convention européenne (droit au respect d'une vie privée et familiale), et d'autre part, injustifiée, discriminatoire et disproportionnée par rapport à la procédure de l'adoption à laquelle des personnes seules peuvent accéder.

Dans un premier temps, la *Family Court* a rejeté cette demande²³³, considérant que la condition conjugale était essentielle et cardinale dans le régime britannique de la GPA. Ainsi,

²³² K. Horsey, *Surrogacy in the UK, supra*, pp. 31-32.

²³³ *Re Z (A Child)* [2015] EWFC 73.

comme sous ce régime, la gestatrice a des droits parentaux concernant l'enfant en l'absence de *Parental Order*, l'enfant a été placé sous la tutelle du tribunal et la garde a été confiée au père. Puis, un an après, cette affaire a donné lieu à un revirement de jurisprudence, car sa demande a été admise par la *High Court of Justice*²³⁴ : la disposition de la *HFEA Act 2008* permettant uniquement aux couples de demander un *Parental Order* a été considérée comme incompatible avec l'art.14 de la Convention européenne qui protège contre la discrimination, en combinaison avec l'art.8. En d'autres termes, cette disposition légale est considérée comme discriminatoire car elle empêche le père d'obtenir un *Parental Order* sur le seul fondement de son statut de célibataire. Il faut noter qu'il ne s'agit pas là d'une interprétation des articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la CEDH mais des mêmes textes interprétés par un juge anglais.

Dans cette décision judiciaire exceptionnelle, le juge a explicitement refusé de donner des indications concernant la manière dont la loi devrait être modifiée²³⁵, mais il est important de savoir que de telles déclarations d'incompatibilité²³⁶ sont extrêmement rares ; à ce jour, parmi les vingt déclarations d'incompatibilité, toutes (sauf une) ont provoqué un changement législatif²³⁷. Il n'est donc pas étonnant que dans le débat du 14 décembre 2016 à la Chambre des Lords, il ait été demandé au Gouvernement de réagir à cette décision judiciaire²³⁸.

L'aspect militant du processus d'obtention de cette décision sera analysé séparément²³⁹.

En **Belgique**, plusieurs cas de GPA réalisées à l'étranger furent médiatisés, notamment en raison des problèmes juridiques que cela avait créés pour ramener l'enfant en Belgique ou faire reconnaître les parents d'intention comme étant juridiquement le père et la mère de l'enfant. Un de ces cas concerne un couple d'hommes belges vivant en France, qui a eu recours en 2007 à une gestatrice en Ukraine *via* une agence locale dans ce pays où la GPA est autorisée. L'enfant, Samuel, conçu par fécondation *in vitro* avec le sperme de Laurent, l'un des conjoints, est né en novembre 2008 en Ukraine. Le couple n'a toutefois pu reconnaître et ramener leur enfant qu'après deux années de procédures contre l'État belge. L'administration belge des Affaires étrangères ne voulait en effet pas établir la paternité de du père intentionnel ni accorder un passeport à l'enfant, pourtant nécessaire pour que celui-ci puisse quitter l'Ukraine. L'enfant a ainsi passé une première année chez une nourrice, puis une autre dans un orphelinat, avant qu'un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles ne permette de le reconnaître en février 2011. Dans le cas présent, l'administration belge avait estimé que la situation était frauduleuse, car elle ne résultait pas d'un geste altruiste, mais d'un contrat commercial portant sur la personne d'une femme et d'un enfant.

²³⁴ *Re Z (A Child) (No 2) (2016) EWHC 1191 (Fam)*.

²³⁵ *Ibid.*, §§27, 28.

²³⁶ La déclaration d'incompatibilité est un constat émanant des juges britanniques selon lequel les dispositions d'une loi ou d'un acte pris par les autorités publiques sont incompatibles avec les obligations incombant à la Grande Bretagne sous le régime de la *Human Rights Act 1998*, ayant intégré la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne. Ce mécanisme est prévu par le §4 de la *Human Rights Act 1998*.

²³⁷ <http://www.nataliegambleassociates.co.uk/blog/2016/05/20/uks-top-family-judge-declares-that-uk-law-should-give-single-parents-through-surrogacy-the-same-rights-as-couples/>

²³⁸ « House of Lords debates UK surrogacy law reform », Ryan Ross, *BioNews* 882, 19 décembre 2016.

²³⁹ V. p. 240 et s.

2.2. Difficultés pratiques d'exécution

Par ce terme, nous entendons les difficultés pouvant provenir des événements survenus après la conclusion de la convention de GPA et qui peuvent perturber l'exécution des obligations convenues. Nous allons distinguer entre celles qui ont trait à la gestatrice (2.2.1.) ; celles qui concernent l'enfant né (2.2.2.) et celles qui concernent les parents intentionnels (2.2.3.).

2.2.1. Difficultés ayant trait à la gestatrice

Les difficultés avec la gestatrice ne peuvent concerner le contexte juridique français car le juge saisi sera dans la très grande majorité des hypothèses un juge étranger qui, à propos de ce contrat, appliquera ses propres règles de droit international privé. Dans l'hypothèse atypique où le juge français serait saisi, il pourrait opposer au contrat de GPA soumis à un droit étranger qui le valide l'exception d'ordre public international français (art. 16-9)²⁴⁰.

En ce qui concerne le recours à la GPA à l'étranger par des ressortissants **israéliens**, les deux tremblements de terre au Népal, en avril et en mai 2015 ont eu de lourdes conséquences : les dégâts causés aux hôpitaux ont rendu le transfert des nouveau-nés en Israël urgent, et les autorités israéliennes ont évoqué la possibilité de ramener les gestatrices aussi, pour qu'elles puissent accoucher en toute sécurité. À la suite de la couverture médiatique et empathique à l'égard des parents intentionnels coincés au Népal, les autorités publiques israéliennes ont accepté l'entrée des bébés nés au Népal par une procédure raccourcie, à savoir avant la réalisation d'un test génétique et autres formalités administratives. Cependant, un cas d'une pièce d'identité falsifiée d'une gestatrice indienne a provoqué la suspicion du Gouvernement népalais, doutant que les gestatrices en question puissent être népalaises (le Népal interdit à ses propres citoyennes de servir comme gestatrices). Le Gouvernement israélien a donc exigé deux pièces d'identité pour identifier la gestatrice, ce qui a posé de grandes difficultés techniques pour les agences israéliennes, car souvent les femmes indiennes n'ont pas deux pièces d'identité officielles.

En ce qui concerne les citoyens **britanniques**, la difficulté principale est de ne pas pouvoir trouver de gestatrice²⁴¹, mais aussi les cas où la gestatrice change d'avis et décide de garder l'enfant.

En ce qui concerne l'hypothèse de changement d'avis de la gestatrice, à savoir garder l'enfant, les juges décident au cas par cas, selon l'intérêt de l'enfant : dans une affaire interne de GPA, *H v S*²⁴², l'enfant a été confié aux parents intentionnels qui formaient un couple d'hommes, l'un d'eux ayant un lien génétique avec l'enfant (en l'occurrence les juges devaient décider s'il s'agissait d'une convention de GPA, ce qui était soutenu par les hommes, ou bien d'un don de sperme sans GPA, comme le soutenait la gestatrice, qui souhaitait garder l'enfant). Les raisons principales invoquées par le juge pour confier l'enfant au couple d'hommes étaient leur capacité à fournir à l'enfant un cadre stable où elle pourrait s'épanouir émotionnellement, comparativement au risque encouru par l'enfant s'il restait auprès de sa mère, décrite comme ayant un caractère accaparant voire obsessionnel

²⁴⁰ La situation est en principe la même en Belgique.

²⁴¹ V. p. 83 et s.

²⁴² *H v S* (Surrogacy Agreement) (2015) EWFC 36.

car elle dort avec l'enfant, l'allaita à l'âge de 15 mois, ne compte pas travailler, l'emmène tout le temps à l'hôpital inutilement ; et ne manifeste pas de signes de vouloir l'élever dans l'objectif de devenir un être indépendant : « *While to move a young child from her mother is a difficult decision and is one which I make with regret as I am aware that it will cause S distress I conclude that H is the parent who is best able to meet M's needs both now and in the future. It is he who has shown that he has the ability to allow M to grow into a happy, balanced and healthy adult and it is he who can help her to reach her greatest potential. I accept the evidence of the guardian that H and B have had a child-centred approach throughout* ».

Par contre, dans une affaire de GPA plus récente, *Re Z*²⁴³, la gestatrice, anglaise, a obtenu le droit de garder l'enfant : cette femme a accepté d'être gestatrice en faveur d'un couple d'hommes, qu'elle a « rencontré » sur un site Facebook. Un document téléchargé de l'internet a été signé par les parties après une brève rencontre dans un fastfood. L'opération a été effectuée dans une clinique de Chypre, en utilisant le sperme de l'un des membres du couple et un don d'ovocytes. Deux embryons ont été transférés avec lesquels la gestatrice n'avait donc pas de lien génétique. Une fois enceinte, la gestatrice a commencé à avoir des doutes sur son engagement. Elle a ensuite perdu l'un des fœtus, mais n'en a pas informé le couple, continuant à porter l'autre fœtus à terme. Les parents intentionnels en ont été informés quelques semaines avant la naissance, et ont lancé des démarches judiciaires pour obtenir la garde de l'enfant. La juge Russell a décidé que, dans l'intérêt de l'enfant, celui-ci devait rester avec sa mère, qui était « *better placed to meet his emotional needs. She is, quite apparently, more emotionally available and has a greater instinctive understanding of his emotional needs* ». Séparer l'enfant de sa mère de naissance aurait un impact négatif sur lui, et la relation génétique avec sa fratrie biologique (les parents intentionnels avaient d'autres enfants) ne justifiait pas de l'enlever d'un « *warm, happy and loving home* ». Ainsi, le partenaire de la mère a obtenu la *Parental Responsibility* (en plus de sa parenté légale), le père biologique continue à avoir la *Parental Responsibility* aussi²⁴⁴, avec un droit de visite en faveur du couple d'un week-end toutes les huit semaines.

2.2.2. Difficultés ayant trait à l'enfant né

Si des difficultés n'ont pas été signalées par notre équipe israélienne, en Grande-Bretagne et en France, les choses sont plus complexes.

En **Grande-Bretagne**, exception faite d'un cas rapporté par l'un des avocats, celui d'une gestatrice accouchant deux mois et demi trop tôt dans une clinique de Chypre, deux problématiques factuelles principales concernant les enfants conçus par GPA à l'étranger ont été mises en évidence lors des entretiens :

La première problématique concerne l'hypothèse où il n'y a pas de lien génétique entre l'enfant et au moins l'un des parents intentionnels. Cela peut être une grossesse non désirée poursuivie par un arrangement privé avec un couple en attente d'enfant, et donc un évitement volontaire des contraintes liées à la procédure d'adoption, une GPA avec double don de gamètes organisée par un couple doublement infertile, mais aussi une production d'enfants organisée par les cliniques et destinée à des adoptions privées. Il est donc important de distinguer la véritable GPA avec double don de gamètes, dans les pays où elle est autorisée et ce qui constitue en réalité des trafics d'enfants.

²⁴³ *Re Z* (Surrogacy agreements) (Child arrangement orders)(2016) EWFC 34.

²⁴⁴ En Grande-Bretagne, plusieurs personnes, même plus de deux, peuvent avoir la responsabilité parentale.

TS1:

« Once a parental order is granted, there is no further contact at all with the parents. No statutory monitoring (cf with adoption where there is some post adoption support). If we thought about it in terms of children's welfare, need to think about where the risks might be. For adoption, we banned private adoptions – but surrogacy is also possible with no genetic link with parents, babies get handed over, and no further contact. Cafcass assessment of IPs is very brief.... Some of the Parental order reporters felt strongly that there should be DNA test in all cases. PO reporters felt awkward having to ask about paternity because it can sow seeds of doubt in parents mind – after all they have to take the word of the overseas clinic ».

A2:

« HMPO does require evidence of biological parentage (and of course this is needed currently for PO – but is not routinely checked by testing). Sometimes a DNA type test is asked for e.g. Cellmark, sometimes it's just letters etc. from medical practitioners (presumably in the country of conception). The courts want some kind of proof of what has happened ».

La deuxième problématique concerne les cas où les parents intentionnels vivent « sous le radar ». En d'autres termes, ils ne demandent pas de *Parental Order* ou un ordre d'adoption. Ce problème a été évoqué par les travailleurs sociaux.

TS1:

« We need to look at the fact that this is not the usual route to family building – even more so than the donation conception route. So it's difficult to know what will happen. They need to get tighter on the getting the babies in and what is happening there and get tougher on those not going for POs. You can get through (life) without having to prove parental responsibility – school, NHS or whatever. Babies (in UK surrogacy) are just handed over in maternity units –another bit of research that needs doing! The most unusual peculiar thing! ».

TS2:

« Can you function without legal status? Those not going for Pos? Obviously can. They could just disappear – we just don't know. Not advocating a police state, but we need to know more – though research about this is really difficult of course ».

Ce problème a par ailleurs été déploré dans l'avis publié par la PROGAR²⁴⁵ en 2004 concernant le recours à la GPA à l'étranger²⁴⁶, évoquant plus de mille bébés ramenés en

²⁴⁵ PROGAR (*British Association of Social Workers Project Group on Assisted Reproduction*) est l'association des travailleurs sociaux.

Grande-Bretagne chaque année ; peu de parents intentionnels demanderaient un *Parental Order*, ce qui entraîne un manque de suivi des enfants et des familles.

En France, les enfants conçus par GPA à l'étranger sont inscrits à l'école et à la Sécurité sociale comme les autres enfants. Théoriquement, si ces enfants ont leurs documents d'identité (passeport et carte d'identité), ils ne rencontrent pas de difficultés dans leur vie quotidienne. En réalité, les choses sont plus compliquées, car en l'absence de transcription, dans chacune des démarches administratives où est exigée une preuve du lien de filiation, les parents intentionnels doivent fournir l'acte d'état civil étranger (et sa traduction assermentée) pour établir cette preuve.

En ce qui concerne le livret de famille, ce document ne donne aucun droit, il n'est que la compilation des états civils (naissance, mariage, décès). Mais c'est un document commode dans la vie administrative française, et son absence complique et ralentit diverses procédures. Au-delà de l'aspect pratique, le livret de famille semble avoir une valeur symbolique importante aux yeux des parents intentionnels. Certains d'entre eux pointent des situations contradictoires. Un couple d'hommes mariés par exemple a eu recours à une GPA à l'étranger. Les conjoints ont un livret de famille intégrant l'acte de mariage, et un autre qui désigne uniquement l'un des époux comme père des enfants nés aux États-Unis. Ils vivent mal le fait que les deux livrets de famille ne puissent pas se fondre en un seul.

En matière fiscale, la notion d' « enfant à charge » permet de tenir compte de la situation car elle indique la charge économique d'éducation d'un enfant et non un lien de filiation.

Quant au droit de succession, comme c'est l'acte de naissance qui établit la filiation, il ne devrait pas y avoir de difficulté pour les pères biologiques -- intentionnels, pas plus que pour les mères d'intention lorsque les parents d'intention ont été inscrits comme parents légaux dans l'acte de naissance étranger²⁴⁷, américain par exemple. En revanche, cela pose en principe un problème pour la succession de la mère d'intention si elle n'est pas inscrite dans l'acte de naissance étranger. Théoriquement, le legs qu'elle est susceptible de faire resterait soumis à la fiscalité propre aux dons entre personnes n'ayant pas de liens de famille. Toutefois, une lettre du 13 avril 2016 adressée au président du Conseil supérieur du notariat par la Direction des affaires civiles et du Sceau a enjoint aux notaires de traiter les enfants nés par gestation pour autrui comme des héritiers comme les autres (lettre non rendue publique)²⁴⁸. C'est une source de droit faible mais en général efficace, et selon les personnes interrogées, ce n'est pas ce qui est le plus difficile : si jamais un notaire refuse de collaborer, l'enfant pourrait toujours s'adresser à un autre.

A1:

« L'acte de naissance établit la filiation, il ne doit pas y avoir de difficulté de succession. Qui plus est, si l'enfant a un passeport et une carte nationale d'identité et qu'il a été élevé par les parents qui

²⁴⁶ http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf

²⁴⁷ Cela a été confirmé dans le rapport Détraigne-Tasca: « les représentants du ministère de la justice ont... confirmé que le principe ... qui veut que l'acte étranger valide et non contesté, produise ses effets à l'égard des parties, avait aussi vocation à s'appliquer. Sauf à ce que la filiation soit contestée par l'autorité publique, les enfants nés d'une GPA ne devraient donc pas être privés de leur vocation successorale » (*supra*, p. 74).

²⁴⁸ <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/04/28/31003-20150428ARTFIG00354-les-enfants-nes-par-gpa-reconnus-heritiers.php>

figurent sur l'acte de naissance, je ne vois pas comment on pourrait lui dénier son droit de succession.

Ce qui fait la loi, c'est l'acte de naissance, fut-il étranger, c'est lui qui établit la filiation. Pour être valable, il a, à ce jour, besoin d'être apostillé et traduit, il n'a pas besoin d'autre formalité comme la transcription. Du coup, les enfants doivent pouvoir hériter ».

2.2.3. Difficultés ayant trait aux parents intentionnels

a. Inaptitude parentale extrême, notamment la pédophilie.

L'une des difficultés intrinsèques du recours à la GPA à l'étranger réside dans le fait que, dans nombre de systèmes juridiques autorisant la GPA, il n'y a aucun contrôle préalable portant sur l'opportunité de confier un enfant aux parents d'intention, contrairement à ce qui se passe en cas d'adoption. Seule la loi israélienne prévoit un tel contrôle par le biais de l'autorisation préalable d'une commission, mais cela ne concerne que le recours à la GPA interne. *A fortiori*, dans le cadre d'un recours à l'étranger, des situations extrêmes peuvent se rencontrer, comme un homme de l'État de Victoria en Australie qui, après avoir été condamné à 22 années de prison pour sa pédophilie, a fait porter des jumelles en Asie, avec un don d'ovocytes d'Ukraine, puis les a fait ramener en Australie pour abuser d'elles²⁴⁹. Pour la Juge Susan Cohen, il a « délibérément passé un accord par lequel ses propres enfants naîtraient et seraient ramenés en Australie pour être exploitées sexuellement »²⁵⁰. Les enfants ont été confiés aux services sociaux.

En **Israël** aussi, l'équipe a été informée d'un cas où un citoyen israélien a réussi à ramener un bébé d'Inde, bien qu'il ait été condamné pour pédophilie et ait fait 18 mois de prison²⁵¹. L'enfant a été probablement retiré depuis, après que les autorités publiques ont été prévenues par le *Israel National Council for the Child*, Hamoaza Leshlom Hayered (principale ONG impliquée dans les aspects juridiques de protection des enfants). Cette affaire n'a pas été publiée, même pas sous une version anonymisée, et l'information provient uniquement des entretiens.

En **Grande-Bretagne**, le risque de pédophilie a également été soulevé par la PROGAR (association des travailleurs sociaux) dans sa position de 2004 concernant le recours à la GPA à l'étranger. Un cas très particulier que l'on aurait du mal à qualifier juridiquement a été évoqué à propos d'une femme ayant fait inséminer ses propres filles : « *A UK woman allegedly desperate for another child added to her family of three adopted children by procuring sperm through the internet and impregnating her teenage daughter* »²⁵².

²⁴⁹ « Man pleads guilty to sexually abusing his twin surrogate babies », *The Sydney Morning Herald*, N. Bucci, 22 avril 2016; « Man jailed for sexually abusing twins he paid to have brought to Australia », *Herald Sun*, P. Murphy, 19 mai 2016.

²⁵⁰ *ABC News*, 19 mai 2016.

²⁵¹ Cette affaire a été relatée par les médias israéliens : <http://news.walla.co.il/item/2649497>

²⁵² http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf

b. Séparation des parents intentionnels.

En **France**, le divorce des parents intentionnels peut laisser la mère intentionnelle qui, contrairement au père intentionnel-génétique n'a pas de lien de filiation avec l'enfant, sans fondement juridique pour obtenir un droit de garde. Selon l'association Clara²⁵³, un cas a été répertorié à l'étranger d'enlèvement d'enfant par le père.

En **Israël**, les personnes interrogées ont également mentionné plusieurs cas où les parents intentionnels ont divorcé avant que la procédure juridique ne soit achevée, mais cela n'a pas empêché son bon déroulement. Dans tous les cas, l'enfant a été considéré juridiquement comme étant l'enfant des parents intentionnels, et a pu entrer en Israël.

En **Grande-Bretagne**, avant le récent revirement de jurisprudence²⁵⁴, un *Parental Order* ne pouvait être accordé qu'aux couples (mariés ou pas, hétérosexuels ou homosexuels). Dans l'affaire *Re X*²⁵⁵, les parents intentionnels, bien que séparés, ont soumis une requête conjointe et sont restés mariés. Le juge a considéré que, malgré leur séparation lors du dépôt de la demande, ils devaient être considérés comme des époux, dans le sens du § 54 (2) (a). Le foyer de l'enfant était chez eux, quoiqu'il partage son temps entre leurs domiciles respectifs. Un *Parental Order* a été accordé car cela allait dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre de cette interprétation formelle, le juge a conclu que « *although the parents had been separated at the time of the application, they remained married so they remained 'husband and wife' for the purpose of section 54(2)(a). Further, X's 'home' was with 'them' at the time of the application notwithstanding that he was splitting his time between their separate homes...* ».

Par contre, dans une autre affaire de séparation des parents intentionnels²⁵⁶, la *High Court of Justice* a décidé qu'un *Parental Order* ne pouvait pas être octroyé, d'une part en raison du dépassement du délai²⁵⁷, d'autre part et surtout, en raison de la séparation des parents intentionnels : la condition selon laquelle l'enfant doit résider avec ces derniers lors du dépôt de la demande du *Parental Order* n'avait pas été respectée. La solution de l'adoption n'était pas adéquate non plus car, si la mère intentionnelle adoptait l'enfant, cela aurait exclu les droits du père intentionnel. Ainsi, dans ces « circonstances exceptionnelles », la Cour a décidé d'accepter la proposition soumise par les parties, à savoir qu'un *Shared Residence Order* avec la responsabilité parentale qui en découle soit accordé en faveur des parents intentionnels. Il a également été décidé que la gestatrice ne pourrait pas exercer une quelconque responsabilité parentale sans l'autorisation de la Cour. Cette solution, qui a abouti à conférer la responsabilité parentale à la mère intentionnelle, a été complétée par une mesure exceptionnelle – l'enfant a été qualifié comme « *Ward of Court* » (sous tutelle judiciaire), afin que la Cour puisse intervenir plus facilement dans l'avenir en cas de problèmes dus à cette configuration juridique particulière.

Les travailleurs sociaux ayant participé à notre étude ont dit n'avoir pas eu à suivre des affaires où les parents intentionnels se sont séparés.

²⁵³ <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/602.pdf>

²⁵⁴ *Re Z (A Child)(No 2)(2016) EWHC 1191 (Fam)(p.87, 241).*

²⁵⁵ *Re X (A Child)(Surrogacy: Time limit)(2014) EWHC 3135 (Fam).*

²⁵⁶ *JP v LP and Others (2014) EWHC 595 (Fam) (p.84).*

²⁵⁷ V. p. 84 et s.

c. Réalisation de GPA par les grands-parents en utilisant les gamètes de leurs enfants décédés.

En **Grande-Bretagne**, dans une affaire exceptionnelle, une femme a demandé à utiliser les ovocytes congelés de sa fille, décédée d'un cancer, afin de les exporter aux États-Unis, et avec un don de sperme, porter elle-même cet enfant (à savoir son propre petit-enfant). De son vivant, la fille était trop souffrante pour entreprendre une FIV, et avait donc décidé de cryoconserver ses ovocytes dans une clinique à Londres. Elle avait signé les formulaires de consentement afin de prélever et de cryoconserver ses ovocytes pour les utiliser à d'autres fins que la recherche ; cependant, elle n'a pas rempli un formulaire détaillant l'utilisation précise proposée par la mère. Sous le régime britannique, l'utilisation *post mortem* des gamètes est autorisée si un « *effective consent* » a été donné par écrit. Cependant, la HFEA a le pouvoir discrétionnaire de renoncer aux conditions légales de signature de ce consentement, s'il s'agit d'exporter les gamètes pour un usage à l'étranger, à la condition que cela ne contredise pas la loi du pays de destination. En l'occurrence, le *Statutory Approvals Committee* a refusé d'autoriser cette demande d'exportation, au motif que la preuve du consentement de la fille n'avait pas été apportée. La *High Court of Justice* a confirmé la position de la HFEA²⁵⁸. La mère a fait appel de cette décision et a obtenu gain de cause²⁵⁹ : les juges de la *Court of Appeal* ont donc annulé la décision précédente, considérée comme irrationnelle. Selon la juge Arden, les éléments prouvant le consentement de la fille n'ont pas été suffisamment pris en considération, et le comité avait tort d'assumer que la fille « *needed to know matters which on the face of it were not relevant to her situation* ». En d'autres termes, l'information requise « *may vary according to the particular circumstances* », le comité devant effectuer une évaluation globale de tous les éléments soumis ; la HFEA devait donc reconsidérer la demande de la mère.

En **Israël**, une affaire très récente a donné lieu à un revirement de jurisprudence²⁶⁰ qui n'a pas duré longtemps : le 27 septembre 2016, le Tribunal aux affaires familiales de Petach-Tikwa a accepté la requête déposée par un couple pour utiliser les échantillons de sperme de leur fils, Omri Shahar, prélevés immédiatement après son décès pendant son service militaire, afin de faire procéder à une GPA et élever cet enfant eux-mêmes. En d'autres termes, ce sont les grands-parents qui éduqueront leur petit-enfant et par conséquent aucun de ses parents biologiques ; la grand-mère, contrairement au cas britannique, ne portera pas la grossesse. Cette autorisation judiciaire allait à l'encontre de la position du Ministère public. En l'espèce, la partenaire du fils décédé qui était en couple avec lui pendant les trois années précédant son décès ne voulait pas utiliser son sperme pour devenir enceinte, mais soutenait la demande des parents (avec ses deux sœurs aussi). Dans le jugement, la juge a évoqué l'opposition de l'État à cette demande, car cette situation serait contraire au bien-être de l'enfant, le condamnerait à un orphelinat planifié, et placerait l'enfant en état de vulnérabilité par rapport aux autres familles, où il serait considéré comme un mémorial vivant de son père. En revanche, les arguments avancés pour admettre cette demande reposaient sur l'idée qu'en affrontant leur deuil de cette manière, les parents du jeune homme décédé ne commettaient aucune faute, que cet enfant naîtrait

²⁵⁸ *R (On the application of IM and MM) v HFEA* (2015) EWHC 1706 (Admin).

²⁵⁹ *R (On the application of IM and MM) v HFEA* (2016) EWCA Civ 611.

²⁶⁰ « Israeli Parents May Use Dead Son's Sperm to Conceive Grandchild After Court Battle », *Haaretz*, 27 septembre 2016, S. Pulwer.

dans un environnement qui a désiré sa venue au monde, et qu'il serait élevé par des personnes aimantes qui ont manifesté des aptitudes parentales exceptionnelles.

Cette position est, en tout état de cause, une rupture : selon la politique publique depuis 2003, définie dans les directives émises par le Conseiller juridique au Gouvernement²⁶¹, une telle autorisation d'utiliser le sperme d'un homme décédé ne peut être accordée par le tribunal qu'à la partenaire de cet homme, et uniquement s'il a manifesté de son vivant une volonté générale d'avoir des enfants, et après sa mort en particulier (il ne s'agit donc pas d'une configuration de GPA, mais d'une insémination *post mortem*).

Dans l'affaire de septembre 2016, la partenaire ne souhaitant pas utiliser pour elle le sperme ainsi prélevé, l'État s'est opposé à l'opération. Pourtant, ces dernières années, les tribunaux ont autorisé des demandes de grands-parents pour utiliser le sperme de leur fils décédé qui n'avait pas de partenaire de son vivant. Le représentant de l'État a mentionné que la différence réside dans le fait que, dans ces hypothèses, il s'agissait de cas où l'homme décédé avait manifesté sa volonté de procréer, et que surtout il s'agissait d'une demande d'insémination (et non d'une GPA) de la femme qui portera et élèvera cet enfant, de sorte que l'enfant serait élevé par l'un de ses deux parents biologiques²⁶². Une telle autorisation, dans le cas d'une éducation par les grands-parents serait, selon le représentant de l'État, extrêmement problématique et aurait des implications multiples.

Dans le silence de la loi, la juge a décidé d'accepter la demande des grands-parents, en se disant convaincue que l'enfant qui naîtrait serait bien traité, qu'il connaîtrait la mémoire de son père, qu'il donnerait un sens à sa vie, et qu'il profiterait de l'amour des personnes qui l'entoureraient. Selon l'avocat qui a représenté les grands-parents, il s'agit d'un précédent mondial, car jusqu'ici des autorisations ont été accordées pour qu'un enfant puisse être né du sperme d'un homme décédé et élevé par sa mère biologique, et que l'ovocyte utilisé doit émaner de la gestatrice ou de la partenaire du défunt. Cette décision permet donc que la donneuse d'ovocyte et la gestatrice ne soient pas la même personne, et que l'enfant soit élevé par ses grands-parents.

Dans une autre affaire ayant eu lieu quelques mois après, la Cour suprême²⁶³ a déclaré que les échantillons de sperme prélevés immédiatement après décès à la demande de sa veuve pouvaient être utilisés par ses parents. L'appel a été formé par la veuve qui a refait sa vie en attendant et qui a accouché de deux enfants de son nouveau compagnon. Cette dernière a avancé que selon les directives de 2013, les parents du défunt n'avaient pas de droit légal par rapport aux gamètes congelés. Elle a également soutenu que le défunt n'avait pas souhaité avoir des enfants qu'il ne pouvait pas élever, ni des enfants nés après l'insémination d'une autre femme. En revanche, les parents du défunt ont avancé que, comme la veuve ne souhaitait pas utiliser ces gamètes, elle ne pouvait pas s'opposer à ce qu'une autre femme les utilise. En d'autres termes, le Conseiller juridique du Gouvernement, représentant l'État, était le seul à pouvoir s'y opposer.

²⁶¹ Directives n°1.2202- 31 octobre 2003.

²⁶² L'affaire du soldat Kevin Cohen avait reçu une grande couverture médiatique : après l'assassinat de leur fils pendant son service militaire dans la bande de Gaza en 2002, les parents du défunt ont obtenu en 2007 le droit d'utiliser son sperme pour lui assurer une descendance *post-mortem*. Selon les médias, plus que 200 femmes se sont proposées volontaires pour porter cette grossesse et élever l'enfant (il ne s'agit donc pas d'une configuration de GPA), dont une a été choisie par les grands-parents, alors que les parents biologiques et légaux ne s'étaient jamais rencontrés.

²⁶³ Cour suprême (Fam.), 22 décembre 2016, 7141/15.

Pendant la procédure, l'État a envoyé un mémorandum du Ministère de la Santé²⁶⁴ à destination du Parlement (Knesset) concernant la régulation des banques de sperme, notamment la cryoconservation pour un usage ultérieur. Selon ce texte, en l'absence de consentement écrit du défunt, seule son épouse ou partenaire stable peut se faire inséminer; les membres de la famille du défunt n'auront pas de droit concernant le prélèvement ou l'utilisation de ces gamètes, sauf si le défunt n'était pas marié ou n'avait pas de partenaire stable, et uniquement s'il avait donné des instructions par écrit dans ce sens. La Cour suprême a rejeté la demande d'attendre les résultats de ce processus législatif, principalement en raison du caractère sensible du sujet, ainsi que de la durée de temps déjà écoulée.

In fine, la juge Hayut a rejeté la demande des parents du défunt d'utiliser les gamètes de leur fils, écartant un éventuel droit à devenir grands-parents. Le raisonnement est le suivant : sauf en de rares exceptions, le droit israélien ne reconnaît pas de droits des grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants, tant que les parents des enfants sont vivants et juridiquement compétents. D'éventuels droits permettant un contact avec les petits-enfants, n'existent que lorsque les enfants sont déjà nés ; en d'autres termes, ces droits ne peuvent pas être étendus à un droit de demander la naissance des petits-enfants. Ainsi, sauf en de rares exceptions que la présente affaire ne constitue pas, les parents ne peuvent pas avoir une qualité juridique d'agir en matière de procréation de leur enfant si celui-ci a une partenaire stable.

Cet arrêt de la Cour suprême a directement influencé l'appel formé par l'État dans le cadre de l'affaire Shahar : le 29 janvier 2017, cet appel a été admis par la Cour d'appel de Lod. En d'autres termes, les parents du défunt n'étaient plus considérés comme ayant le droit d'utiliser le sperme de leur fils. Leur avocat a fait part de son intention d'intenter un recours devant la Cour suprême. Selon lui, cette affaire se distingue de la précédente car la compagne du défunt soutient la demande de ses beaux-parents.

²⁶⁴ Proposition de loi : *Loi relative à la régulation des banques de sperme*, n° 5777-2016.

3. Débats autour des politiques juridiques

Il existe plusieurs modalités de développement de la controverse entre partisans de diverses modalités de traitement du recours à la GPA. Seul devrait nous intéresser ici ce qui concerne le recours à la GPA à l'étranger. En effet, toute ouverture au niveau national diminue la demande au niveau international alors que toute condition mise à la légalité d'une GPA nationale va l'augmenter.

Face aux difficultés décrites, des revendications pour encadrer le retour des parents intentionnels et l'intégration des enfants ont émergé. Celles-ci ont pris la forme classique de rapports parlementaires, rapports d'experts, lobbying des groupes d'intérêt, aussi bien au niveau national (3.1.) qu'international et européen (3.2.).

3.1. Au niveau national

Au niveau national, plusieurs tentatives de gestion du recours à la GPA à l'étranger ont eu lieu. Nous essayerons de distinguer les objectifs (3.1.1.) et les moyens (3.1.2.).

3.1.1. Objectifs

En **Grande-Bretagne**, l'objectif semble être unique, à savoir que les conventions de GPA soient conclues sur le sol national, et non à l'étranger. Cet objectif est explicitement et quasi --- systématiquement mentionné dans de nombreuses décisions judiciaires, à chaque fois qu'une difficulté liée à la réalisation du contrat à l'étranger est évoquée. Les productions doctrinales aussi sous-entendent souvent cet objectif. Cette position a été également évoquée lors des entretiens.

J1:

« Parents can have gone through years of treatment and emotional trauma. Rather than having to go abroad, they could just do it here ».

CJP:

« In a national surrogacy case, where the surrogate and both of the commissioning couple have legal advice and get to know each other well and the relationship remains sound throughout the pregnancy, or they keep in touch remotely, and if the surrogate's husband or partner is involved if she has one, and if the expenses payment recompenses generously for loss of earnings, then it works well... A problem with national surrogacy is the shortage of surrogates. Surrogates in the UK tend to have a traditional conventional view of birth families so they seem to prefer married couples.... But international surrogacy and the payment of large amounts of money lead to problems... If a UK Commissioning Couple use International surrogates that leads to problems:

It leads to 1 – Money is paid that is more than reasonable expenses so that a Parental Order should not be granted (though these POs are being granted in these sorts of cases).

It leads to 2 – The Commissioning Couple seek to bring the child back, and find they're not legal parents of the child – and that they have no right to bring the child back. This leads to intellectual somersaults by judges at the border, who ignore the law effectively....

It should be possible for a law to provide incentives to use the UK system, not international surrogacy.... A carrot rather than a stick approach. A stick is ineffective unless you go all the way back to Warnock and criminalise those involved. There are rules or a stick approach in relation to Parental Orders. But they get awarded Parental Orders all the same.

We need international if not regional European agreement. But it is very difficult to get ».

Au niveau interne, le rapport émis en novembre 2015, *Surrogacy in the UK : Myth busting and reform*²⁶⁵, dont le processus d'élaboration sera décrit dans la prochaine section, revendique explicitement plusieurs objectifs. Déclarant que « *It is a myth that 'international' or 'cross-border' surrogacy has become commonplace for intended parents from the UK* », les auteurs du rapport souhaitent encourager la GPA dite altruiste²⁶⁶, en soulignant que la condition de non dépassement des dépenses raisonnables n'est pas respectée en réalité ; réformer la procédure et les conditions du *Parental Order* en mettant en place une procédure de *Pre-birth Parental Order* (avant la naissance), *a priori*, conférant la parenté légale dès la naissance²⁶⁷ ; étendre la catégorie des personnes éligibles à des personnes seules (le rapport date d'avant le revirement de jurisprudence), ainsi qu'à celles qui utilisent un double don de gamètes, et supprimer le délai de soumission (là aussi le rapport a précédé un revirement de jurisprudence). Ces revendications, qui seront analysées séparément, concernent également les cas de recours à l'étranger car, comme l'on a vu, la procédure du *Parental Order* est bien plus simple et courante que celle de l'adoption, et son octroi est censé se conformer aux conditions posées dans le régime interne. Par ailleurs, en réformant le régime interne de la GPA, les auteurs de ce rapport ont pour objectif de réduire le nombre de départs à l'étranger.

Malgré tout, le rapport Horsey ne fournit pas de réponse aux questions suivantes : comment prétendre favoriser le recours à la GPA altruiste en Grande-Bretagne tout en acceptant systématiquement les dépassements de rémunération ? Peut-on sérieusement dire que l'on augmente les droits de la gestatrice, au nom de son autonomie, en faisant le projet de ne plus lui permettre de garder l'enfant ? Comment favoriser le recours à la GPA locale si l'on n'accepte pas de libérer les rémunérations ? Comment éviter le développement d'un marché parallèle d'enfants adoptables entre personnes privées en favorisant le double don de gamètes²⁶⁸ ?

Enfin, l'association des travailleurs sociaux PROGAR (*British Association of Social Workers Project Group on Assisted Reproduction*), considérée comme influente, milite pour

²⁶⁵ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*.

²⁶⁶ Selon les auteurs de ce rapport, la plupart des gestatrices britanniques reçoivent moins que 15 000€ de compensation et gardent de bonnes relations avec les parents intentionnels et les enfants ainsi conçus.

²⁶⁷ Selon les auteurs de ce rapport, environ 75% des gestatrices pensent qu'elles ne devraient pas avoir le droit de changer d'avis et de garder l'enfant.

²⁶⁸ Pour rappel, le régime britannique de GPA consiste en fait en un transfert de droits parentaux *a posteriori*, aucune formalité préalable n'étant requise ; ainsi, des transmissions d'enfants dont la venue n'était pas souhaitée pourraient être déguisées en convention de GPA sans lien génétique.

que le recours à la GPA en général soit mentionné dans l'acte de naissance²⁶⁹, afin de permettre à l'enfant d'avoir une trace de son mode de conception.

En **Israël**, 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.

CJP (à propos de la proposition de loi qui n'a pas été votée d'encadrer le recours à la GPA à l'étranger²⁷⁰):

« We see surrogacy abroad and surrogacy in Israel as linked tools, and we see surrogacy abroad as a “pressure relief valve” for surrogacy in Israel. So, we didn't want international surrogacy to disappear as an option ».

Les intérêts politiques de l'État d'Israël et de certains acteurs politiques ont été mentionnés lors des entretiens. Les efforts pour définir une politique publique ont été faits en essayant de trouver un équilibre entre, d'une part, les pressions internes pour autoriser explicitement le recours à la GPA à l'étranger et, d'autre part, les pressions extérieures de respecter la souveraineté des autres pays ainsi que les standards internationaux contre le trafic d'enfants. Les pressions internes ont été exprimées, par exemple, par les manifestations devant le domicile du Ministre de l'Intérieur pour demander son aide aux parents intentionnels coincés en Thaïlande avec leurs bébés, après que le Gouvernement Thaï a prohibé le recours des étrangers à la GPA dans ce pays²⁷¹.

En **France**, les camps se partagent entre d'une part ceux qui sont contre la GPA en général, et qui pensent que l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger porte atteinte aux fondements politiques de son interdiction au niveau national et qu'elle est utilisée pour obtenir la reconnaissance de la GPA sur le territoire national, et d'autre part ceux qui militent pour la reconnaissance juridique totale des enfants nés par GPA à l'étranger : la nationalité étant déjà acquise, le lien de filiation à l'égard de deux parents intentionnels devrait être établi.

En **Belgique**, un débat sur l'encadrement de la GPA au niveau interne a récemment eu lieu. Dans une interview de Petra de Sutter, une sénatrice du parti vert flamand Groen, à qui l'on demande où en sont les travaux du Sénat, elle répond : « Ce n'est pas prioritaire politiquement. Comme c'est un sujet éthique, il pourrait revenir en fin de législature... ou

²⁶⁹ V. p. 238 et s.

²⁷⁰ V. p. 100 et s.

²⁷¹ <http://www.mako.co.il/pride-news/local/Article-625bba88f8a9341006.htm>

tomber dans les limbes »²⁷². Ainsi, les objectifs ne sont pas clairs et l'encadrement de la GPA en général fait l'objet de grandes divergences comme on le verra par la suite.

Quels sont les instruments juridiques susceptibles d'être utilisés pour encadrer, sinon la GPA à l'étranger, du moins mettre des conditions au retour des enfants sur le territoire national ?

3.1.2. Instruments juridiques

Il existe différents instruments permettant d'encadrer le recours à la GPA à l'étranger.

En Israël, il s'agit de *Guidelines* à l'intention des ambassades, datant probablement du début 2011 mais cela n'est pas certain, étant donné qu'elles n'ont jamais été publiées. Elles semblent inclure les conditions suivantes :

- Interdiction de recours aux services d'une gestatrice si la loi du pays fournisseur interdit la GPA ou certaines conditions de recours à la GPA (par ex. pour homosexuels) ;
- Obligation d'effectuer un test génétique pour établir le lien avec l'un des parents intentionnels, test réalisé en Israël, alors que le bébé est encore dans le pays de naissance ; un couple qui n'utilise pas ses propres gamètes ne peut donc pas obtenir automatiquement la nationalité israélienne pour l'enfant. La mère d'intention, même si elle a donné l'ovocyte, devra passer par une procédure d'adoption (bien qu'il soit toléré qu'un *Parental Order* soit la procédure adéquate dans certains cas²⁷³) ;
- Le renoncement de la gestatrice à ses droits parentaux est requis par écrit si elle est désignée comme mère légale dans le pays de l'offre ;

Ces *Guidelines* n'incluent pas de conditions particulières concernant la convention en tant que telle, ou les conditions dans lesquelles la GPA est réalisée.

Il est désormais évident que le recours à la GPA à l'étranger est un phénomène significatif qui nécessite une régulation plus étendue : les conseillers juridiques auprès des différents ministères ont alors commencé à revendiquer une intervention du législateur. Dans les entretiens, ils ont par exemple évoqué le Comité Mor-Yosef, créé en 2010 et qui formule des recommandations en matière de régulation de traitements d'infertilité, en souhaitant qu'il intègre également le recours à la GPA à l'étranger, et non pas uniquement le recours interne²⁷⁴.

Le recours à la GPA à l'étranger a été inclus dans ce rapport²⁷⁵, formulant les recommandations suivantes²⁷⁶ : encourager la collaboration interétatique afin d'éviter

²⁷² *Le Soir*, 24-25 septembre 2016 : <http://www.lesoir.be/1325657/article/selection-abonnes/2016-09-24/meres-porteuses-on-ne-choisit-pas-d-avoir-un-enfant-aux-etats-unis>

²⁷³ V. p. 237 et s.

²⁷⁴ Le comité L Mor-Yosef est un comité public professionnel, désigné par le Ministre de la justice compétent en matière de régulation de l'infertilité en Israël. Les membres de ce comité sont des professionnels travaillant dans ce domaine, majoritairement des médecins. Ainsi, ce comité est composé de 7 médecins, 4 conseillers juridiques (du Ministère de la santé et du Ministère de la justice), un éthicien, un travailleur social et un psychologue. Parmi ces personnes, au moins 4 sont juifs orthodoxes et un musulman (on ne sait pas s'il est religieux ou non).

²⁷⁵ Ministère de la santé, *Recommandations du comité public d'évaluation de législation en matière de fertilité et de naissance*, mai 2012 (hébreu).

l'exploitation des femmes et d'œuvrer dans le sens de la conclusion d'une convention internationale, calquée sur celle de l'adoption internationale ; mettre en place une commission interministérielle qui reconnaîtrait certaines cliniques étrangères en fonction de leur niveau médical, de l'obtention effective du consentement de la gestatrice, et des conditions de réalisation de la GPA ; les médecins israéliens ne seraient pas autorisés à collaborer avec des cliniques non agréées, l'interdiction étant assortie d'une sanction pénale; la procédure de retour engagée par les parents intentionnels ayant travaillé avec ces cliniques agréées doit être allégée ; dans le cas de recours à la GPA à l'étranger avec des cliniques non agréées, la procédure de reconnaissance juridique resterait inchangée. Le Comité s'est dit conscient qu'on ne peut pas arrêter le recours à l'étranger avec des cliniques non agréées, mais a exprimé sa conviction que cette pratique se réduirait avec le temps.

En effet, la fermeture de certains marchés conduisant à la recherche de marchés encore plus risqués a fourni une raison pour une demande de législation en matière de recours à l'étranger. Des conseillers juridiques des différents ministères ont également exercé une pression sur l'ancienne Ministre de la santé, Yaël German, afin d'inclure le recours à la GPA à l'étranger dans la prochaine réforme légale de la GPA, bien que Yaël German ait préféré se concentrer uniquement sur le niveau interne, et ont joué un rôle important dans la rédaction de la proposition de loi. Presque tous ces conseillers juridiques ont exprimé leur profonde déception du fait que cette proposition de loi ne soit pas passée en raison des élections anticipées ayant conduit à l'établissement d'un nouveau gouvernement n'ayant pas poursuivi le projet. Ils se sont dits inquiets que, sous le nouveau ministre de la santé, qui appartient à un parti ultra-orthodoxe s'opposant aux relations homosexuelles, les chances que cette proposition de loi passe diminuent ; ils ont donc œuvré pour que ladite proposition de loi soit divisée en deux, de manière à ce qu'au moins la partie concernant le recours à l'étranger passe (celle consacrée à la pratique interne étant plus sensible politiquement), mais cela n'a toujours pas avancé. Enfin, le 10 janvier 2017²⁷⁷, la Cour suprême a critiqué la résistance de l'État à mettre en place une loi qui autoriserait l'accès des couples homosexuels et des personnes seules à la GPA interne, en déclarant que la Cour allait se prononcer d'ici la fin de l'année sur un dossier soumis il y a deux ans. Ce dossier avait en effet été soumis par plusieurs couples homosexuels et deux femmes célibataires, en soutenant que la loi de GPA est inconstitutionnelle²⁷⁸.

En **Belgique**, il semble que la GPA ait commencé à susciter un intérêt des pouvoirs politiques au début des années 2000, lorsque s'est posée la question de la régulation de la procréation médicalement assistée. Saisi d'une demande du Ministre de la Santé publique et des Pensions (1998), le Comité consultatif de bioéthique (CCB) a rendu un avis sur le sujet (avis n°30) en juillet 2004. Le CCB a recommandé que « si elle est autorisée, la pratique de la gestation pour autrui doit être régulée au niveau Fédéral et Communautaire ». Par ailleurs, « le Comité estime que, compte tenu de l'expérience restreinte dans cette question très délicate, la gestation pour autrui ne doit être autorisée, pendant une dizaine d'années, que sur base de strictes indications médicales. Si, plus tard, une évaluation montre une relative

²⁷⁶ *Ibid.*, p.68 et s.

²⁷⁷ *Haaretz*, 10 janvier 2017, Ilan Lior (hébreu).

²⁷⁸ Plus précisément, incompatible avec les lois organiques, l'État d'Israël ne s'étant pas doté de constitution pour des raisons politiques.

sécurité de ces procédures, les critères d'inclusion pourront être élargis »²⁷⁹. En parallèle, plusieurs propositions de loi visant à réguler la GPA ont été déposées au Parlement entre fin 2003 et 2006 et ont fait l'objet d'un avis détaillé du Conseil d'État en février 2006 (n°3-417/3)²⁸⁰.

Les discussions autour de la GPA ont été accélérées à la suite du cas du « Bébé Donna » qui fut très médiatisé en 2005. Cette affaire concernait une enfant, Donna, qui avait fait l'objet de transactions financières dans le cadre d'une GPA. Un couple limbourgeois dont l'épouse ne pouvait pas avoir d'enfant avait fait appel aux services payants d'une gestatrice. Celle-ci non seulement portait l'enfant du couple, mais en était aussi la génitrice, puisque l'enfant avait été conçu par insémination avec le sperme du père intentionnel. Pendant sa grossesse, la gestatrice a cherché sur Internet d'autres couples qui étaient prêts à payer davantage pour obtenir l'enfant. À sept mois de grossesse, elle a revendu le bébé à naître à un couple hollandais pour la somme de 15.000 euros, tout en faisant croire au couple flamand qu'elle avait fait une fausse-couche. Le couple flamand découvrit le subterfuge quelques mois après la naissance, mais le bébé vivait déjà auprès du couple hollandais qui avait entamé une procédure d'adoption. L'affaire fut portée en justice pour « traitement dégradant » vis-à-vis de l'enfant. Pendant ce temps, l'enfant fut placé en institution, la justice ne sachant pas à l'égard de qui la filiation devait être établie et à qui il revenait de l'élever, entre son géniteur et son épouse vivant en Flandre, le couple hollandais qui s'en était déjà occupé depuis trois mois, ou la gestatrice et son mari. En effet, dans l'état actuel de la loi, c'était ce dernier qui était censé être désigné comme le père légal de l'enfant *via* le principe de présomption de paternité. Ce cas mit en évidence les dilemmes auxquels peut conduire ce type de situation en l'absence de mesures légales déterminant les critères qui doivent prédominer en la matière, soit le lien biologique, le « contrat » non-officiel de GPA, l'engagement parental, la parentalité quotidienne ou les liens du mariage.

À la suite de cette affaire, plusieurs propositions de loi visant à réguler la GPA ont été déposées ou redéposées au Parlement. Le contenu de ces propositions de loi diffère parfois considérablement, allant de la légalisation de la GPA sous certaines conditions à son interdiction complète²⁸¹. Ces propositions de loi sont devenues caduques en fin de législation avant d'avoir été discutées.

Le sujet de la GPA est réapparu vers 2014 avec la question de « l'accouchement discret » et celle de l'établissement de la filiation du co-parent. Pour ce qui est de l'accouchement discret, il faciliterait en effet les procédures de GPA en permettant à la gestatrice d'accoucher dans l'anonymat tout en gardant ses données dans un registre spécifique. Plusieurs propositions de loi avaient déjà été déposées au cours des trois législations précédentes mais sans être discutées. Ces propositions ont été brièvement discutées en 2015 mais le dossier est toujours en suspens. Quant au statut de 'co-parent', il permettrait d'étendre les règles de filiation en vigueur pour les couples hétérosexuels aux couples lesbiens en établissant la maternité de la partenaire mariée ou cohabitante de la mère biologique d'un enfant conçu par AMP par « présomption de maternité » ou

²⁷⁹ Comité Consultatif de Bioéthique, Avis n°30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui, p. 34-35 : http://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/7972417/Avis%20n%C2%B030%20du%205%20juillet%202004%20relatif%20%C3%A0%20la%20gestation-pour-autrui.pdf

²⁸⁰ <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub.html&COLL=S&LEG=3&NR=417&VOLGNR=3&LANG=fr>

²⁸¹ Pour plus de détails sur ces propositions de loi et leur analyse, voir Nicole Gallus, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier (Bruxelles, 2009), pp. 392-393.

« reconnaissance à la naissance ». Néanmoins, bien qu'il s'agisse de faciliter l'établissement de la parenté pour des couples qui ont recours à l'AMP, certains parlementaires souhaitent aussi régler la question de la GPA par la même occasion. L'une des deux propositions de loi déposées à cet effet a suggéré ainsi d'étendre la co-parentalité aux couples gays (n°5-2445/1). Une loi sur la co-maternité, limitée aux couples lesbiens, a été finalement adoptée en avril 2014 (en vigueur depuis janvier 2015).

L'enjeu de la GPA reste toutefois d'actualité et quatre propositions de loi relatives à la GPA ont été déposées à la Chambre des représentants à partir de juillet 2014. En novembre de la même année, une quarantaine de parlementaires ont déposé au Sénat une demande d'établissement d'un rapport d'information sur la possibilité de créer un régime légal de coparentalité et de définir un cadre légal pour la GPA (Sénat 6-98/1). Cette demande a été justifiée au nom de la poursuite de la levée des discriminations à l'égard des couples de même sexe, en particulier en ce qui concerne les couples d'hommes gays dont le partenaire du père biologique, contrairement désormais aux couples de lesbiennes, n'a pas la possibilité d'être directement reconnu comme le deuxième parent de l'enfant. Selon les parlementaires, cette régulation de la GPA permettrait aussi de sanctionner les abus potentiels en matière de GPA.

À la suite de cette demande, plus d'une vingtaine d'experts ont été auditionnés au Sénat et plusieurs réunions ont eu lieu au cours de l'année 2015. Ces expertises et discussions ont ensuite fait l'objet d'un rapport d'information publié en décembre 2015²⁸². Ce rapport indique notamment qu'« à l'exception du groupe cdH [groupe démocrate-chrétien francophone] qui, au nom du principe de précaution, souhaite son interdiction formelle, il existe au sein de la commission un consensus sur le fait qu'il faut légiférer en matière de gestation pour autrui »²⁸³. Parmi les arguments évoqués figurent la nécessité de sécuriser et protéger la situation légale des parents d'intention, de la gestatrice et de l'enfant, l'existence actuelle d'une GPA en Belgique régulée par les seuls médecins, la volonté d'empêcher la commercialisation de la GPA, l'inégalité subie pour les hommes gays en matière de choix reproductifs, etc.²⁸⁴ Le rapport précise toutefois qu'« il existe un consensus au sein de la commission pour interdire toute forme de gestation pour autrui dite commerciale ». La définition de la GPA commerciale varie d'un parti politique à l'autre mais de manière générale, ce terme semble renvoyer aux situations où le dédommagement reçu par la gestatrice excède la compensation pour la perte de revenu, les frais liés à la grossesse et l'accouchement, lorsque la gestatrice a pour objectif de s'enrichir²⁸⁵. En effet, dans ce cas, les différents partis estiment que les personnes impliquées devraient être sanctionnées²⁸⁶.

En **France**, le sujet de la GPA est devenu un véritable enjeu de société, avec une couverture médiatique importante et une intense activité des associations militantes²⁸⁷. Les responsables politiques, de gauche et de droite, affichent dans leur majorité leur hostilité à cette pratique interdite, tandis que l'on distingue sur la scène publique par deux groupes principaux. On peut schématiquement établir que d'une part, il existe un groupe

²⁸² Sénat 6-98/2.

²⁸³ *Ibid.*, p. 254.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 254-255.

²⁸⁵ *Ibid.*, p.256.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 258.

²⁸⁷ V. p. 220 et s.

classé à la droite de l'échiquier politique. Issu de « La Manif Pour Tous », leader de l'opposition à la loi du 17 mai 2013 sur le mariage des couples de même sexe, il rassemble principalement des personnes appartenant aux courants religieux les plus traditionnalistes, dont les catholiques sont les plus visibles et les plus actifs mais ne sont pas les seuls. Au-delà, il exprime plus généralement le point de vue de la part de l'opinion attachée à une représentation traditionnelle de la famille occidentale. D'autre part, on distingue un groupe classé à gauche de l'échiquier politique qui intègre certains courants féministes et une minorité d'écologistes, est le plus souvent favorable au mariage des couples de même sexe, partagé quant à l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et opposé à la GPA. Mais il faut souligner que l'opposition à la GPA transcende les notions de droite et de gauche, comme celles qui reposent sur l'opposition entre religieux et non religieux ou traditionnalistes – progressistes. La deuxième ligne de clivage porte sur la nécessité ou non, de faciliter au maximum l'intégration des familles à leur retour, allant d'une reconnaissance sans aucune trace au maintien de différences. À ce deuxième niveau, certains opposants à la GPA sont favorables à l'effacement de toute trace de l'opération, tandis que d'autres souhaitent le maintien de procédures particulières, dans la lignée du rapport Détraigne – Tasca.

Plus concrètement, le problème principal de l'intégration juridique des enfants conçus et nés par GPA à l'étranger est le refus de transcription du second parent intentionnel sur le registre d'état civil français. Sur le plan technique, autoriser la transcription pourrait se faire par simple circulaire comme cela a été fait dans le cas de la circulaire émise par la Garde des Sceaux, Christine Taubira, en janvier 2013²⁸⁸ attribuant aux enfants la nationalité française sans établir le lien de filiation en droit français. Cela pouvait apparaître comme un compromis²⁸⁹ dans ce débat sociétal. Cependant, outre le fait que de tels choix politiques effectués par circulaire ne sont guère satisfaisants sur le plan du fonctionnement de la démocratie, le Gouvernement français de l'époque était divisé. En effet, l'ancien Premier Ministre, Manuel Valls, l'ancien Ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve, et l'ancien Ministre des affaires étrangères, Laurent Fabius, ne partagent pas cette position. Dans une interview du 3 octobre 2014, dans *la Croix*,²⁹⁰ à deux jours d'une nouvelle « Manif pour tous » dont les rangs s'annonçaient fournis, mais bien après les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, rendus par la CEDH, pour lesquels le Gouvernement français avait choisi de ne pas faire appel, Manuel Valls, s'est ouvertement déclaré opposé à cette pratique, qui restera

²⁸⁸ Circulaire du 25 janvier 2013, JUSC 1301528C, CIV/02/13, v. p.17.

²⁸⁹ Selon une réponse ministérielle du garde des Sceaux, publié le 3 mai 2016 ([http://www2.assemblee-nationale.fr/deputes/documents_parlementaires/\(offset\)/10/\(id_omc\)/OMC_PA345937/\(type\)/Questions/\(scope\)/serviceRechercheAN/\(searchtext\)/*](http://www2.assemblee-nationale.fr/deputes/documents_parlementaires/(offset)/10/(id_omc)/OMC_PA345937/(type)/Questions/(scope)/serviceRechercheAN/(searchtext)/*)), « A cet égard, la portée de la circulaire mentionnée, dont la régularité a été confirmée par un arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014, ne porte pas atteinte au principe de prohibition de la gestation pour autrui en France affirmé à l'article 16-7 du code civil. Elle marque la recherche d'un juste équilibre entre le principe d'ordre public de prohibition de la gestation pour autrui, auquel le gouvernement français reste attaché, et la nécessaire protection qu'il convient de garantir à l'enfant au nom de son intérêt supérieur au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990, relative aux droits de l'enfant et de son droit à mener une vie familiale normale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle illustre, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme issue de ses décisions du 26 juin 2014 ayant condamné la France, la nécessité de distinguer le sort des enfants de celui de leurs parents ayant eu recours à un contrat illicite et, ainsi, de leur garantir, sur le territoire national, le droit au respect de leur identité, dont la nationalité française constitue un aspect essentiel ».

²⁹⁰ *La Croix*, « Manuel Valls : « La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA' », M. Boeton, D. Quinion, F. Thomasset, 3 octobre 2014.

interdite en France et qui est « une pratique intolérable de commercialisation des êtres humains et de marchandisation du corps des femmes ». Il a expliqué que la France n'avait pas fait appel des arrêts de la CEDH du 26 juin 2014 car le droit français n'était pas remis en question. « En tout état de cause, le gouvernement exclut totalement d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et normaliser la GPA ». Enfin, Manuel Valls a déclaré que, sans aller jusqu'à poursuivre les parents intentionnels pour les sanctionner de peines de prison, « La France entend promouvoir une initiative internationale qui pourrait aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la GPA n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent »²⁹¹.

Des actions en arrière-scène de l'exécutif sont dévoilées par les médias : le journal *Libération* ouvre le débat²⁹² en évoquant l'existence d'un document daté du 19 janvier 2015, émanant de la sous-direction de l'état civil et de la nationalité, rattachée au Ministère des affaires étrangères, où il est clairement expliqué à l'officier d'état civil des consulats qu'il doit « en cas de suspicion de recours à la gestation pour autrui saisir le parquet de Nantes » et se référer à la « fiche reflexe » sur la GPA : se méfier d'une volonté de retour précipité en France ou un certain comportement à l'égard du poste (refus de coopération, par exemple) ; dans ce cas, il faudrait procéder à des auditions, si possible séparées, du (ou des) parents et de la mère supposée porteuse. Cette consigne interdit également la délivrance des documents de voyage aux enfants alors que le quai d'Orsay a été condamné sur ce point par le Conseil d'État en 2011²⁹³.

Ensuite, le journal *Le Monde*²⁹⁴ s'est pour sa part procuré un document du ministre des affaires étrangères, daté du 13 novembre 2015, qui propose à la personne qui a adopté des jumeaux nés par GPA à l'étranger, d'arrêter, contre rémunération, les poursuites engagées contre la France devant la CEDH. Dans ce document la France propose de verser au requérant une somme de 33 750 euros pour solder ce contentieux. Il y est précisé que « *le règlement vaudra règlement définitif de la cause* ». Cette proposition a été rejetée par l'avocat défendant les requérants, et n'a pas empêché une seconde condamnation de la France par la CEDH en juillet 2016.

Plus officiellement, deux propositions de loi ayant pour objectif de contrer fermement la GPA ont été séparément déposées par Philippe Gosselin, député Les Républicains de la Manche, et Valérie Boyer, députée Les Républicains des Bouches du Rhône : la première (n° 1354) visait à intégrer le principe de l'indisponibilité du corps humain dans la Constitution ; la deuxième (n°2706) avait pour objectif de créer des articles spécifiquement relatifs à la GPA dans le Code civil et le Code pénal, de sorte que le recours à la GPA constitue un délit spécial, séparé du pur abandon d'enfant, et que les couples ayant recours à la GPA à l'étranger soient condamnés, dérogeant ainsi au principe de l'interdiction de la double incrimination. Le 21 juin 2016, dans une ambiance houleuse à l'Assemblée nationale, les députés ont rejeté à une courte majorité (227 voix pour et 291 voix contre pour la première ;

²⁹¹ Ce qui correspond aux recommandations du rapport Détraigne- Tasca, *supra*.

²⁹² *Libération*, « GPA : des centaines d'enfants attendent leur livret de famille », C. Mallaval, 26 mars 2015.

²⁹³ V. p. 65.

²⁹⁴ *Le Monde*, 25 décembre 2015, J. Pascual, « La France sort le chéquier pour clore un contentieux sur la GPA ».

241 voix pour et 262 voix contre pour la deuxième) ces deux propositions de loi (d'ailleurs, le même jour un débat sur la GPA a été prévu à la Commission sociale du Conseil de l'Europe, que nous allons aborder par la suite).

Par ailleurs, deux rapports ont été publiés, abordant la question de l'intégration des enfants nés par GPA à l'étranger : le premier, en 2014, « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle »²⁹⁵, commandé par l'ancienne ministre chargée de la famille, Dominique Bertinotti, était présidé par la sociologue Irène Théry et rapporté par la juriste Anne-Marie Leroyer : « Pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention. Cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne »²⁹⁶.

Le deuxième rapport, soumis par les sénateurs Yves Détraigne et Catherine Tasca²⁹⁷ en février 2016, formule les recommandations suivantes : relever le quantum des peines encourues au titre des infractions sanctionnant le recours ou la promotion de la GPA ; négocier, soit dans un cadre multilatéral, soit dans un cadre uniquement bilatéral, avec les pays qui autorisent la GPA afin qu'ils en interdisent le bénéfice aux ressortissants français ; s'en tenir à une lecture stricte des exigences posées par la CEDH : à cet effet, n'autoriser, dans le Code civil, que la reconnaissance des filiations conformes aux règles du droit français, c'est-à-dire, d'une part, la filiation biologique paternelle et, d'autre part, la filiation à l'égard de la femme qui a effectivement accouché de l'enfant (l'établissement d'un lien avec le parent d'intention ne serait pas possible car ce serait contraire à la règle fondamentale du droit français selon laquelle la mère est celle qui accouche ; l'impératif de la prohibition de la GPA serait ainsi respecté). Cet établissement de filiation pourra être fait uniquement par l'enfant (pas par ses parents) ; confirmer qu'aucune autre action tendant à établir une filiation d'intention (par exemple une adoption ultérieure de l'enfant du conjoint ou une action en possession d'état), en prolongement du processus frauduleux de recours à la GPA, ne puisse prospérer ; permettre au parent d'intention dont la filiation n'aura pas été reconnue de bénéficier des dispositifs d'aménagement et de l'autorité parentale qui lui permettront d'agir aux yeux des tiers comme un titulaire légitime de cette autorité.

Comme on l'a vu, le sujet du recours à l'étranger à une prestation non autorisée en France peut concerner indirectement le recours à la GPA à l'étranger, en raison de la définition de ce qui peut être considéré comme légal ou non. Deux exemples sont intéressants à cet égard : le premier concerne l'insémination des femmes seules. En juillet 2016, la Ministre de la santé, Marisol Touraine, a abrogé une circulaire qui pénalisait les

²⁹⁵ *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Irène Théry (présidente), Anne-Marie Leroyer (rapporteuse), 2014.

²⁹⁶ *Ibid.*, p.198.

²⁹⁷ Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)*, par M. Yves Détraigne et Mme Catherine Tasca, n°409, 17 février 2016.

gynécologues prenant en charge des patientes ayant bénéficié d'une AMP à l'étranger²⁹⁸. Le texte en question, diffusé le 14 janvier 2013, rappelait « les sanctions applicables en cas d'entremise pour recourir au don de gamètes rémunéré », sanctionnant les gynécologues de 5 ans de prison et de 75 000 euros d'amende. Le deuxième exemple est l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016²⁹⁹ autorisant une femme à récupérer le sperme congelé en France de son défunt mari, pour procéder à une insémination *post mortem* en Espagne : « Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique-- lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français --- porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». En d'autres termes, le Conseil d'État n'applique pas le droit positif qu'il considère comme incompatible avec la Convention européenne, ce qui entraîne un affaiblissement inévitable des choix pourtant longuement débattus du législateur et rejoint la tendance constatée dans d'autres pays, à savoir un certain contournement des choix du législateur par les juges. La même position a été adoptée peu de temps après l'arrêt de la haute juridiction administrative, à savoir par le Tribunal administratif de Rennes le 12 octobre 2016³⁰⁰, cette fois-ci à propos d'un couple de ressortissants français.

Par ailleurs, à l'occasion d'une nouvelle manifestation organisée par le mouvement « Manif pour tous » qui s'est déroulée dimanche 16 octobre 2016, la Ministre de la famille, Laurence Rossignol, a confirmé que la question de la GPA ne figurait pas à l'agenda politique du gouvernement.

Enfin, pendant la campagne présidentielle de 2017, les principaux candidats ont déclaré leur volonté de maintenir l'interdiction de la pratique de la GPA sur le sol national³⁰¹.

²⁹⁸ « PMA à l'étranger : une circulaire punissant les gynécologues abrogée », *Le Monde*, 8 Juillet 2016.

²⁹⁹ CE, 31 mai 2016, *Mme C. A.*, n° 396848.

³⁰⁰ Le tribunal administratif a jugé que « des circonstances exceptionnelles justifient qu'il soit enjoint au centre hospitalier régional universitaire de Rennes de prendre toutes les mesures utiles afin de permettre l'exportation, dans un établissement européen acceptant de procéder à une insémination post-mortem, des gamètes d'un époux décédé ». Ces « circonstances très particulières » représentent pour la requérante « une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa décision et de celle de son défunt époux de devenir parents ». Dans ce sens, v. les récents jugements du tribunal administratif de Montreuil, *Consorts R. et A.*, 14 février 2017, n°1606644 et 1606724.

³⁰¹ « Droits des LGBTI : que proposent les candidats ? », *Libération*, 19 avril 2017 : http://www.liberation.fr/elections-presidentielle-legislatives-2017/2017/04/19/droits-des-lgbti-que-proposent-les-candidats_1563714; « Présidentielle : les positions des candidats sur la PMA et la GPA », *Le Figaro Madame*, 19 avril 2017: <http://madame.lefigaro.fr/societe/presidentielle-les-positions-des-candidats-sur-gpa-pma-190417-131005>

Emmanuel Macron³⁰², Benoît Hamon³⁰³ et Jean-Luc Mélenchon ont déclaré leur position en faveur de la transcription à l'état civil français des enfants nés par GPA à l'étranger³⁰⁴.

En **Grande-Bretagne**, le récent rapport *Surrogacy in the UK : Myth busting and reform* (souvent appelé "Horsey Report")³⁰⁵, a été élaboré avec le soutien de quatre institutions. La première est *Surrogacy UK*³⁰⁶, une agence de GPA sous la forme d'une association à but non lucratif, reconnue par le Ministère de la santé, la HFEA, et *la British Medical Association*; la seconde est la *Kent Law School*, c'est-à-dire la faculté de Droit de l'Université de Kent; la troisième est Michelmores, un cabinet d'avocats compétent principalement en droit international des affaires, mais qui dispose aussi d'un département de conseil en droit de la famille ; la quatrième est le *Progress Educational Trust*³⁰⁷, une association à but non-lucratif ayant pour objectif d'encourager le savoir du public dans la science, le droit et l'éthique, en particulier dans les domaines de la génétique humaine, l'AMP et la recherche sur l'embryon et les cellules-souches.

Cette composition mêlant monde académique, monde associatif et monde des affaires explique la contribution des cinq auteurs, tous au soutien de la GPA (et parmi les auteurs une gestatrice) : Dr. Kirsty Horsey (une chercheuse académique dans la faculté de Droit à Kent), Natalie Smith et Sarah Jones (membres de *Surrogacy UK*), Sarah Norcross (directrice au *Progress Educational Trust*) et Louisa Ghevaert (avocat chez Michelmores). La réforme de la loi, plébiscitée dans ce rapport, a été soutenue³⁰⁸ par trois personnalités notoires du monde académique ayant influencé la définition de la politique publique en matière de GPA : Mary Warnock (Professeur de philosophie morale à l'Université d'Oxford, ayant présidé le comité de rédaction du rapport Warnock³⁰⁹, publié en 1984, qui donna les grands cadres repris par le législateur en 1990), Margaret Brazier (Professeur de Droit à l'Université de Manchester, ayant présidé la rédaction d'un rapport soumis au Gouvernement sur la pratique de la GPA³¹⁰) et Susan Golombok (Professeur de psychologie, directrice du *Centre for Family Research* à l'Université de Cambridge, ayant travaillé principalement sur l'impact des nouvelles formes de famille sur le développement de l'enfant).

³⁰² « Polémique autour de la GPA : ce que dit vraiment Emmanuel Macron », *Le Parisien*, 19 avril 2017: <http://www.leparisien.fr/elections/presidentielle/polemique-autour-de-la-gpa-ce-que-dit-vraiment-emmanuel-macron-19-04-2017-6866685.php>

³⁰³ https://www.buzzfeed.com/paulaveline/flash-ball-nucleaire-gpa-15-questions-a-benoit-hamon?utm_term=.sub5EeBMd#.cpQIOAz5

³⁰⁴ « Droits des LGBTI : que proposent les candidats ? », *Libération*, *supra*.

³⁰⁵ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*.

³⁰⁶ https://www.surrogacyuk.org/about_us

³⁰⁷ Ce groupe de scientifiques, de médecins, de patients et de parlementaires, a œuvré pour la mise en place de la *HFEA Act 1990*, et depuis, organise des événements, publie la Newsletter en ligne *BioNews*, propose du conseil, et « *plays a part in shaping policy too and working behind the scenes to bring together different stakeholders, brokering meetings, and putting people in touch with policymakers and the media*» (<http://www.progress.org.uk/background>).

³⁰⁸ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*, p.5.

³⁰⁹ *A Question of Life- The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Londres, Basil Blackwell, 1985.

³¹⁰ M. Brazier, A. Campbell, S. Golombok, *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*, Department of Health, 1998.

La notoriété des auteurs, ainsi que le soutien que leur apportent plusieurs personnalités et des institutions reconnues dans le paysage britannique, portent à croire que leur démarche aura un probable impact.

3.2. Aux niveaux international et européen

Le Parlement européen, dans son *Rapport sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde*, adopté en décembre 2015, « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises; estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme » (§115)³¹¹.

Le recours à la GPA à l'étranger a donné lieu à d'autres actions au niveau international, notamment celle devant le Conseil de l'Europe (3.2.1.) et celle de la Convention de La Haye (3.2.2.):

3.2.1. Conseil de l'Europe

Une remarque préalable sur la technique normative de cette institution : contrairement aux résolutions, les recommandations du Conseil de l'Europe à l'adresse des États membres ne sont pas contraignantes ; un rapport est toujours accompagné d'une proposition de résolution et d'une proposition de recommandation.

En matière de GPA, au sein de la Commission de questions sociales, de santé et du développement durable du Conseil de l'Europe, les rapports rédigés par la sénatrice socialiste belge Petra de Sutter ont donné lieu à des controverses, en raison d'un conflit d'intérêt dénoncé par plusieurs députés entre d'une part, son travail de gynécologue pratiquant la GPA à l'hôpital de Gand, et d'autre part, sa collaboration avec une entreprise de GPA commerciale en Inde. Ces accusations ont été niées par Petra de Sutter, qui a déclaré qu'« En tant que chef du département d'assistance médicale à la procréation à l'hôpital universitaire de Gand, j'ai eu à traiter dans le passé des cas isolés de conventions nationales de gestation pour autrui altruistes. Cependant, je n'en traite plus depuis plusieurs années et je n'ai aucun intérêt financier ou autre dans le domaine de la maternité de substitution. Les allégations selon lesquelles j'ai traité des patientes étrangères en vue d'une maternité de substitution ou collaboré avec des cliniques étrangères dans le cadre de conventions dans ce domaine sont fausses »³¹².

Le premier rapport de Petra de Sutter sur « les droits humains et questions éthiques liées à la gestation pour autrui », a été rejeté le 15 mars 2016, à 16 voix contre 15, suite à une très forte mobilisation féministe³¹³. Puis, de manière surprenante au regard des accusations persistantes de conflits d'intérêts, Petra de Sutter a été chargée de rédiger un

³¹¹<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//FR>

³¹²Note de bas de page n°3, p. 3, « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution », <http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-FR.pdf/1b33ac68-47d2-4534-a21d-11250cc9bd72>

³¹³L'appel a été signé par 47 associations et d'autres: <http://coordinationlesbienne.org/spip.php?article361>

nouveau rapport. Cette nouvelle nomination ainsi que le fait de ne pas avoir nommé une autre personne ont provoqué la réaction de certaines associations, comme une pétition signée par plus de 100 000 personnes de l'association *No Maternity Traffic*³¹⁴, présentée le 26 mai 2016 à la Présidence de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, lui demandant « de condamner clairement toute pratique de gestation pour autrui comme contraire en soi aux droits et à la dignité des personnes » ; l'association CoRP aussi, a considéré comme « un coup de force antidémocratique qui n'est pas acceptable »³¹⁵. En effet, ces associations considèrent que le simple fait d'autoriser des conventions de GPA non-commerciales légitime cette pratique et constitue une pente glissante. Le deuxième rapport, intitulé « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution »³¹⁶, a pour objectif de se concentrer sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant³¹⁷, et distingue entre GPA à but lucratif (commerciale) et GPA sans but lucratif (altruiste), afin que la GPA ne soit pas condamnée en elle-même, mais uniquement son utilisation commerciale. L'auteure considère que « l'absence d'un instrument juridique multilatéral sur la filiation en relation avec la maternité de substitution accroît les risques de violation des droits de l'enfant », comme ce fut le cas avant l'entrée en vigueur de la convention internationale sur l'adoption. « Par conséquent, je considère que l'Assemblée devrait encourager à la fois les États membres du Conseil de l'Europe et le Comité des Ministres à collaborer avec la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) »³¹⁸. En juin 2016, l'examen de ce rapport a été suspendu pour quelques mois.

La veille de ce vote, un entretien a été publié avec Petra de Sutter dans le journal *Libération*³¹⁹, expliquant sa position :

« Après ce rejet, deux options se présentaient à moi : démissionner, mais cela aurait pu laisser le champ libre à un conservateur à la position moins équilibrée, ou réécrire le rapport pour trouver une majorité. J'ai donc décidé de me concentrer, dans cette nouvelle version telle qu'elle est étudiée ce mercredi, sur les problématiques liées aux droits de l'enfant dans les GPA commerciales, qui constituent 98 à 99 % des GPA pratiquées dans le monde, soit environ 19 800 enfants chaque année. Ces arrangements impliquent des risques graves pour les droits de l'homme, et donc de l'enfant, et ce doit être notre première considération : trafic, abandons, filiation, nationalité, accès aux origines... J'aimerais que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'exprime en faveur de l'interdiction de toute forme de GPA commerciale et demande aux États membres de ne pas violer les droits de l'enfant, comme cela est le cas en France, par exemple... Penser que ce rapport va changer les pratiques françaises, c'est ne rien comprendre au Conseil de l'Europe ! Je le redis, il s'agit d'un état des lieux, qui pointe du doigt les questions éthiques qui se posent autour des pratiques de la GPA, mais il n'a aucun pouvoir juridique. Chaque État membre demeure libre d'agir comme il le souhaite en la matière. À la rigueur, on pourrait penser à une forme de

³¹⁴ Collectif européen d'associations militant pour l'abolition de la gestation pour autrui.

³¹⁵ CoRP, le 3 juin 2016.

³¹⁶ « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution », <http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-FR.pdf/1b33ac68-47d2-4534-a21d-11250cc9bd72>

³¹⁷ *Ibid.*, §3.

³¹⁸ *Ibid.*, §7.

³¹⁹ *Libération*, V. Ballet, 20 septembre 2016, « Petra de Sutter: 'Il est assez difficile d'avoir des discussions sereines sur la GPA ».

soft power : certains rapports du Conseil peuvent être utilisés pour des formes de pressions morales, mais chacun est vraiment libre d'en tenir compte ou non ».

Le lendemain, le 21 septembre 2016, La Commission des questions sociales de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a recommandé (17 voix pour ; 14 voix contre ; 2 abstentions) :

« Que le Comité des Ministres de l'organisation examine l'opportunité et la faisabilité 'd'élaborer des lignes directrices européennes en vue de sauvegarder les droits de l'enfant liés aux conventions de maternité de substitution'.

Le projet de recommandation, sur la base du rapport préparé par Petra de Sutter (Belgique, SOC), souligne également que le Comité des Ministres devrait collaborer avec la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) sur les questions relevant du droit international privé qui entourent le statut des enfants, y compris les problèmes de filiation juridique résultant des conventions de maternité de substitution internationales, de manière à ce que les avis du Conseil de l'Europe (y compris ceux de l'APCE et de la Cour européenne des droits de l'homme) 'soient entendus et pris en compte dans un éventuel instrument multilatéral auquel les travaux de la HCCH seraient à même d'aboutir'.

L'Assemblée débattera du projet de recommandation lors de sa prochaine réunion plénière (Strasbourg, 10 – 14 octobre 2016) »³²⁰.

Les recommandations, incluses dans cette version provisoire du 21 septembre 2016³²¹, stipulent que :

« 31.1. Les États membres interdisent toutes les formes de maternité de substitution à but lucratif dans l'intérêt supérieur de l'enfant;

31.2. Les États membres et le Comité des Ministres collaborent avec la HCCH en vue, au minimum, de restreindre le recours aux conventions de maternité de substitution aux nationaux résidant dans leur propre état et pays dans un éventuel instrument multilatéral auquel les travaux de la HCCH sur la filiation et la maternité de substitution seraient à même d'aboutir;

31.3. Les États membres veillent à ne pas porter atteinte aux droits de l'enfant lorsqu'ils prennent des mesures visant à maintenir l'ordre public et à dissuader le recours à des conventions de maternité de substitution;

31.4. Et que le Comité des Ministres examine l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de lignes directrices européennes sur la protection des droits de l'enfant en relation avec les conventions de maternité de substitution à but lucratif ».

In fine, le 11 octobre 2016, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rejeté à une très courte majorité (83 voix contre 77) le projet de recommandations³²² présenté dans ce rapport. Pour ceux qui pensent que peut exister une GPA éthique, l'une des failles de ce rapport est de ne pas proposer ou concevoir un mécanisme de distinction entre les conventions de GPA altruistes et commerciales. Car comme on l'a vu dans le cadre britannique, auquel Petra de Sutter se réfère comme proposant des « éléments de bonne

³²⁰ « Maternité de substitution : des lignes directrices pour sauvegarder les droits de l'enfant » :

<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-FR.asp?newsid=6316&lang=1&cat=133>

³²¹ « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution », *supra*.

³²² Le projet de résolutions initial avait déjà été rejeté auparavant.

pratique »³²³, en dépit de l'interdiction explicite de conventions de GPA à but lucratif, les juges renoncent à appliquer l'interdiction en invoquant l'intérêt de l'enfant.

3.2.2. Conférence de La Haye

Dans le but de rédiger un instrument multilatéral portant sur la filiation, un groupe d'experts de la Conférence de La Haye de droit International privé (HCCH) s'est penché depuis 2015 sur la question de l'état civil des enfants conçus par GPA à l'étranger, mais sans grands progrès à ce jour.

Le modèle de cet instrument multilatéral serait la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, selon laquelle aucun État signataire ne peut prononcer une adoption en faveur de ressortissants étrangers s'il n'est pas préalablement assuré qu'ils étaient autorisés à adopter dans leur propre pays³²⁴. Cependant, à la différence de l'adoption qui est consensuelle, la pratique de la GPA est loin de l'être, ni les conditions de sa réalisation. Cela constitue la principale raison pour le manque d'avancement de cette piste :

Ce Groupe d'experts, constitué pour étudier la possibilité de poursuivre les travaux dans ce domaine³²⁵, s'est réuni début 2016 afin de rendre compte au Conseil; celui-ci est géographiquement représentatif et est constitué en consultation avec les Membres. Les Membres sont également invités à tenir le Bureau Permanent régulièrement informé des développements importants survenant dans leurs États respectifs en lien avec la filiation juridique et la maternité de substitution. Le groupe a constaté l'existence de conflits de loi en matière de statut civil, pouvant créer des problèmes pour ces enfants ainsi que pour les parents intentionnels, des problèmes d'identité, de nationalité et d'immigration qui doivent être étudiés lors des prochaines réunions du groupe de travail.

Dans le Rapport de la réunion de février 2016 du Groupe d'experts relatif au projet filiation / maternité de substitution, les recommandations suivantes ont été publiées :

« Le Groupe conclut qu'en raison de la complexité du sujet et de la diversité des approches des États à cet égard, les débats n'ont abouti à aucune conclusion définitive concernant l'opportunité d'élaborer un outil dans ce domaine, ni sur ses éventuels nature et champ d'application. Le Groupe estime que les travaux doivent se poursuivre et qu'à ce stade, l'étude de faisabilité doit se concentrer en premier lieu sur la reconnaissance. Le Groupe recommande par conséquent au Conseil d'entériner la poursuite du mandat du Groupe. À cet égard, le Groupe recommande en outre au Conseil d'enjoindre au Bureau Permanent de mener les travaux nécessaires à la préparation de la prochaine réunion du Groupe et d'y allouer les ressources en conséquence »³²⁶.

³²³ « Droits de l'enfant liés à la maternité de substitution », *supra*, note de bas de page n°10, p.4.

³²⁴ Selon l'art. 17, « Toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'État d'origine que a) si l'Autorité centrale de cet État s'est assurée de l'accord des futurs parents adoptifs ; b) si l'Autorité centrale de l'État d'accueil a approuvé cette décision, lorsque la loi de cet État ou l'Autorité centrale de l'État d'origine le requiert ; c) si les Autorités centrales des deux États ont accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive ; et d) s'il a été constaté conformément à l'article 5 que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans l'État d'accueil ».

³²⁵ <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

³²⁶ §16, <https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>

Enfin, l'équipe **israélienne** nous a fait part des pressions externes datant de mai 2015, lors de la réunion de l'ONU sur les droits de l'enfant ; la délégation israélienne a été surprise par l'attention attirée sur la pratique de la GPA par des citoyens israéliens, évoquant le risque de trafic d'enfant³²⁷. Cette discussion a provoqué des reproches à l'égard de l'État d'Israël de ne pas évaluer les parents intentionnels :

« 28. *While noting the efforts of the State party to regulate international surrogacy arrangements, the Committee is concerned that there is no appropriate screening procedure for prospective parent/s of children born by surrogate mothers abroad, aimed at preventing hidden sale of children and/or possible sexual abuse.*

29. *The Committee recommends that the State party put in place more stringent policies to secure protection of children born through international surrogacy arrangements* ». ³²⁸

Il est également important de noter que les autorités israéliennes se sont rapprochées de La Haye pour aider à œuvrer dans le sens de la rédaction d'une convention internationale sur la GPA, inspirée de celle de l'adoption interétatique. Certaines des personnes interviewées se sont déclarées déçues que cela n'ait pas abouti et que la GPA ne soit pas régulée au niveau mondial.

³²⁷ Correspondance par e-mail avec le Ministère de la Justice.

³²⁸ http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC-OP-SC/Shared%20Documents/ISR/INT_CRC-OP-SC_COC_ISR_20808_E.pdf

4. Recours au juge européen --- jurisprudence de Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Les ressortissants français, belges et britanniques qui ont vu rejeter leurs demandes devant leurs juridictions nationales peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), contrairement aux citoyens israéliens. Dans le cas des GPA, la CEDH a reconnu qu'il s'agissait d'une pratique controversée qui justifiait que les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation, qui leur permettait d'autoriser ou d'interdire le recours à la GPA sur leur territoire, comme d'invoquer la notion d'ordre public international. En revanche, elle contrôle, essentiellement sur le fondement de l'article 8, la manière de gérer dans l'espace national les conséquences de celles qui ont été conclues et exécutées à l'étranger. Plus précisément, à partir de 2014, la Cour a été amenée à se prononcer successivement sur trois questions délicates : l'état civil et les questions de filiation de l'enfant ainsi conçu à l'étranger (4.1.), les conditions de son entrée sur le territoire national (4.2.) et certaines mesures adoptées à l'égard de l'enfant dans les pays où la GPA est prohibée (4.3.).

4.1. État civil et filiation des enfants nés à la suite des conventions étrangères de GPA

La CEDH s'est prononcée dans le domaine de la GPA pour la première fois le 26 juin 2014³²⁹ à propos de deux couples français formés d'un homme et d'une femme, les Mennesson et les Labassée. Rappelons les faits : les deux couples se sont rendus aux États-Unis pour conclure une convention de GPA, légale dans les deux États américains respectifs, la Californie et le Minnesota. Dans les deux cas, il s'agissait d'embryons issus d'un don d'ovocytes et du sperme du père intentionnel ; les parents intentionnels ont été déclarés parents légaux par les tribunaux américains respectifs, les enfants ont reçu un acte de naissance rédigé par les autorités compétentes américaines faisant état de cette filiation, et dotés d'un passeport américain. De retour en France, les autorités françaises ont refusé les demandes de transcription des actes de naissance américains sur les registres de l'état civil français. Pour obliger les autorités françaises à effectuer cette transcription, les deux couples ont saisi les tribunaux de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation confirma le refus le 6 avril 2011³³⁰ sur le fondement de « l'ordre public international français » : « en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ».

Saisie de la conformité de cette jurisprudence à la convention européenne des droits de l'homme, la CEDH a jugé que l'art. 8 de la Convention européenne avait été violé

³²⁹ CEDH, 5^{ème} section, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n°65192/11 ; *Labassée c/ France*, n°65941/11 (*D.* 2014. 1376 *AJ fam.* 2014. 396, (Dionisi-Peyrusse); *Rec. Dalloz* 2014, p.1797 (Chénéde); *Dr. Famille* 2014, com. 128, (Neirinck); *JCP G* 2014, 877, (Gouttenoire); *JCP G* 2014, act. 827, (Pastre-Belda); *JCP G* 2014, doct. 832, n°10 (Sudre); *Gaz. Pal.* 2014, n°205, p. 12, (Viganotti); *D.* 2014, n°31, p. 1797 (Chénéde); *D.* 2014, n°31, p. 1806 (d'Avout); *D.* 2014, n°31, p. 1773 (Fulchiron, Bidaud-Garon), *RTDH*, 8 sept. 2014 (Hervieu)).

³³⁰ Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°10-19.053 et n°09-66.486 (*RTD civ.* 1^{er} avril 2011, pp. 340-342 (Hauser) ; *Rev. Lamy Dr. Civ.*, 1^{er} juin 2011, 83, pp.39-44 (Mirkovic) ; *Rec. Dalloz*, 16 juin 2011, 23, pp. 1585-1591 (Granet-Lambrechts) ; *JCP Gén.* 18 juillet 2011, 29, pp. 1449-1455 (Byk) ; *Rec. Dalloz*, 2 fév. 2012, 5, pp. 308-322 (Galloux, Gaumont - Prat) ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2011, 145-146, pp. 7-10 (Weiss-Gout); *Rec. Dalloz* juin 2011, p. 1522 (Brunet, Berthiau)). V. p.17.

s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée, mais pas en ce qui concerne le droit à la vie familiale des parents intentionnels.

➤➤ **Dans l'affaire *Menesson*, en ce qui concerne les parents**, la Cour a exclu une telle violation par un raisonnement en plusieurs étapes. Après avoir reconnu une « marge d'appréciation » étendue aux États en raison du caractère très controversé internationalement des pratiques de GPA, la Cour analyse l'ingérence qui résulte de l'attitude du gouvernement français dans la vie familiale et la vie privée des parents.

- Cette ingérence pouvait être considérée comme justifiée :
 - Elle était « prévue par la loi », en l'occurrence les articles 16-7 et 16-9 du Code civil.
 - Elle poursuivait « deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la 'protection de la santé' et 'la protection des droits et libertés d'autrui' » (§62): « le refus de la France de reconnaître un lien de filiation procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et de la mère porteuse ».
- L'ingérence pouvait être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » car elle respecte un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des parents d'intention. Sur ce point, les juges estiment que les difficultés quotidiennes et les risques potentiels pesant sur les parents intentionnels ne caractérisent pas une violation de leur droit à une vie familiale, dès lors que les quatre membres de la famille ont pu s'établir en France peu de temps après la naissance, et ont été « en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français » (§92).

➤➤ **Les choses sont différentes en ce qui concerne les enfants** : les juges de la CEDH assurent, au nom du droit au « respect de la vie privée » la protection de tout ce qui permet à chacun d'établir les détails de son « identité d'être humain ». Selon la Cour, cela inclut la filiation³³¹ et la nationalité française affectée d'une troublante incertitude malgré le lien biologique avec le père intentionnel, français (§ 96 et 97)³³².

La Cour a insisté sur « l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun » (§ 100), suscitant une divergence d'interprétations : pour certains, cela sous-entendrait que la paternité pourrait s'appuyer sur la preuve d'un lien biologique entre l'enfant et le géniteur, court-circuitant le fait qu'il s'agit d'une convention de GPA, alors que la mère n'aurait pas d'autre choix que de plaider sa « maternité d'intention » indépendamment de la provenance de l'ovocyte. Dans cette interprétation, la provenance des gamètes est traitée de manière différente, l'apport du sperme suffisant à faire du père d'intention le père légal alors que l'apport de l'ovocyte par la mère d'intention ne suffit pas, ce qui s'explique par le fait que l'apport maternel est double puisqu'il s'entend d'une

³³¹ Le refus de reconnaître leur filiation dans un acte d'état civil français crée une incertitude juridique.

³³² La CEDH considère cette position comme le prolongement de l'arrêt *Genovese c/ Malte* du 11 oct. 2011, n° 53124/09.

composante génétique d'origine ovocytaire et d'une composante utérine, seule la seconde faisant la mère en droit français comme dans la plupart des ordres juridiques. Certains concluent à une discrimination, tandis que d'autres considèrent que l'inégalité de traitement est justifiée par une différence de situation qui interdit de conclure à la discrimination.

Alors que, pour certains, la Cour se serait livrée à une interprétation globale, couvrant à la fois la filiation maternelle et paternelle, en se référant aux « détails de son identité d'être humain », d'autres considèrent que la question de la maternité d'intention reste à préciser par la Cour. C'est ce qui explique que la rédaction de cet arrêt a été critiquée pendant les entretiens par les juges français, comme on le verra par la suite.

In fine, la France a été condamnée en raison de l'impossibilité totale de faire établir dans l'ordre juridique français un lien de filiation paternel à l'égard des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger – que ce soit par une transcription des actes de naissance, une reconnaissance de paternité, une adoption ou une possession d'état, alors même que le père intentionnel était effectivement père biologique. Ces arrêts n'ont pas fait l'objet d'un appel de la part du Gouvernement français, contrairement au Gouvernement italien qui, allant au bout du processus juridictionnel dans une affaire ultérieure qu'on abordera par la suite, a réussi à faire renverser par la Grande Chambre l'arrêt initial qui l'avait condamné en concluant à la violation de l'art.8.

En tout état de cause, la CEDH a confirmé les arrêts *Menesson* et *Labassée* dans deux autres arrêts du 21 juillet 2016³³³ suivant le même raisonnement. Les arrêts en cause portaient sur le refus de transcription des actes de naissance indiens qui, mentionnant comme parents légaux un ressortissant français, par ailleurs père biologique et une femme indienne, correspondaient à la réalité de chacune des deux naissances. La Cour « prend bonne note des indications du Gouvernement selon lesquelles, postérieurement à l'introduction des présentes requêtes et au prononcé des arrêts *Menesson* et *Labassée*... , la Cour de cassation a, par deux arrêts du 3 juillet 2015, procédé à un revirement de jurisprudence.... La Cour relève ensuite que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le troisième requérant et les quatrième et cinquième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou par celle de la possession d'état ; il indique à cet égard que 'ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables'... Elle relève toutefois le caractère hypothétique de la formule dont use le Gouvernement. Elle constate en outre que les intéressés contestent cette thèse et que le Gouvernement n'en tire lui-même aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de leur requête ». *In fine*, la CEDH « ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires *Menesson* et *Labassée* », à savoir à retenir une violation de l'art. 8 de la Convention européenne uniquement en ce qui concerne les enfants mais pas les parents intentionnels.

³³³ CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon c. France* (n° 9063/14) et *Bouvet c. France* (n° 10410/14). Ces deux arrêts ont été rendus à propos des deux arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, qui étaient les plus douteux au regard de la CEDH puisque, d'une part ils reposaient sur la notion de fraude à la loi, dispositif le plus efficace d'annulation de tout effet juridique de ce qui a été construit en fraude à la loi, d'autre part et, logiquement, ils annulaient même la reconnaissance de paternité de chacun des deux pères biologiques : d'intention. Même solution dans CEDH, 5^{ème} section, *Laborie c. France*, 19 janvier 2017, n° 44024/13 : l'affaire concerne le refus opposé à un couple français d'obtenir en France la reconnaissance du lien de filiation entre eux et des enfants nés en Ukraine par GPA

En d'autres termes, la CEDH doute de la réelle volonté du Gouvernement français de suivre les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, et cela, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui sont censés avoir effectué un revirement de jurisprudence, au moins pour les actes de naissance « probants », ce qui était le cas ici. Ces arrêts n'ont pas fait l'objet d'un appel par le Gouvernement français, ce qui paraît cette fois raisonnable puisque la CEDH ne demande rien de plus que ce qui figure dans les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de 2015, autrement dit obligation de transcription de l'état civil reconnaissant comme père légal le père biologique d'intention, le cas de l'autre parent intentionnel restant indécis.

4.2. Les conditions de l'arrivée sur le territoire national des enfants nés à la suite de conventions de GPA conclues à l'étranger

Indépendamment de la question de la reconnaissance des effets des conventions de GPA conclues à l'étranger concernant la filiation, la question de l'entrée des enfants nés à l'étranger se pose.

Si le « pays fournisseur » de GPA applique le droit du sol, comme les États-Unis, les enfants auront la nationalité de ce pays, et, par conséquent, un document de voyage (généralement un passeport) fourni par ce pays à des enfants qui sont ses nationaux. Sauf circonstances exceptionnelles, les enfants pourront entrer dans le pays de leurs parents d'intention, en tant qu'étrangers mais avec des papiers que le pays d'origine des parents intentionnels ne peut pas contester. En revanche, dans le cas où la GPA a été réalisée dans un pays ne reconnaissant pas le droit du sol, comme l'Inde, l'Ukraine ou la Russie, les choses deviennent plus compliquées lors du voyage du retour.

L'affaire *D. et autres c. Belgique*³³⁴ concernait le refus initial des autorités belges d'autoriser la venue sur le territoire national d'un enfant né à la suite d'une convention de GPA en Ukraine, conclue par un couple hétérosexuel marié de nationalité belge. Cet enfant, ayant reçu en Ukraine un acte de naissance mentionnant les requérants comme parents légaux, sans faire mention du recours à la GPA, n'avait pas la nationalité ukrainienne. Se posait donc aux autorités consulaires belges la question de lui fournir un document de voyage, ce qui fut refusé, le temps pour les parents d'intention de réunir un certain nombre d'éléments permettant d'établir l'apparence d'une filiation avec l'enfant (dont la preuve de la paternité biologique du père d'intention). Il en est résulté une séparation effective entre l'enfant et le couple, et la requête a été introduite au nom de l'enfant également.

Concernant les parents, la Cour a reconnu que la séparation entre les parents d'intention et l'enfant, conséquence du délai écoulé entre la demande de document de voyage et son octroi, constituait une ingérence dans le droit au respect de leur vie familiale (art.8), mais a déclaré que la Belgique avait agi dans les limites de la marge d'appréciation dont elle bénéficiait en la matière, car elle poursuivait entre autres le but légitime de prévenir la traite des êtres humains et la protection des droits de la gestatrice. « La Cour estime en effet que la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes. Par ailleurs, à l'instar du Gouvernement, la Cour est d'avis que les requérants pouvaient raisonnablement prévoir – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – la procédure à laquelle ils seraient

³³⁴ CEDH, 2^{ème} Section, 8 juillet 2014, *D. et autre c. Belgique*, n°29176/13 (RDH 8 sept 2014 (Hervieu) ; RJPF 2014, n° 11, p. 36, (Gare)).

confrontés afin de faire reconnaître la filiation et afin de faire venir l'enfant en Belgique » (§§ 59, 60).

Les juges ont également estimé que rien ne permettait de conclure que l'enfant avait, pendant la période de séparation, subi des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne. « La Cour relève que les requérants n'ont fait valoir aucun élément concret que l'enfant A. aurait subi, pendant la période de séparation avec les requérants, un quelconque traitement qui lui eut été dommageable ». Enfin, l'enfant ayant entre-temps reçu un laissez-passer lui permettant d'entrer sur le territoire belge où il résidait sans encombre avec les parents d'intention, la Cour put rayer du rôle le grief tiré du refus des autorités belges de délivrer un document de voyage pour l'enfant.

4.3. Les mesures adoptées à l'égard de l'enfant conçu par GPA à l'étranger

L'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*³³⁵ est particulièrement complexe car elle a été à l'origine d'un grand nombre de décisions italiennes, puis de l'arrêt de la seconde section de la CEDH qui avait condamné l'Italie et enfin, de l'arrêt de la Grande Chambre. Cette dernière a donné raison à l'Italie dans une décision particulièrement discutée au sein de la juridiction puisqu'elle a donné lieu non seulement à une opinion dissidente, mais surtout à une série d'opinions concordantes, insistant sur des nuances importantes dans l'argumentation.

Les requérants étaient un couple hétérosexuel marié annonçant avoir réalisé en Russie une GPA par convention avec une société russe, la mère d'intention ayant convoyé elle-même le sperme de son mari, père d'intention. Conformément au droit russe, la gestatrice a donné son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants, indiqués comme les parents légaux dans l'acte de naissance russe ne mentionnant pas la GPA. Il a été apostillé sous le régime de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers. Toutefois, cette apostille dont la valeur est purement formelle ne fait foi que sous condition que l'acte soit sincère³³⁶. Le Consulat d'Italie à Moscou a délivré les documents permettant le retour en Italie, mais a communiqué aux autorités italiennes que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

Les vérifications entreprises ont comporté un test ADN révélant que le père d'intention n'était pas père biologique de l'enfant qui n'avait donc aucune attache biologique, ni avec la mère ni avec le père. On ne développera pas ici l'ensemble des actions

³³⁵ CEDH, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12 : 2^{nde} Section, 27 janvier 2015 (*Dalloz actualité*, 20 févr. 2015, (Lefebvre); *D.* 2015. 702, (Granet-Lambrechts); *ibid.* 755, (Galloux, Gaumont-Prat); *AJ fam.* 2015. 165, (Viganotti); *ibid.* 77, (Dionisi-Peyrusse); *Rev. crit. DIP* 2015. 1, (Fulchiron, Bidaud-Garon); *RTD civ.* 2015. 325, (Marguénaud) ; Grande Chambre, 24 janvier 2017.

³³⁶ Dans le premier arrêt de la CEDH, celle-ci déclare que « S'agissant de la question de savoir si cette ingérence était « prévue par la loi », la Cour rappelle qu'aux termes de l'article 5 de la Convention de la Haye de 1961, le seul effet de l'apostille est celui de certifier l'authenticité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. Il ressort du rapport explicatif de ladite Convention que l'apostille n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques découlant de la Convention de la Haye a pour but de préserver le droit des États signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois lorsqu'ils doivent décider du poids à attribuer au contenu du document apostillé » (§72).

en justice qui furent intentées en Italie³³⁷, mais la pierre angulaire, sur le plan juridique, fut que le défaut de tout lien biologique entre les parents d'intention, joint à une série d'affirmations fausses de la part de la mère et à un versement de 50 000 Euros pour l'opération, conduisirent les juridictions à déclarer l'enfant en état d'abandon, puisqu'il n'avait pas non plus de lien avec la gestatrice qui avait renoncé à ses droits parentaux. Il était précisé que les parents d'intention avaient bien un agrément pour l'adoption, mais que celui-ci précisait qu'ils ne pouvaient adopter, en raison de leur âge avancé, un enfant aussi jeune. En état d'abandon, l'enfant fut donc retiré, placé auprès d'une famille d'accueil et adopté.

Dans le premier arrêt, les juges de Strasbourg avaient déclaré ne pas être convaincus du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités italiennes s'étaient appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Ils jugeaient que les soupçons pesant sur les intéressés ne suffisaient pas à justifier les mesures litigieuses. Il en découlait que les autorités italiennes n'avaient pas préservé le juste équilibre entre les intérêts en jeu. Toutefois, compte tenu de ce que l'enfant avait certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé, la violation des droits des requérants ne saurait être comprise comme obligeant l'État à leur remettre le mineur.

L'arrêt prononcé par la Grande Chambre sur appel du Gouvernement italien, a conclu à la non-violation de l'art. 8 de la Convention européenne, compte tenu de l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les requérants, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité juridique des liens entre eux. La Grande Chambre conclut ainsi à l'absence de vie familiale entre les parents intentionnels et l'enfant, malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs développés pendant la période précédant le retrait de l'enfant. La Cour considère à l'inverse que le retrait de l'enfant avait bien relevé de la vie privée des parents intentionnels, mais qu'il avait pour but légitime la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.

Sur ce dernier point, elle juge légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de protéger les enfants. La Cour admet ensuite que les juridictions italiennes, ayant notamment conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient. La Cour observe que les autorités internes se sont fondées sur deux séries d'arguments: l'illégalité de la conduite des requérants et l'urgence qu'il y avait à prendre des mesures concernant cet enfant sans lien biologique avec le couple chez lequel il habitait, ce qui qualifiait un état d'abandon au sens de la loi sur l'adoption. La Cour ne doute pas de la pertinence de ces motifs qui sont directement liés au but légitime de la défense de l'ordre et de la protection de l'enfant. Par ailleurs, centrés sur la situation de l'enfant et sur l'illégalité de la conduite des requérants, ces motifs étaient suffisants et proportionnés. S'agissant de la proportionnalité, la Cour déclare ne pas sous-estimer l'impact de la séparation immédiate et irréversible de l'enfant sur la vie privée des

³³⁷ Altération d'état civil (art. 567 du Code pénal), faux (art. 489 et 479 du Code pénal), infraction à l'art. 72 de la loi sur l'adoption (loi n° 183/1984), car ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu en 2006 qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge.

parents intentionnels. Cependant, l'intérêt général pesant lourdement dans la balance, la Cour observe qu'il convient, en comparaison, d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel en poursuivant leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien.

La principale préoccupation des juges de Strasbourg est qu'*in concreto* les enfants conçus par GPA ne soient pas désavantagés du fait de leur mise au monde par une femme qui ne compte pas les élever ; mais autant, dans toutes les premières affaires, qui concernaient des conventions impliquant un père biologique, le réflexe était de considérer que l'intérêt de l'enfant était de rester là où il était, autant l'affaire *Paradiso*, qui met en lumière une critique des parents d'intention jamais évoquée jusque-là, l'intérêt de l'enfant est au contraire d'être adopté par des parents respectueux de la légalité. Si dans la plupart des arrêts, la justification de cette position est cherchée dans le besoin des enfants de consolider leur identité dans une relation sécurisée avec les parents intentionnels, cette raison ne joue plus lorsque la Cour voit poindre le risque d'un trafic d'enfants créés pour être adoptés et non adoptés parce qu'ils étaient déjà là.

Après cette analyse de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH, on comprend la raison pour laquelle, parmi les pays étudiés, seules les personnes interviewées en France ont invoqué la « mauvaise rédaction » des arrêts *Mennesson* et *Labassée*.

J1:

« Ces arrêts (*Mennesson* et *Labassée*) ne sont pas bien rédigés. Quand on veut mettre trop d'arguments, on a après des arguments qui se contredisent les uns avec les autres... ».

J2:

« Ce qui est étonnant dans cette jurisprudence est qu'elle a admis l'atteinte de la vie privée et familiale des enfants, mais pas celle des parents. Elle considère séparément les parents et les enfants, alors que c'est une unité familiale. Mais comment dissocier ? C'est très compliqué ».

J3:

« Ces arrêts sont très mal rédigés, on peut les interpréter comme on veut tellement c'est mal écrit. Pour ma part, je pense que oui, ils obligent à reconnaître un lien de filiation. D'ailleurs, je ne vois pas comment dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* il n'y a pas d'atteinte à la vie privée des parents, alors que dans l'affaire italienne il y a ».

La jurisprudence de la CEDH en matière de GPA a eu un impact non seulement dans les pays dont les ressortissants ont initié le recours, comme la France et l'Italie ; son influence peut être constatée dans d'autres pays où les juges ont été sollicités en la matière. Plus particulièrement, la jurisprudence *Mennesson* et *Labassée* a eu une influence dans le sens de l'admission dans l'ordre interne d'un statut régulièrement constitué à l'étranger, même

dans les pays où la GPA n'est pas autorisée, comme en Allemagne : l'arrêt de la Cour de justice fédérale du 10 décembre 2014³³⁸ a ainsi établi la parenté légale de deux hommes, liés par un partenariat civil, à l'égard d'un enfant né par GPA en Californie ; en l'espèce il s'agissait d'intégrer au niveau interne un jugement étranger et non un acte de naissance étranger. Pour justifier leur position, les juges ont expliqué qu'en principe, les jugements étrangers sont admis par le droit allemand³³⁹. Cette admission peut exceptionnellement être exclue, lorsque la décision étrangère est en contradiction avec les principes essentiels de droit allemand³⁴⁰, en particulier lorsque cette admission est incompatible avec les principes d'ordre public. La déclaration judiciaire que ces hommes sont les parents légaux n'est pas entièrement conforme au droit allemand, car en droit allemand l'homme ayant reconnu l'enfant est légalement son père; les conventions de GPA sont interdites sur le sol allemand selon le principe selon lequel la mère légale est celle qui accouche ; le partenaire du père légal peut être également considéré comme père mais uniquement par la voie de l'adoption intrafamiliale, la haute juridiction ayant précisé que cette forme d'établissement de parenté n'est pas incompatible avec l'ordre public : à côté de l'interdiction préventive et générale de la GPA, les juges fédéraux sont sollicités pour statuer sur les droits fondamentaux de l'enfant et de la gestatrice en particulier.

Tant la Cour constitutionnelle fédérale que la CEDH ont mis en évidence un droit particulier de l'enfant à être en mesure d'établir un lien de filiation dans certaines circonstances. Ces droits doivent être préservés lorsque la question de savoir si une violation de l'ordre public a eu lieu. Si l'intégration de la décision étrangère est refusée, cela conduirait à une relation de famille dite boiteuse, au détriment de l'enfant. En droit allemand, l'enfant aurait eu en effet la gestatrice comme mère légale. Dans leur pays d'origine, les parents légaux sont, conformément à la décision californienne, les parents intentionnels. Cela correspond au fait que la gestatrice, en l'absence de doute sérieux quant au caractère volontaire de sa décision, et contrairement aux parents intentionnels, ne souhaite pas assumer la responsabilité parentale juridique de l'enfant. La décision étrangère en cause attribue la parenté légale aux parents intentionnels, mais en ce qui concerne le parent ayant un lien génétique avec l'enfant- contrairement à la gestatrice- cette position ne diffère pas substantiellement de celle du droit allemand au point de rendre l'intégration intolérable. Ainsi, les partenaires doivent être considérés comme parents légaux de l'enfant et, à ce titre, doivent être inscrits dans le registre des naissances.

En effet, on constate une double influence : tout d'abord, comme on a vu, celle de la jurisprudence de la CEDH sur celle des pays où la GPA n'est pas autorisée, par exemple en France, où elle a contraint la Cour de cassation à un revirement de jurisprudence, certes partiel mais fondamental. Ensuite, l'arrêt allemand a également été pris en compte, selon le

³³⁸ BGH, 191/2014, XII ZB 463/13 : L'enfant ayant été conçu par don d'ovocytes et par le sperme de l'un des partenaires a été reconnu avant sa naissance auprès du Consulat allemand à San Francisco par le donneur de sperme, avec l'accord de la gestatrice. Un arrêt de la Cour suprême de Californie d'avril 2011 a reconnu la parenté légale de ces hommes, alors que la gestatrice n'avait plus de droits parentaux. Après la naissance de l'enfant en mai, les deux hommes ont voyagé avec l'enfant à Berlin, où ils vivent avec l'enfant. Ils ont déposé une requête auprès des autorités administratives allemandes d'enregistrer cette naissance et de les reconnaître comme parents légaux dans les registres de l'état civil. Cette demande a été refusée, et le parcours judiciaire a commencé.

³³⁹ §108(1), FamFG.

³⁴⁰ §109(1), FamFG.

témoignage de l'une des personnes interviewées, un magistrat ayant participé à l'élaboration de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, et qui a commenté sur sa contribution:

J5:

« Je me suis servi des arrêts des cours suprêmes des autres pays pour m'inspirer, surtout celui de la Cour suprême allemande à propos d'un couple d'hommes qui est très détaillé ; il pèse les pour et les contre de cette reconnaissance légale de deux pères. Cet arrêt pourrait servir de source d'inspiration pour la Cour de cassation, car l'intérêt de l'enfant est également considéré. Comme vous savez, la technique de cassation française ne développe pas les arguments, on ne se rend pas compte de la portée ».

On constate donc une interaction non seulement en ce qui concerne l'ouverture et la fermeture de certains marchés au niveau politique, mais également une réactivité au niveau judiciaire. Ce qui nous conduit à l'analyse du raisonnement emprunté au droit international privé.

5. Les éléments de méthode empruntés au droit international privé

Le droit international privé se donne pour objectif de coordonner les systèmes juridiques nationaux dans les situations privées internationales. Il peut être de source nationale, européenne ou internationale. Ses outils sont, principalement, la règle de conflit de lois, la règle de conflit de juridictions et les mécanismes de reconnaissance des décisions étrangères. Les règles de conflit ont pour objectif de désigner la loi nationale applicable et le juge compétent pour connaître de faits localisés sur différents territoires nationaux et mettant principalement en jeu des intérêts de droit privé. Les règles de reconnaissance permettent une circulation des décisions de justice d'un État à un autre. Souvent critiquée pour sa grande technicité et son caractère réducteur (traitement essentiellement national de situations de dimension internationale), la matière connaît de fortes évolutions compte tenu notamment de l'internationalisation et l'europanisation de ses sources et du développement de techniques concurrentes (notamment la technique de la reconnaissance des situations).

La figure de la GPA à l'étranger est un cas difficile pour les constructions du droit international privé. Deux grandes raisons militent en ce sens. D'une part, le cas « GPA à l'étranger » n'est pas homogène. De très nombreuses variables existent :

- interdiction pure et simple de la GPA dans certains pays ou autorisation sous conditions plus ou moins strictes dans d'autres,
- différenciation des situations selon l'état du droit dans le pays des commanditaires et dans le pays de la mère porteuse,
- question des liens (nationalité, domicile, résidence) qu'ils entretiennent avec les pays respectivement impliqués par la GPA (pays des parents commanditaires et de la mère porteuse notamment), question de manière dont la GPA a été opérée (don de gamètes ou non, déplacement des parents d'intention ou, plus rarement, de la mère porteuse) et dont les suites (retour de l'enfant dans le pays des commanditaires, établissement de son état civil, de sa filiation ; problèmes liés à la validité du contrat GPA, son exécution ou inexécution) sont appréhendées.

D'autre part, le droit international privé n'est pas la seule construction juridique à intervenir en de pareilles situations. Les règles substantielles nationales sont fortement mobilisées, qui ont une influence souvent directe sur les situations, sans nécessairement passer par le détour des mécanismes de droit international privé (règles applicables aux ressortissants nationaux en matière d'établissement des documents de voyage, d'état civil et de nationalité ; règles nationales définies à propos de la GPA interne, de la filiation, de l'homoparentalité ; parfois règles spécifiquement définies au niveau national à propos des GPA à l'étranger). Le droit matériel européen, spécialement la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et, plus modestement, le droit de l'Union européenne (UE) participent également à l'énoncé de solutions qui interfèrent parfois fortement avec les constructions du droit international privé. Au niveau international (conventions internationales), il n'existe pas aujourd'hui d'instruments propres au traitement des situations de GPA à l'étranger, même si des travaux ont été entrepris (La Haye) et que différents textes internationaux sont susceptibles d'interférer en ce domaine (intérêt de l'enfant, par exemple).

Pour appréhender, en droit international privé, « l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de GPA à l'étranger », deux temps seront distingués : l'agencement des constructions du droit international privé (5.1.) et la systématisation des solutions retenues au vu des pratiques étrangères (5.2).

5.1. L'agencement des constructions du droit international privé

L'hypothèse d'une GPA à l'étranger, c'est-à-dire, la situation dans laquelle se trouvent des parents d'intention qui recourent aux « services » de mères porteuses établies dans un autre pays, mobilise de nombreuses constructions du droit international privé. Ces constructions seront envisagées ici de manière générale et abstraite sans considération des pratiques des différents pays étudiés qui seront présentées au paragraphe suivant. Mais elles s'appuieront sur les éléments recueillis dans ce rapport, au titre des questions étudiées dans cette première partie du rapport.

À ce titre, on distinguera classiquement deux entrées : le conflit de lois (5.1.1.) et la reconnaissance (5.1.2.).

5.1.1. Le conflit de lois

La loi applicable au contrat de GPA à l'étranger --- Le contrat de GPA est normalement soumis à une loi nationale. Il s'agit, en principe, de la loi choisie par les parties ou, à défaut, de la loi objectivement applicable à défaut de choix (en principe, la loi du lieu où le contrat est principalement exécuté). D'autres lois ont vocation à s'appliquer : des lois impératives dites « lois de police » d'autres pays qui chercheraient à réglementer directement les GPA conclues à l'étranger, notamment par leurs ressortissants ou résidents nationaux ; la loi d'ordre public international (par ex. posant un principe d'indisponibilité du corps humain) du juge éventuellement saisi qui interviendrait en réaction à la loi étrangère normalement applicable dont il refuserait les effets.

Dans les systèmes étudiés dans cette recherche, la loi israélienne peut être donnée en exemple de règle juridique impérative du pays des parents d'intention qui dispose des prescriptions spécifiques pour les GPA pratiquées à l'étranger. Par ailleurs, on imagine sans difficulté que la règle française d'interdiction de la GPA (art. 16-7 C. civ.) puisse être appliquée à titre d'exception d'ordre public pour évincer la loi étrangère normalement applicable au contrat qui valide cette pratique, sous réserve d'un éventuel effet atténué qui limite le jeu du mécanisme d'ordre public aux seules situations présentant un lien avec le for (par exemple, la nationalité ou la résidence des parents d'intention).

Dans cette matière contractuelle, le mécanisme de la fraude à loi fonctionne rarement. La liberté généralement donnée aux parties de choisir la loi applicable au contrat rend très difficile la démonstration d'une volonté de contourner un interdit national par une manipulation des éléments de rattachement au territoire national.

Le domaine de la loi applicable au contrat est limité. Cette loi a vocation à traiter de l'ensemble du contentieux contractuel : validité du contrat, exécution, sanction en cas d'inexécution. En revanche, elle ne saurait traiter de questions étrangères à la matière contractuelle comme, par exemple, l'établissement d'un lien de filiation.

La loi applicable à la filiation de l'enfant né sous GPA à l'étranger --- La question de la loi applicable à la filiation de l'enfant né sous GPA à l'étranger se pose chaque fois que les parents biologiques ou d'intention cherchent à établir le lien qui les unit à l'enfant. Il peut s'agir notamment des commanditaires de la GPA, de la mère porteuse et, le cas échéant, de tout tiers donneur.

L'hypothèse la plus fréquente envisagée dans cette recherche sur la GPA à l'étranger est celle où les personnes commanditaires entendent établir dans leur pays de résidence habituelle et de nationalité une filiation avec l'enfant né sous GPA dans un autre pays. S'ils souhaitent établir le lien de filiation dans le pays où la GPA a eu lieu, la réception de cette

solution dans leur pays ne passe pas par la technique du conflit de lois mais par celle de la reconnaissance³⁴¹.

Pour les cas traités par le conflit de lois, des règles sont potentiellement définies dans chaque État et varient d'un territoire à l'autre. Elles permettent de désigner la loi applicable à la filiation (en France, articles 311-14 et s. C. civ. qui appliqués au cas de GPA s'articulent autour des grandes distinctions suivantes : distinction entre l'établissement d'une parenté biologique et d'une parenté d'intention ; distinction entre la filiation paternelle et maternelle).

De très nombreux facteurs de complication peuvent se présenter, selon que les commanditaires résident ou non dans le pays étranger où la GPA est pratiquée, selon qu'ils ont ou non la nationalité du pays où ils résident, selon que le droit national de leur pays autorise ou non la GPA, selon que le droit du pays dans lequel la GPA a été pratiquée ou le droit du pays de la mère porteuse (si elle est ressortissante d'un autre pays) l'interdit ou l'autorise, etc.

Outre le particularisme des solutions dictées par le droit international privé pour chaque situation, deux facteurs principaux de perturbation du jeu normal de la règle de conflit de lois peuvent également intervenir.

Le premier porte sur l'hypothèse où la solution appliquée au conflit de lois viendrait heurter l'ordre public international du for. Cette hypothèse appelle deux remarques. La question de la conformité à l'ordre public du for ne se pose que si une loi étrangère a été déclarée applicable. Or tel n'est pas toujours le cas. Si, par exemple, les commanditaires sont nationaux et résidents du pays dans lequel ils demandent l'établissement du lien de filiation ou si l'enfant a la nationalité de ce pays, il sera potentiellement fait application de la loi nationale (c'est le cas en France, au Royaume-Uni et en Belgique), sauf à donner une certaine compétence (souvent limitée) à la loi du pays où la GPA a eu lieu (c'est le cas d'Israël). Par ailleurs, la question est très discutée du domaine d'applicabilité spatiale de la règle d'ordre public du for (en France, sur le principe d'indisponibilité du corps humain). Faut-il la limiter à ceux qui entretiennent un lien significatif avec le for (par exemple, les ressortissants ou résidents nationaux ; en France on parle ainsi de « l'ordre public du statut personnel des Français ») ou l'appliquer de manière généralisée ? Les solutions ne sont pas toujours clairement énoncées.

Le second facteur de perturbation réside dans l'existence d'une fraude à la loi. En droit international privé, s'il est établi qu'un sujet de droit modifie artificiellement les conditions de rattachement de sa situation de manière à se soumettre à une loi qui lui est plus favorable, l'application de la loi artificiellement élue est écartée. Mais là encore, le mécanisme est très souvent neutralisé. Outre les difficultés de preuve qu'elle soulève (éléments matériel et intentionnel), la théorie de la fraude à la loi ne peut être avancée que si la délocalisation de la GPA modifie le rattachement au droit applicable. Or tel n'est pas le cas, chaque fois que le droit normalement applicable n'est pas fonction du lieu où la GPA est pratiquée ou de la nationalité/résidence de la mère porteuse. Par exemple, si la filiation dépend de la loi nationale ou de la résidence habituelle des parents d'intention, le mécanisme de la fraude ne peut frontalement s'opposer à la pratique de la GPA à l'étranger qui n'a aucune influence sur ce rattachement.

³⁴¹ Voir ci-après, § 5.1.2.

5.1.2. La reconnaissance

Reconnaissance des jugements étrangers --- Le mécanisme de la reconnaissance des jugements étrangers intéresse les cas de GPA à l'étranger chaque fois que les commanditaires ont obtenu à l'étranger, le plus souvent dans le pays où la GPA est pratiquée, une décision de justice permettant d'établir une filiation avec l'enfant (par exemple, un jugement de reconnaissance de filiation ou d'adoption).

La réception du jugement étranger obéit généralement à un principe de non-révision : l'État requis ne rejuge pas le cas, il se contente d'exercer un contrôle restreint. Dans une perspective intra-européenne (UE), ce contrôle est minimal (pas de contrôle de la loi appliquée, contrôle limité de la compétence du juge, réserve de l'ordre public procédural et de fond, réserve de la contrariété de décisions) et ne suppose pas nécessairement de formalités préalables.

En matière de GPA à l'étranger, la difficulté principale soulevée par la réception des jugements étrangers a trait à l'ordre public. Si la décision étrangère contrevient à l'ordre public international du for (par exemple, en France, le principe d'indisponibilité du corps humain), le juge requis peut refuser de la reconnaître. Mais on retrouve ici les mêmes particularités que celles précédemment décrites sur le possible effet atténué de l'ordre public international du for, chaque fois que la situation n'entretient pas un lien étroit avec ce dernier ou chaque fois que la solution du jugement étranger ne heurte pas directement le principe d'ordre public (cas du jugement qui établit, par exemple, une filiation à l'égard du père d'intention quand il est en même temps le père biologique).

Reconnaissance des situations étrangères --- Une seconde perspective importante vise le recours au mécanisme de la reconnaissance à des situations étrangères. Un vaste débat existe aujourd'hui en droit international privé sur la place de cette technique de la reconnaissance et du rôle concurrent qu'elle joue par rapport au conflit de lois. Rappelons, en quelques mots, que ce mécanisme consiste à prendre en compte une situation constituée dans un pays A et à lui faire produire un effet dans le pays B, sans chercher à la soumettre à la loi désignée par la règle de conflit de lois du pays B. Deux points majeurs sont discutés en doctrine. À partir de quand peut-on dire qu'une situation est constituée dans le pays A (le terme souvent utilisé est « cristallisé ») ? Cette situation échappe-t-elle à l'emprise de toute loi, notamment de la loi qui a présidé dans le pays étranger à sa constitution ?

Ces questions ne soulèvent pas de difficulté majeure quand la situation constituée dans le pays A résulte d'un véritable acte décisionnel qui revêt une forme publique (une administration, un officier ministériel) et dont la validité peut être appréciée au regard de loi de l'autorité dont il émane.

Mais tout autre est la situation, très fréquente en matière de GPA à l'étranger, résultant de la délivrance de simples actes d'état civil à l'étranger. La valeur « normative » d'actes de naissance étrangers que les parents d'intention cherchent à transcrire dans les registres nationaux est fortement discutée. De manière générale, on s'accorde à considérer que l'acte de naissance étranger n'a pas de force juridique propre, en ce que ce n'est pas une « décision » (sauf s'il est établi, par exemple, sur la base d'un jugement étranger) mais la capture d'un « simple fait » qui s'est déroulé à l'étranger. Cette analyse fait basculer le régime juridique de la réception de l'acte d'état civil étranger dans le giron de la preuve d'un fait survenu à l'étranger et non dans celui de la reconnaissance d'une décision intervenue à l'étranger. L'acte d'état civil étranger est un élément de preuve des conditions dans lesquelles l'enfant est né à l'étranger et il est de nature à permettre, dans le respect des

règles prévues par la loi du pays de réception (en France, art. 47 C. civ.), l'établissement d'un acte d'état civil national dont la portée juridique est définie par ce droit national.

Les conséquences attachées à cet acte d'état civil national sont déterminantes, notamment si ce dernier permet aux parents d'intention de faire produire un effet juridique national à la GPA à l'étranger, sans passer par l'établissement d'un lien de filiation, soumis à la règle de conflit de lois (voir ci-avant les développements sur le conflit de lois et ci-après les développements sur les pratiques) et qui relève des prérogatives des États. Mais ces conséquences ne sont pas dictées juridiquement par l'acte d'état civil étranger. On ne peut donc parler de « reconnaissance » de l'acte étranger mais plus modestement de transcription dudit acte.

5.2. La systématisation des solutions retenues au vu des pratiques étrangères

L'étude dans ce rapport des pratiques étrangères (Belgique, Israël et Royaume-Uni) comparées aux pratiques françaises en matière de GPA à l'étranger permet de mettre au jour l'importance du contexte dans lequel l'éventuelle analyse de droit international privé doit être menée. Comme indiqué précédemment, il n'existe pas un cas type de GPA à l'étranger à propos duquel il serait possible de comparer les solutions de droit international privé dans ces différents pays. Il en existe plusieurs et chacun de ces cas appelle une analyse potentiellement différente.

Pour amener cette approche, que l'on peut qualifier de pragmatique ou de non-dogmatique, il faut expliciter les paramètres (5.2.1.) qui permettent de proposer une typologie des différents cas (5.2.2.).

5.2.1. Les paramètres

Appréhension de la GPA à l'étranger dans un contexte de licéité ou d'illicéité --- Le premier paramètre à prendre évidemment en considération et qui a été largement mis en évidence dans les développements liminaires de ce rapport, est le contexte de licéité ou d'illicéité dans lequel la GPA à l'étranger est examinée. Si ce contexte est plutôt favorable à la pratique de la GPA (cas du Royaume-Uni et d'Israël), la chose sera totalement différente de l'hypothèse où la GPA est frappée d'illicéité (cas de la France) ou plongée dans un état d'incertitude (cas de la Belgique).

Cette différence entre les approches peut être schématisée de la manière suivante. Dans les pays où la demande de GPA est légale, une véritable politique juridique peut être définie de manière parfois très détaillée pour réglementer la pratique de la GPA, y compris quand elle se déroule à l'étranger. Dans le cas inverse, le scénario est totalement différent : le droit national pose un interdit que les acteurs de la pratique de la GPA à l'étranger vont chercher à fragiliser par différents moyens.

Approche unitaire ou fragmentée de l'opération de GPA à l'étranger --- Le second paramètre à prendre en considération est tiré de la manière unitaire ou fragmentée dont la GPA à l'étranger est appréhendée.

Deux approches sont envisageables :

- une approche **unitaire** commande que les situations de GPA à l'étranger soient saisies juridiquement d'un seul tenant ; dans cette approche unitaire, il n'est pas possible de dissocier en droit les éléments de fait selon qu'ils se sont déroulés sur tel territoire plutôt que sur tel autre ; la situation d'origine (nationalité et résidence) des parents commanditaires, de la mère porteuse, des éventuels « donneurs », le lieu de

gestation, le parcours de l'enfant, l'ensemble de la situation est saisie d'un bloc ; dans cette approche, il est impossible de dissocier par exemple l'établissement de la filiation de l'enfant du fait de GPA à l'étranger à l'origine du processus ; tout demeure lié comme une chaîne que l'on ne peut chercher à rompre ; cette approche unitaire conduit à des solutions radicalement opposées, selon qu'elle s'exerce dans un contexte d'illicéité (situation de la France jusqu'en 2013/2014³⁴²) et ou de licéité de la GPA (situation du Royaume-Uni) ;

- une approche **fragmentée** milite, au contraire, en faveur d'une dissociation juridique entre les événements qui se sont produits à l'étranger et ceux qui se produisent sur le territoire national ; dans le cas de la GPA à l'étranger, deux grands scénarios peuvent se produire : 1° la dissociation peut conduire à une application distributive de plusieurs lois, selon les faits en présence ; par exemple, les conditions dans lesquelles la gestation a eu lieu à l'étranger, soumises à la loi de ce pays, coexistent avec les conditions dans lesquelles le statut de l'enfant va être défini dans le pays des parents commanditaires par application de la loi nationale (situation d'Israël avec un cas thaïlandais³⁴³) ; 2° le pays d'accueil de l'enfant peut ne pas tenir compte des faits qui se sont déroulés à l'étranger ou en atténuer la portée ; les raisons de cette attitude tiennent à de multiples facteurs ; pour l'essentiel, ils sont d'ordre matériel : si le pays d'accueil occulte les faits qui se sont déroulés à l'étranger, c'est qu'il souhaite éviter que ces faits empêchent d'établir un statut de l'enfant dans le pays d'accueil (situations de la France depuis 2013/2014 et de la Belgique).

5.2.2. Une typologie des cas

Les deux paramètres ci-dessus présentés permettent d'établir une typologie des pratiques étudiées dans l'environnement juridique de quatre pays dans leur manière d'appréhender les cas de GPA ayant eu lieu à l'étranger.

Le Royaume-Uni : une approche unitaire licite (sous conditions) – 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), le fait que les commanditaires recourent à une GPA à l'étranger ne soulève pas en soi de difficultés particulières.

Cette situation générale doit néanmoins être précisée. La loi exige qu'un lien minimum existe entre la situation et le territoire national. Une condition légale de résidence sur le territoire national de l'un au moins des commanditaires est, en effet, requise. Cette condition est importante, car elle limite la portée spatiale de la réglementation nationale qui ne saurait ainsi bénéficier à des situations totalement étrangères.

Par ailleurs, cette situation ne doit pas occulter l'hypothèse où une loi étrangère viendrait à être invoquée au titre, par exemple, de la loi applicable à la convention de GPA exécutée à l'étranger ou au titre des liens pouvant unir l'enfant avec la mère porteuse. La

³⁴² Cette période de rupture correspond à la circulaire du Garde des Sceaux de 2013 sur la délivrance des certificats de nationalité aux enfants nés sous GPA à l'étranger, telle qu'elle a été validée par le Conseil d'État en 2014 (p.17 et s.).

³⁴³ V. p. 57.

recherche n'a pas permis de mettre en évidence des cas de ce type dans la mesure où, très fréquemment, c'est devant le juge du pays tiers que la question peut être amenée à être présentée. Mais il ne faut pas les exclure totalement.

Israël : une fragmentation licite (sous conditions) --- 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 sous étude 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 (cas de France et la Belgique).

Cette politique délibérée n'est envisageable que parce que la GPA est autorisée (sous conditions) dans ce pays, qu'elle est promue par un fort volontarisme et un intérêt de certains acteurs (couples homosexuels) de contourner une restriction nationale à l'accès à la GPA locale.

Le dispositif mis en place n'est pas unitaire. On peut dire qu'il est fragmenté avec un fort déséquilibre néanmoins entre le pays des parents commanditaires et le pays de la mère porteuse.

L'essentiel des faits de GPA à l'étranger est soumis à la loi israélienne qui organise les conditions spécifiques dans lesquelles l'opération peut avoir lieu dans un pays étranger et qui réglementent de façon contraignante les modes de preuve de nature à permettre l'établissement d'une filiation. Une condition de citoyenneté de l'un au moins des commanditaires est requise pour pouvoir bénéficier de ce régime.

Mais une place est également accordée à la loi étrangère pour le fait déterminant de GPA survenu à l'étranger. En effet, la GPA à l'étranger ne peut produire d'effet en Israël si elle contrevient aux règles applicables dans le pays où elle a été pratiquée (dans un cas thaïlandais, il a été précisé de la loi du pays de la nationalité de la mère porteuse).

Cette solution montre que le système israélien accepte de composer le régime juridique de la GPA au départ de différents droits, le droit israélien qui régit l'essentiel de la situation, et le droit étranger qui s'applique aux conditions dans lesquelles la GPA peut et doit avoir lieu à l'étranger.

La France : d'une approche unitaire illicite à une fragmentation autorisant une approche « licite » --- La situation de la GPA à l'étranger a fortement évolué. Deux grandes périodes peuvent être distinguées.

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.

Cette brèche a été confortée en 2015 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation³⁴⁴. Dès lors que l'acte de naissance étranger répond à l'exigence de vérité requise par la loi française (art. 47 C. civ.), il ne saurait être écarté au seul motif qu'une GPA a été pratiquée à l'étranger. Dans le cas contraire, lorsque le document étranger ne répond pas à cette exigence de vérité (par exemple, parce qu'il mentionne la mère d'intention comme la gestatrice), il sera écarté et ne pourra pas produire d'effet.

Cette évolution de la pratique française est la conséquence de la jurisprudence de la CEDH dans les affaires *Menesson et Labassée*³⁴⁵. Elle traduit une fragmentation de la situation internationale de GPA à l'étranger et a pour effet de réduire fortement la portée du principe d'indisponibilité du corps humain.

La Belgique : une fragmentation autorisant une approche « licite » -- Au vu des éléments produits dans le cadre de cette recherche, on peut relever que les incertitudes qui entourent, en droit interne belge, 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.

On peut néanmoins noter une forte tendance des juges à accepter le traitement fragmentaire et plutôt licite de la situation, soit au titre de la reconnaissance des jugements étrangers, soit au titre de l'établissement du lien de filiation, directement pour le père génétique et par adoption pour la mère de substitution.

³⁴⁴ V. p. 20.

³⁴⁵ V. p. 114 et s.

SECONDE PARTIE. ENJEUX THÉORIQUES

Le recours à la GPA à l'étranger soulève de nombreux enjeux théoriques que nous avons choisi de classer de la manière suivante : la souveraineté et la démocratie au regard du droit européen et international (1) ; les fondements des revendications du recours à la GPA (2) ; l'intérêt de l'enfant (3) ; les réflexions sur les attitudes des acteurs de la GPA (4) ; l'émergence des revendications symboliques et militantes (5) ; le rôle du marché (6) ; la méconnaissance plus ou moins forte de l'ampleur exacte du phénomène (7) ; et le phénomène des circulations (8).

1. Souveraineté et démocratie au regard du droit européen et international.

Le lien traditionnel entre le droit de la famille et la souveraineté de l'État, que l'on retrouve dans l'histoire du droit public comme dans l'histoire du droit privé³⁴⁶, est remis en cause par deux phénomènes : d'une part, l'internationalisation, doublée par l'« européanisation », et, d'autre part, la « fondamentalisation » du droit. L'internationalisation et l'européanisation conduisent à l'influence de la conception anglo-saxonne libérale de la famille et de la personne, la « fondamentalisation » du droit renforce cette influence en considérant la famille au prisme des droits et des libertés de l'individu et de son épanouissement. Cela crée une tension entre les lois nationales interprétées par les tribunaux nationaux et les normes supranationales, lorsqu'elles mettent en cause les choix effectués dans le cadre de la souveraineté nationale.

Les deux ordres juridiques, européen et international, tendent, dans certaines limites, à considérer que le sens de l'histoire est de faire circuler au maximum les systèmes juridiques, d'ouvrir un ordre juridique aux autres ordres juridiques auxquels il convient de faire confiance, qu'il convient de respecter. Ce n'est pas, en l'état, le droit d'accès à la GPA qui est en cause, mais l'intégration juridique dans l'espace national des actes et des situations créés à l'étranger. En d'autres termes, des ressortissants d'un pays font interagir plusieurs ordres juridiques, en utilisant la libre circulation des personnes pour se déplacer et créer des situations qu'ils ne pourraient pas créer dans leur espace national et en utilisant les tribunaux supranationaux pour intégrer dans l'espace national la situation juridique ainsi créée. La jurisprudence qui en résulte, que ce soit celle de la CJUE ou en l'occurrence celle de la CEDH, influence les normes juridiques nationales. Ainsi, des lois nationales votées selon des procédures démocratiques peuvent évoluer sous la pression de droits supranationaux. Dans les domaines qui nous occupent, cela a été le cas en matière d'égalisation des droits successoraux des enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents, le droit de connaître ses origines, ou le transsexualisme.

Cette question sera traitée sous une triple perspective: tout d'abord, l'interaction entre le principe de la souveraineté et la démocratie (1.1.) ; ensuite, l'incidence du rapport à

³⁴⁶ Ainsi Jean Bodin parlait-il de la « famille qui est la vraie source et origine de toute République » et poussait le lien entre les deux à son paroxysme, faisant du bon gouvernement des familles, dépendant évidemment en 1576 de la puissance paternelle, la condition du bon gouvernement de la République : « Tout ainsi donc que la famille bien conduite, est la vraie image de la République, et la puissance domestique semblable à la puissance souveraine : aussi est le droit gouvernement de la maison, le vrai modèle du gouvernement de la République. Et tout ainsi que les membres chacun en particulier faisant leur devoir, tout le corps se porte bien : aussi les familles étant bien gouvernées, la République ira bien. ». Les six Livres de la République, 1576.

la loi et la position des juges dans les pays étudiés (1.2.) ; enfin, l'idée de la mise en place d'une convention internationale (1.3.).

1.1. Souveraineté et démocratie, faire à l'étranger ce qui est interdit dans l'espace national, une « liberté de second rang » ?

L'expérience des quatre pays étudiés montre que, quel que soit le cadre juridique adopté pour la GPA sur le territoire national, y compris le plus libéral, celui-ci est toujours transgressé. Il semble impossible de fixer la moindre norme sans qu'elle soit contournée. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas fixer de cadre, que ce soit pour organiser des GPA que l'on jugera acceptables sur le territoire national ou pour organiser l'intégration des conséquences des GPA à l'étranger, mais qu'il convient d'en comprendre les limites : aucune construction juridique ne règle le problème du recours aux GPA à l'étranger.

La transgression du droit national a plusieurs causes : faire dans un pays à bas coûts ce qui revient trop cher sur le territoire national ; faire ce qui est interdit sur le territoire national et, pour un certain nombre d'acteurs, ce choix s'accompagne de la mise en évidence du conflit de normes dans le but d'obtenir le changement du cadre légal. Les « illégalités créatrices de droit », selon l'expression utilisée par Marie-Angèle Hermitte³⁴⁷ analysant le domaine des plantes génétiquement modifiées, deviennent alors une stratégie politique collective et non plus un acte individuel. Car « les procès 'donnent du sens'. En direction du public, ils servent à provoquer le politique jusqu'à ce qu'il réagisse. Qu'il s'agisse d'obtenir du juge une décision qui soit favorable sur un point plus ou moins important au mouvement ou au contraire de montrer à la face du monde que le juge ne l'a pas entendu, le mouvement a toujours une forme ou une autre de victoire. Sur le terrain de la légalité dans le premier cas, sur le terrain de la légitimité blessée dans le second cas »³⁴⁸.

En ce qui concerne la souveraineté, l'utilisation des libertés de circulation se heurte aujourd'hui à une revendication renouvelée chez de nombreux peuples de garder une certaine maîtrise de leurs choix sur des sujets considérés comme relevant de spécificités nationales impliquant l'histoire et la culture. Après une phase d'acceptation -- résignée ou enthousiaste --, des modifications matérielles et juridiques liées à la régionalisation et à la mondialisation du droit, il semble que, dans une grande partie du monde, une pause ou un retour en arrière est souhaité, ceci dans un nombre important de domaines.

C'est dans ce contexte général que s'inscrit le champ étroit de la GPA qui pose, en droit, la question des conséquences en France des conventions de GPA conclues à l'étranger-- sachant que cette question limitée est insérée dans le champ infiniment plus vaste qui concerne la famille, l'identité personnelle, dont l'identité sexuelle.

Or la diversité des choix nationaux, expression des souverainetés nationales et donc potentiellement gênante pour la globalisation du droit, joue un rôle paradoxal dans la jurisprudence de la CEDH. Celle-ci privilégie en général les choix les plus libéraux, et l'on ne s'étonnera donc pas qu'elle soutienne la possibilité pour chacun d'aller faire dans l'un des

³⁴⁷ M.-A. Hermitte, « Les zones sans plantes génétiquement modifiées en droit européen. L'illégalité comme stratégie juridique », *Journal international de bioéthique*, 2006, vol.17, n°3, pp. 1-25.

³⁴⁸ *Les OGM entre régulation économique et critique radicale. Rapport final du programme ANR « Forme de mobilisation et épreuves juridiques autour des OGM en France et Europe »*, F. Chateauraynaud, A. Bernard de Raymond, M.-A. Hermitte, G. Testart, Groupe de sociologie pragmatique et réflexive (GSPR-EHESS Paris), novembre 2010, p. 166.

pays européens ce qu'il ne peut pas faire sur le territoire national. Mais la conséquence en est que cela n'oblige pas l'État à changer sa législation : cela permet au contraire à la Cour de conforter le choix souverain, quoiqu'il soit restrictif de ce qui est institué comme une liberté dans un autre espace national. Que ce soit à propos de l'interdiction de l'IVG en Irlande ou à propos de l'interdiction de l'IAD hétérologue en Autriche, la Cour prend ce qu'il est convenu d'appeler le tourisme procréatif comme une sorte de **liberté de second rang**³⁴⁹ : « le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche » (§ 114)³⁵⁰. En sous-entendant que les ressortissants européens peuvent toujours recourir à l'intérieur de l'espace du Conseil de l'Europe à des pratiques d'AMP interdites dans leur propre pays sans craindre de sanction, la CEDH joue un double jeu. D'un côté, on pourrait presque dire qu'elle incite les ressortissants d'un État, gênés par un interdit propre à leur territoire, à aller faire ailleurs ce qui est illégal chez eux ; de l'autre, l'absence de sanction, ou du moins de sanction grave au retour, l'incite à permettre à l'État en question de conserver sa législation restrictive. En espérant indirectement que la reconnaissance des réalités sociales se traduira peu à peu par une législation dite « progressiste » au niveau national, et, par conséquent, à un consensus entre les États membres, la CEDH utilise la logique du fait accompli pour aboutir à une convergence.

Ainsi, les domaines les plus intimes, considérés jadis comme relevant de la souveraineté nationale, comme le droit des personnes et le droit de la famille, sont rentrés, pour certains aspects dans la sphère du droit européen (transsexualisme), pour d'autres aspects dans une « zone grise », car l'interdiction de leur réalisation sur le sol national n'empêchera pas la reconnaissance en droit interne des effets qu'ils produisent (plusieurs exemples ont déjà été mentionnés en ce qui concerne la France, tels l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016³⁵¹ autorisant une femme à récupérer le sperme congelé en France de son défunt mari, pour procéder à une insémination *post mortem* en Espagne, pratique explicitement interdite en France, ou l'abrogation en juillet 2016 de la circulaire incitant à pénaliser les gynécologues prenant en charge des patientes ayant bénéficié d'une AMP à l'étranger³⁵².

Même si, dans ces domaines relevant de l'articulation entre deux visions, celle des choix de société et des questions de principe effectués par le souverain dans le cadre d'un processus délibératif très normé, et celle du retrait du souverain des domaines « intimes » relevant de l'identité personnelle, l'élaboration d'une convention internationale sur le

³⁴⁹ Ces libertés d'aller faire dans un pays ce qui est interdit dans son espace national constituent des cas particuliers parmi les libertés de circulation, qui tendent plutôt à gérer de manière fluide une synergie entre harmonisation et reconnaissance mutuelle des normes étrangères. Elles n'ont jamais été étudiées dans leur diversité, alors qu'elles offrent des degrés divers de liberté. Il y a ainsi des circulations qui induisent des séparations absolues entre les espaces concernés : un ressortissant d'un pays B peut exercer la médecine dans un pays A avec les diplômes requis, mais ce ne sera pas possible dans son pays d'origine s'il exige des diplômes différents ; une personne est autorisée à aller consommer de la drogue dans des pays qui l'autorisent, mais elle ne pourra pas rentrer dans son espace national qui l'interdit avec ce qui est « nécessaire » à sa propre consommation pour un temps déterminé. La situation de la GPA est différente puisque l'on peut aller faire à l'étranger ce qui est interdit dans son pays, rentrer avec l'enfant et vivre normalement avec lui.

³⁵⁰ CEDH, Grande Chambre, *S.H. c. Autriche*, 3 novembre 2011, n°57813/00.

³⁵¹ CE, 31 mai 2016, *Mme C. A.*, n° 396848, v. p.107.

³⁵² V. p. 106 et s.

régime des effets semble difficile, les ordres juridiques internes sont néanmoins sollicités pour en intégrer certains effets.

Le terme « sollicités » peut même paraître trop faible. Pour preuve, le bras de fer entre le Gouvernement français et la CEDH : le manque de crédibilité du Gouvernement français aux yeux des juges de la CEDH est explicitement exprimé dans les arrêts *Foulon* et *Bouvet*³⁵³. La CEDH doute de la réelle volonté du Gouvernement français de suivre les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, et cela, un an après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 qui ont opéré un revirement partiel de jurisprudence. Soulignons toutefois que cela n'est pas la première fois que la Cour de cassation a été contrainte par la CEDH de changer de position, comme en matière de transsexualisme : pendant longtemps, la Cour de cassation a été contre le changement de sexe dans l'état civil ; finalement, elle a été obligée de suivre la jurisprudence de la CEDH³⁵⁴.

Cette question de la souveraineté a été évoquée dans les entretiens en France, et montre à la fois que certaines personnes interrogées partagent la vision de la circulation comme une liberté fondamentale de second rang, tout en s'interrogeant sur les conséquences à court et moyen terme : sélection par l'argent, risque d'alignement par le bas, perte d'autonomie politique, plus particulièrement celle qui est fondée sur la culture ; mais aussi conscience du fait que « encadrer » ne changera rien à l'affaire, ou fort peu de choses :

J1:

« Le fait que les gens aillent à l'étranger faire quelque chose qui n'est pas permis dans leur pays ne me dérange absolument pas, après il y a une histoire de dire que c'est une sélection par l'argent- c'est vrai mais il y a plein de choses qui se font par cette sélection (les gens qui ne partent pas en vacances etc.). Je trouve que c'est une liberté fondamentale de pouvoir faire ailleurs des choses qui ne sont pas permises dans son pays et de profiter des cultures différentes, ça ne me dérange absolument pas. En revanche, ce qui me dérange est cet argument idiot qui dit – si c'est comme ça on doit alors s'aligner sur ce que font les autres et tout autoriser car ça ne sert à rien d'interdire. Chaque pays a sa propre culture, et on ne peut pas demander à chaque pays à faire un acte positif pour reconnaître ce qu'il interdit chez lui. Je ne suis pas du tout sensible à l'argument selon lequel si l'on encadrerait en France il n'y aurait pas toutes ces saloperies faites en Inde, en Ukraine, car ça aurait été en France correctement ; cela n'empêchera jamais rien, il y aura toujours des gens qui ne seront pas d'accord avec les conditions légales ».

L'utilisation médiatique d'actes illégaux au regard d'un droit national décidé selon les procédures de la démocratie représentative, transformée par leurs auteurs en revendications de légalisation, change la nature de ce qui est un acte individuel en créant de

³⁵³ V. p. 22, 116.

³⁵⁴ CEDH, *B. contre France*, 25 mars 1992, n° 13343/87 (JCP éd. G 1992, II, 21955 (Garé)).

petites communautés agissantes partageant le même objectif législatif, et finissant par obtenir divers degrés de reconnaissance juridique d'une part, sociétale d'autre part.

Ce processus est bien décrit par Dominique Schnapper, dans son ouvrage *L'esprit démocratique des lois*³⁵⁵: la sociologue s'interroge sur les excès possibles de la démocratie qui prendraient leur source dans sa propre logique -- à savoir la « liberté extrême » et « l'égalité extrême ». En d'autres termes, il s'agit de saisir le moment où cet écart entre les aspirations des individus et la réalité des pratiques sociales finirait par remettre en question le sens même de l'ordre démocratique. Ce point est particulièrement pertinent dans un domaine où la légitimité de l'intervention de l'État, comme celle du regard de la société sur l'intimité d'une ou plusieurs personnes, ont fait l'objet d'une profonde évolution. La question se pose donc, dans chaque société, de repenser l'étendue de la liberté procréative intime à l'épreuve de la liberté de l'accès aux techniques, qui implique davantage l'ensemble de la société. Les revendications des catégories femmes et hommes seuls, couples de même sexe ont leur propre histoire et leur spécificité, mais sont captées, voire capturées par leur inclusion dans le mouvement transhumaniste³⁵⁶.

Un autre type d'analyse de ce qu'est la démocratie, souligne un conflit entre deux modalités de son expression. La loi votée dans le cadre de la démocratie représentative est parfois analysée comme une position démocratique formelle privilégiant les choix souverains : même si l'on est attaché à la liberté de l'IVG, on peut considérer qu'il est préférable que l'Irlande choisisse elle-même son droit plutôt que de le lui imposer *via* l'Europe. Mais on peut au contraire soutenir que l'intérêt principal d'une convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement de la Cour dont la jurisprudence permet de faire évoluer le texte sans avoir à le modifier, est de pouvoir contraindre les États, leur imposant une démocratie substantielle qui se manifeste dans les droits fondamentaux définis au niveau européen et garantis par une cour européenne ; cette production normative supranationale est alors supérieure aux choix législatifs internes. C'est ce que soutient Hugues Fulchiron: il ne s'agit pas de remettre en question l'ordre démocratique, mais de veiller à ce que des normes juridiques ne vident pas les libertés et les droits individuels de sens ; c'est ce à quoi s'attacherait la CEDH³⁵⁷.

Mais on retrouve la lutte entre la forme et la substance à un autre niveau. Pour certains, le formalisme juridique justifie pleinement que l'adhésion à une convention internationale disposant d'une cour de justice, entraîne la légitimité, au fond, des décisions de cette cour. Mais pour d'autres, attachés à une vision plus substantielle du droit, la légitimité de juges ukrainiens et anglais, dont les ressortissants promeuvent la GPA pour des

³⁵⁵ Dominique Schnapper, *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, Collection Essais, 2014.

³⁵⁶ Ce mouvement se fonde, en effet, sur la revendication d'une liberté procréative comprenant non seulement la liberté d'accès aux techniques pour les personnes qui sont contraintes ou préfèrent procréer en ayant recours à la technique (sans autre projet que celui d'avoir un enfant), mais aussi la liberté de configurer l'enfant selon la volonté de ses auteurs, y compris en modifiant sa morphologie (liberté morphologique pour soi et pour sa progéniture) ou ses performances (problématique de l'homme augmenté) ; sur les principes généraux du droit revendiqués par les mouvements transhumanistes cf. M-A. Hermitte, « De la question de la race à celle de l'espèce, analyse juridique du transhumanisme », in Guillaume Canselier et S. Dumoulin-Canselier, *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Paris, Société de législation comparée, 2012.

³⁵⁷ Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

raisons économiques dans le premier cas, idéologiques dans le second, leur légitimité est plus que douteuse au regard du peuple français dont la culture historique, politique aussi bien que juridique en matière de bioéthique est différente, pour ne pas dire opposée, principalement en raison de son attachement au principe de gratuité. Tout est une question de réglage de la marge d'appréciation des États au regard de la branche du droit : certains penseront que le droit de la bioéthique, dont l'ancrage culturel est très fort, doit rester une réponse nationale à une biomédecine très internationalisée, alors que d'autres verront dans la transnationalisation du droit le moyen de faire sauter des blocages internes³⁵⁸.

1.2. Rapport d'une société à la loi et au jugement, rapport des juges à la loi

La question de la souveraineté et de la démocratie dépend aussi du rapport à la loi et de la position des juges, qui varie selon les pays étudiés. Notre étude couvre deux traditions juridiques bien différentes : le droit français et le droit belge appartiennent à la même famille de droits romano-germaniques, qui donnent une priorité à la loi, et même plus particulièrement à la rationalité spécifique de la codification, ce qui favorise l'inclusion du dispositif dans un ensemble structuré et son inscription dans une cohérence culturelle historique. De plus, en droit français contrairement au droit belge pourtant inscrit dans la même tradition, le particularisme des principes du droit français de la bioéthique a joué un rôle essentiel dans le refus de la gestation pour autrui ; en particulier l'attachement à la gratuité de l'échange des produits du corps humain, vue comme le moyen de s'arracher à la violence économique et à la création d'une société intégralement marchande, y compris dans ses dimensions les plus intimes³⁵⁹ ; attachement qui semble d'ailleurs s'effriter car la pénurie de ressources biologiques qui en résulte est moins acceptée³⁶⁰.

La loi est censée avoir une visée globale et générale³⁶¹. Cette généralité va dans le sens d'une volonté du droit de sculpter une communauté de valeurs partagées, ce qui rend

³⁵⁸ Dans sa thèse, Karène Parizer montre précisément que les droits de la bioéthique britannique, français et allemand sont profondément différents culturellement, et que ces différences tendent à s'atténuer sous l'effet de la mondialisation des idées (*Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation --- France, Allemagne et Grande-Bretagne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016- thèse soutenue à l'EHESS le 20 janvier 2014 sous la direction de Marie-Angèle Hermitte).

³⁵⁹ Sur le contexte historique du choix en faveur de la gratuité du sang, « inventée » pour approvisionner les maquis pendant la seconde guerre mondiale, cf. M-A. Hermitte, *Le sang et le droit – Essai sur la transfusion sanguine*, Le Seuil, 1996. D'où l'idée (de plus en plus menacée) d'en faire un élément de l'identité constitutionnelle française, M-A. Hermitte et K. Parizer, « La bioéthique et la constitution française, interrogations de privatistes sur les modèles constitutionnels contemporains », in C. Byk (dir.), *La Constitution face au défi de la bioéthique*, *Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est* n°9, Éditions hospitalières, 2008.

³⁶⁰ Force est de constater que les pays qui imposent la gratuité en matière de don d'ovocytes sont en situation de pénurie, contrairement à ceux qui les rémunèrent. De même, lorsque la Belgique a accepté l'IAD pour « toutes les femmes », femmes seules et couples de femmes, elle a dû importer du sperme de l'étranger. Aujourd'hui, 63% du sperme utilisé en Belgique est acheté au Danemark (A. Thijssen, N. Dhont, E. Vandormael et al., « Artificial insemination with donor sperm (AID) : heterogeneity in sperm banking facilities in a single country (Belgium) », *Facts, views and vision in OBGYN*, 2014, 6(2), pp. 57-67). Selon Olivier Gaspard, responsable technique du laboratoire de PMA du CHU de Liège, « Sans les dons danois, les centres de PMA belges ne pourraient répondre qu'à 10% ou 20% de la demande » (<http://www.ieb-eib.org/fr/bulletins/penurie-de-sperme-en-belgique-270.html>). Pour le Canada, cf. D. O'Reilly et al., « Feasibility of an altruistic sperm donation program in Canada: results from a population-based model », *Reproductive Health* (2017) 14:8.

³⁶¹ Selon le principe de généralité, la production de la norme doit être générale dans son contenu comme dans sa forme, et appartenir aux seuls représentants élus de la nation (P. Rosanvallon, *Le modèle politique français*.

difficile d'accepter d'admettre l'intégralité des effets d'une GPA conclue à l'étranger alors que le pays reste attaché à son interdiction sur le territoire national.

En revanche, la tradition de la *Common Law*, à laquelle appartient le droit britannique et, dans une certaine mesure, le droit israélien, s'est voulue plus souple ; le rôle du juge, plus étendu et plus créateur de droit est traditionnellement conçu non seulement pour combler ses lacunes mais plus encore pour accompagner au plus près l'évolution de la société. Ce système privilégie donc une contextualisation de la question juridique plutôt qu'un auto-référencement. Ce particularisme des sources du droit de chacun des quatre systèmes peut dicter une attitude privilégiant les évolutions rapides qui entérinent les faits de société ou au contraire un rappel à des principes dont le contenu évolue mais plus lentement, au fil d'une réflexivité maîtrisée. Les sources du droit, la place du phénomène juridictionnel ont donc incontestablement une influence sur le contenu des normes : dans les pays de droit écrit, l'obligation de se conformer à un texte inclus dans un cadre général relativement pérenne, donne sur les comportements individuels un droit de regard plus monolithique que celui qui est porté sur chaque situation dans les pays de droit coutumier. Dans les pays de *Common Law*, la liberté du juge l'incite souvent à favoriser l'autonomie personnelle des sujets, y compris contre les termes clairs de la loi, les deux libertés, celle du juge et celle du justiciable, étant en synergie l'une par rapport à l'autre.

Dans cette logique, la *Common Law* adopte une approche souple de la filiation, largement fondée sur la volonté, ce qui permet aux juges et aux instances de régulation de proposer des solutions individualisées qui, dans d'autres pays, relèveraient de la vocation générale de la loi et de son intégration dans un cadre voulu comme rationnel. Cela trouve sa logique dans la nature même de la *Common Law* car, contrairement au droit romain, les questions relatives au droit de la famille ou de la parenté ont relevé pendant longtemps du domaine des mœurs et du religieux. En l'absence de conception juridique de type généalogique de la parenté et d'un droit de la filiation structuré, les cours royales, confrontées à ces questions, ont eu traditionnellement une approche libérale et casuistique. Cela a eu des implications concrètes dans d'autres domaines juridiques, comme l'absence de réserve héréditaire dans le droit des successions, qui montre la force de l'autonomie de la volonté dans les rapports parents – enfants, ou l'absence d'état civil au sens français, rendant la preuve de la parenté plus difficile. C'est la raison pour laquelle les juges britanniques, dans le contentieux de la parenté, procèdent à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, considérée comme plus équitable. À cet égard, il est frappant de constater que le processus législatif précoce dans lequel est entrée la Grande-Bretagne à l'occasion du développement de l'AMP, qui aurait pu changer le rapport du juge à la loi, ne l'a, en fait, pas modifié. La casuistique protégeant les libertés individuelles dans ce domaine intime reste à l'œuvre, bien davantage que les cadres contraignants prévus par la loi.

En revanche, le droit français ayant un régime consolidé de droit de la filiation, l'intérêt de l'enfant se confond avec les termes de la loi, l'application de la norme élaborée dans le débat parlementaire semble mieux le respecter que l'analyse que fera tel ou tel juge de la situation de fait. Les effets à long terme de la reconnaissance des situations illégales sont ici pris en compte. En sorte que, dans les traditions juridiques continentales du droit de la filiation, celui-ci est censé représenter le mieux l'intérêt de tous les enfants, quelle que soit

La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours, Le Seuil, 2004, notamment le Chapitre 3 : La généralité comme mode de régulation (Le culte de la loi), pp. 81-105).

la situation d'un enfant en particulier, alors qu'outre-Manche, l'intérêt de l'enfant, cas par cas, l'emporte sur la *Public Policy*³⁶². L'absence de droit de la filiation dans le dispositif britannique permet une interprétation malléable de la parenté par la jurisprudence.

Ce facteur caractéristique des systèmes juridiques britannique et israélien, ainsi que la position favorable des juges à l'égard des parents intentionnels, ont conduit parfois à l'élaboration d'une jurisprudence clairement *contra legem* ou à l'exploration des possibilités non prévues par le législateur. Cela encourage le phénomène « *bottom up* », décrit par nos équipes britannique et israélienne, où le fait accompli entraîne la nécessité de régler quelques cas urgents, par exemple des parents retenus à l'étranger avec les enfants, solutions trouvées dans l'urgence qui vont devenir des précédents.

Un point est toutefois commun aux quatre pays, au-delà de leurs différences : en matière de recours à la GPA à l'étranger, les politiques préfèrent laisser faire et ne pas légiférer, laissant les juges face à la situation. Une critique est nettement perceptible en France, tant chez les juges que chez certains parlementaires, ce qui a été relevé par le rapport Tasca³⁶³ dont un objectif important est de faire que le législateur reprenne la main; dans une moindre mesure, cette critique existe aussi en Israël alors qu'elle est presque inexistante en Grande-Bretagne.

C'est ce qui conduit à l'exploration de l'idée, invoquée comme une « solution » par plusieurs personnes pendant les entretiens, de mettre en place une convention internationale, une autre voie étant celle des conventions bilatérales.

1.3. Conventions internationales *versus* conventions bilatérales

Trois propositions différentes ont été faites à ce jour : une convention internationale organisant les conditions minimales pour l'intégration juridique des GPA pratiquées à l'étranger (1.3.1.); une convention internationale bannissant la GPA (1.3.2.); des conventions bilatérales par lesquelles certains pays pratiquant la GPA refuseraient les demandes en provenance de certains pays (1.3.3.).

1.3.1. Convention internationale visant à organiser la GPA

L'idée de mettre en place une convention internationale a été souvent suggérée dans les productions doctrinales³⁶⁴, principalement dans l'ouvrage de Paul Beaumont et de Katarina Trimmings, *International Surrogacy Arrangements : Legal Regulation at the International Level*³⁶⁵, ainsi que dans le rapport commandé par le Parlement européen sur les régimes de GPA dans les États membres³⁶⁶.

³⁶² Les difficultés liées à la notion d'intérêt de l'enfant seront abordées (p. 153 et s.).

³⁶³ *Supra*.

³⁶⁴ Hugues Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *Journal du droit international*, avril 2014, n°2.

³⁶⁵ P. Beaumont et de K. Trimmings, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level (Studies in Private International Law)*, Hart Publishing, Oxford / Portland, 2013; « International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level », *Journal of Private International Law*, 2011, 7, pp. 627-647.

³⁶⁶ European Parliament, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs, 2013: il a été conclu qu'une régulation au niveau européen n'était pas la plus adaptée en raison des limites territoriales. Pour les auteurs de ce rapport, une régulation au niveau international ou global serait plus appropriée, étant donné que des conventions de GPA sont conclues entre des ressortissants de presque tous les pays du monde.

L'idée de mettre en place une convention internationale a été également invoquée et soutenue parmi certaines des personnes interviewées, y compris des juges français pourtant opposés à la GPA en général :

J2:

« La seule solution est une convention internationale... La France va peut-être la ratifier dans 20 ans. Je finis par penser qu'on ne pourra plus lutter. Comme on vit dans un monde globalisé, je ne vois pas d'autre solution qu'une convention internationale ».

Cette position est intéressante au regard des positions, très tranchées et opposées, à l'égard de la mondialisation. Ici, il s'agit du sentiment d'impuissance face à un mouvement que pourtant, l'on réprovoque : « on ne peut pas lutter ».

Le point de vue est différent, tel qu'exprimé par A2. Le même sentiment d'impuissance est accompagné d'une sorte de gêne à l'idée de « dire non », qui recouvre probablement une inquiétude à l'idée de ne pas « suivre le mouvement » et d'une volonté, certes vague, d'en sortir par le haut : travailler à une GPA éthique (sans dire ce que serait une GPA éthique).

A2:

*« Il faut avancer dans le sens de la Convention de la Haye plutôt que **s'accrocher** à l'argument de l'ordre public international et **dire non à tout**. Il faudrait travailler pour une GPA éthique. ... Cela avance vite, regardez le mariage pour tous, les gens étaient dans la rue et aujourd'hui sont moins choqués, le changement des mentalités est rapide. Un jour peut-être que la France la ratifiera. ... si on calque cela sur la convention sur l'adoption internationale, il y a des moyens pour contrôler les choses, mettre des conditions pour l'accès à la GPA, reconnaître certaines situations et pas d'autres. Les gens veulent être dans la légalité, ils ne veulent pas être dans l'illégalité, surtout lorsqu'il s'agit de leur enfant ».*

MA2 (membre de l'Association des familles homoparentales, ADFH):

« Il faut qu'il y ait une convention internationale pour la GPA comme pour l'adoption internationale, et c'est ce qui est en train d'être fait à la Haye actuellement ; on établirait alors un cahier de charges pour le déroulement de la GPA (consentement, lien génétique etc.). Cette convention internationale pourrait éviter ces cas dramatiques. .. on dirait aux français qu'on ne peut pas faire une GPA dans certains pays. C'est comme pour l'adoption --- on n'a pas éradiqué l'achat d'enfants, on a juste réduit ce phénomène. ... ».

Deux raisons, opposées idéologiquement, peuvent expliquer le fait qu'à ce jour, aucune tentative d'instauration de convention internationale reconnaissant les effets des conventions de GPA n'ait abouti : d'une part, une telle convention ne sera ratifiée que par les pays qui autorisent déjà la GPA mais pas par nombre d'autres, ce qui rend son utilité relativement marginale. Le minimum de vision commune pour la signature d'un tel texte n'a, à ce jour, pas été obtenu. Les partisans de la GPA craignent au contraire que le consensus sur des normes minimales de protection des gestatrices mette en péril des circuits bien

rodés. C'est ainsi que la convention internationale sur l'adoption, en renforçant les contrôles dans les pays sources et en protégeant les parents contre l'enlèvement de leurs enfants, violent ou plus souvent sous prétexte de leur permettre d'être pris en charge et aller à l'école pendant un certain temps, a été l'une des causes (pas la seule) de la réduction drastique du nombre d'enfants réputés adoptables.

1.3.2. Convention internationale visant à bannir la GPA

À l'initiative du mouvement *Stop Surrogacy*, lancé à San Francisco en mai 2015, c'est au contraire l'élaboration d'une convention internationale entre les pays refusant la GPA qui est demandée³⁶⁷.

1.3.3. Conventions bilatérales visant à refuser l'accès à certains nationaux

Le courant de pensée opposé à la GPA considère qu'il n'existe aucune forme de GPA éthique et réfute l'assimilation automatique entre nouveautés technologiques et progrès, comme entre pratiques sociales nouvelles et progrès : le progrès ne pourrait être établi qu'après avoir été évalué, par exemple en étudiant les conséquences d'une pratique légalisée dans un autre pays. Ils seront donc opposés à une convention internationale reconnaissant des normes communes minimales, car la signer constituerait une sorte de légitimation de l'idée de GPA éthique ou au moins du minimum d'éthique dans les GPA. En effet, la mise en place d'une telle convention présuppose une acceptation minimale mais explicite de certaines conventions de GPA, au moins parmi celles qui sont conclues à l'étranger. C'est la raison pour laquelle une autre idée a été mentionnée :

MA1 (membre de l'association CoRP):

« Il faut plaider en faveur de la mise en place des conventions bilatérales entre la France et d'autres pays, tels que l'Inde et l'Ukraine, pour qu'ils n'acceptent pas les Français, tout en ayant conscience que cela ne marchera pas avec certains pays, tels que les États-Unis ».

La question de la souveraineté et de la démocratie nous ramène à celle de l'étendue de la sphère publique par rapport à celle de la sphère privée et, *in fine*, à savoir si l'existence d'un éventuel « droit à la parentalité », ou d'un « droit à l'accès aux techniques de procréation », voire d'un « droit à l'enfant » peuvent être opposés à l'État qui n'aurait aucune légitimité à interférer avec ce qui ne ferait plus partie que de la seule sphère de la vie privée.

³⁶⁷ <http://www.stopsurrogacynow.com/press/launch-pr-french/#sthash.0cHCsw1d.dpbs> ; les dernières assises du mouvement ont été tenues le 23 mars 2017 à Rome.

2. Fondements des revendications du recours à la GPA

De multiples expressions, recouvrant des réalités matérielles ou idéologiques différentes, sont utilisées dans le domaine de la procréation en général, dont la GPA est une modalité spécifique.

Pour revendiquer les moyens nécessaires pour avoir des enfants lorsqu'il est impossible d'en avoir spontanément, que ce soit pour des raisons médicales ou pour des raisons sociétales³⁶⁸, diverses expressions sont utilisées au soutien d'argumentations différentes destinées à légitimer l'accès à ces différents moyens. À titre préliminaire, il convient de rappeler que les différentes formes d'assistance médicale à la procréation impliquent de mobiliser de nombreuses ressources :

1. Des *ressources médicales* : médecins ayant la charge de préparer la patiente sur le plan hormonal, recueillir les gamètes, replacer les embryons et bien sûr assurer normalement le suivi des grossesses et l'accouchement. La participation des biologistes ayant la charge de la partie laboratoire est également nécessaire: fécondation des gamètes pour former les embryons et conservation des gamètes et des embryons ;

2. Des *ressources biologiques* : Dans le cas des AMP pour raisons médicales, les ressources biologiques sont fournies le plus souvent par les patients eux-mêmes. Pourtant, des dons de gamètes sont parfois nécessaires, sperme et ovocytes. Sur le plan quantitatif, on constate une pénurie de dons de sperme³⁶⁹, plus encore de dons d'ovocytes, nécessaires dans le cadre de traitements d'infertilité pathologique des couples hétérosexuels. Les demandes sociétales – demandes de sperme pour des femmes seules ou des couples de femmes, demandes d'ovocytes dans le cadre d'une GPA, aggravent cette pénurie. Par ailleurs, pour une GPA, une ressource biologique supplémentaire est requise : un utérus. Tout cela explique le fait que dans la quasi-totalité des pays pratiquant ces formes d'AMP à des fins sociétales, les ressources biologiques utilisées font l'objet d'un marché et viennent souvent de l'étranger.

3. Des *ressources économiques* : L'ensemble du processus est un processus onéreux, le plus onéreux étant celui de la GPA (ovocytes, utérus, FIV plus souvent qu'IAD, conseils juridiques et psychologiques). La question se pose alors de savoir si, comme tout ce qui concerne les infertilités, il existerait une prise en charge par la sécurité sociale, partielle ou totale.

Ce qu'il faut retenir pour notre propos, c'est que la GPA réalisée à l'étranger a impliqué la mobilisation de trois marchés, ceux des ovocytes, des utérus et des agences commerciales qui fournissent l'environnement médical, biologique, juridique et psychologique. Quelles argumentations sont donc invoquées ?

³⁶⁸ Nous utiliserons ces termes de manière conventionnelle ; le terme médical est réservé aux situations considérées comme pathologiques, que la cause de l'infertilité soit connue ou qu'elle soit inconnue, stérilité dite idiopathique, alors que le terme sociétal est réservé aux situations qui concernent les personnes ne pouvant avoir d'enfants spontanément, soit en raison de leur orientation sexuelle, soit en raison de l'absence de partenaire ou de relations sexuelles. Dans les deux cas, la médecine sera amenée à intervenir et prodiguer des soins, mais pour des raisons qui restent différentes.

³⁶⁹ En France, le nombre de donneurs de sperme est tout juste suffisant pour satisfaire les demandes d'IAD venant de couples affectés par une infertilité d'origine pathologique ; dans d'autres pays comme le Canada, le passage de la rémunération à la gratuité a entraîné une chute drastique des dons (D. O'Reilly et al., « Feasibility of an altruistic sperm donation program in Canada : results from a population-based model », *supra*).

2. 1. Le « droit à la parentalité »

C'est souvent pour échapper aux critiques de la revendication d'un « droit à l'enfant », formulation la plus directe de ce qui est recherché au bout du processus -- mais réificatrice, qu'est apparu le « droit à la parentalité », lequel évoque la famille en tant qu'ensemble de personnes.

L'expression insiste sur les droits fondamentaux de la personne aspirant à devenir parent, et ce n'est que par voie de conséquence qu'elle demande l'accès aux ressources. Le « droit à la parentalité » sous-entend donc diverses revendications : la modification de la fonction de la médecine, devrait passer d'un objectif de guérison ou de contournement des pathologies à la fourniture de prestations de services médicaux hors pathologie ; il faudrait ajuster l'offre des ressources biologiques humaines pour répondre à la demande : or le principe de gratuité, pilier fondamental du modèle bioéthique français, constitue un obstacle à la suffisance de l'offre de gamètes qu'aucun pays, à ce jour, n'a réussi à surmonter complètement. Enfin, il faudrait modifier les règles de filiation et de l'état des personnes. En tout état de cause, le résultat recherché est de devenir parent, quel que soit le lien génétique à l'enfant, le plus souvent en articulant une filiation biologique, qui reste le plus souvent un objectif, et une filiation socio-juridique.

Le terme de parentalité apparaît quand le dualisme traditionnel, filiation intégralement biologique – filiation intégralement adoptive, paraît trop étroit. Ce terme n'est pas propre à la GPA. Il peut s'agir par exemple des systèmes juridiques utilisant de dons de gamètes pour déclarer directement parents les deux membres du couple alors qu'un seul est parent biologique (indépendamment de la question de l'anonymat des donneurs de gamètes).

Ce terme reflète donc l'émergence des différentes configurations familiales. Il est utilisé « par les sciences psychologiques et sociales ainsi que dans le domaine des politiques publiques, il recouvre la réalité des relations nourricières, éducatives, doublées des liens affectifs qu'un enfant entretient avec l'ensemble des adultes qui l'élèvent. Dans la quête d'une reconnaissance des liens noués par l'enfant avec ses parents de cœur et ses parents de sang, parentalité et filiation sont souvent confondues. Or, si la parentalité réfère à la fonction parentale, et recoupe à ce titre la filiation, elle ne la recouvre cependant pas entièrement. La filiation, en effet, est le lien juridique par lequel est défini l'appartenance de l'individu à un groupe de parents, et auquel sont associés un ensemble de droits (parmi lesquels on trouve notamment la transmission du nom, la succession et l'héritage), de devoirs (tels que l'obligation d'entretien réciproque) et d'interdits (la prohibition de l'inceste). La filiation réfère également à l'organisation généalogique de la parenté, parce qu'elle inscrit l'individu dans une position précise au sein d'un groupe de parents, d'une "lignée" familiale »³⁷⁰.

La parentalité est « dégenrée », pour reprendre l'expression de Gérard Neyrand et Yvonne Knibielher³⁷¹ : femmes et hommes acquièrent le même statut juridique de parent. En anthropologie, la décomposition des diverses fonctions de la parentalité³⁷² a été très utile

³⁷⁰ Agnès Martial, « Qui sont nos parents ? L'évolution du modèle généalogique », *Informations sociales*, 3/2006 (n° 131), p. 52-63.

URL : <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-52.htm>, consulté le 21 avril 2017-04-21 ³⁷¹ Gérard Neyrand et Yvonne Knibielher, *Maternité et parentalité*, Éditions de l'École nationale de santé publique, Rennes, 2004.

³⁷² Selon l'anthropologue Agnès Fine, « les anthropologues se réfèrent souvent à l'analyse de ses différentes composantes que précise en 1982, puis en 1999, l'anthropologue anglaise Esther E. Goody, *Parenthood and*

pour penser ensuite la notion de pluriparentalité qui recouvre, de manière extensive, l'ensemble des personnes qui occupent à des degrés divers des positions ou des fonctions parentales vis-à-vis de l'enfant, aussi limitées soient-elles : avoir contribué à son éducation ou avoir contribué par un accouchement, le don de son sperme ou d'un ovocyte, à la naissance d'un enfant. « Ce concept est apparu plus tard que celui de parentalité, dans les années 90, et il s'est inscrit à l'origine dans le champ scientifique, avant d'être adopté dans le champ social, dans le débat public et la sphère politique. Son histoire, les critiques qui lui ont été portées sont étroitement liées au contexte politique, dans la mesure où il a été perçu comme pouvant servir ou desservir des causes militantes dans le domaine de la parenté »³⁷³.

Les travaux qui ont conduit à l'émergence des concepts de parentalité et pluriparentalité ont permis de déconstruire une vision monolithique de la famille formée d'un couple hétérosexuel marié, peu compatible avec la réalité des familles contemporaines. Ils ont donc l'avantage de donner les outils intellectuels pour voir et penser les évolutions. Ces dernières sont encore en cours et selon certains, il ne faut pas surestimer ces évolutions³⁷⁴. Selon l'enquête de l'INSEE « Familles et logement » de 2011, en 2011, 70,4% des familles sont « traditionnelles », 9,3% sont des familles « recomposées » et 20,3 des familles « monoparentales ». En 1999, ces proportions étaient respectivement de 75%, 8,7% et 16,3%³⁷⁵. Néanmoins, une toute récente enquête de l'INSEE montre que des enfants peuvent vivre dans des configurations familiales différentes chez l'un et l'autre de leurs parents. Ainsi, parmi les 9,8 millions d'enfants mineurs vivant en famille « traditionnelle », 140000 partagent, une partie du temps, leur logement avec des demi-frères ou demi-soeurs qui résident la plupart du temps chez leur autre parent. Ils passent ainsi une

Social Reproduction : Fostering and Occupational Roles in West Africa, Cambridge, 1982 et « Sharing and Transferring Components of Parenthood: The West African Case », in M. Corbier (ed), *Adoption et Fosterage*, Paris, De Boccard, 1999, p. 369-388. Elle énumère cinq éléments distincts : concevoir et mettre au monde ; donner une identité à la naissance (élément juridique) ; nourrir ; éduquer, élever, former ; garantir l'accès de l'enfant au statut d'adulte (accès aux biens, à un métier, au mariage). Elle montre que si ces fonctions sont le plus souvent assumées par les mêmes personnes dans nos sociétés, le père et la mère, sur son terrain africain, elles sont parfois dissociées entre plusieurs adultes, ce qu'elle a pu observer en travaillant sur l'adoption au Ghana et plus largement dans l'Afrique de l'Ouest. Cette analyse a été reprise en 2004 par M. Godelier (*Les métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004, chapitre 6) qui reformule certaines d'entre ces composantes et en ajoute deux: prendre part à la conception et à la mise au monde d'un enfant ; élever, nourrir, protéger l'enfant jusqu'à ce qu'il accède à l'autonomie ; éduquer, instruire, former l'enfant à la vie sociale ; exercer sur la personne de l'enfant certains droits, assumer également des devoirs à son égard, être responsable de ses actes ; doter d'un nom et d'un statut social, induisant l'accès à un ensemble de droits et de biens ; avoir le droit d'exercer certaines formes d'autorité sur l'enfant et de le punir ; s'interdire d'entretenir des relations sexuelles avec cet enfant, en vertu des règles de prohibition de l'inceste. (...) Il est cependant une composante qui manque et qui concerne les « parents d'intention », de même sexe et/ou de sexe différent, comme le remarque très justement Flavio Tarnovski, dans sa thèse sur la paternité gay en France (« Etre père et homosexuel dans la France contemporaine », doctorat en anthropologie, EHESS, 2010) », Agnès Fine, « Retour réflexif sur la notion de pluriparentalité », *Le Carnet du centre Jacques Berque*, 10 juin 2016 : <https://cjb.hypotheses.org/137>, consulté le 21 avril 2017).

³⁷³ Agnès Fine, « Retour réflexif sur la notion de pluriparentalité », *supra*.

³⁷⁴ Comme par exemple Sébastien Dupont, *La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité*, Sciences humaines Éditions, 2017, p.19, Encadré sur « La tendance des médias à surestimer les ruptures et recompositions familiales ».

³⁷⁵ Marceline Bodier, Guillemette Buisson, Aude Lapinte, Isabelle Robert-Bobée, « Couples et familles : entre permanences et ruptures », *Insee Références*, édition 2015 – Vue d'ensemble– Couples et familles, p. 11.

partie de leur temps en familles recomposées³⁷⁶. On le voit, la parentalité permet de rendre compte des formes familiales contemporaines.

Sur le plan politique cette fois, quels sont les éléments qui sous-tendent le droit d'accès de tous aux éléments nécessaires à réaliser le « droit à la parentalité » ? Les plus souvent invoqués concernent l'égalité et l'autonomie personnelle³⁷⁷.

La « revendication d'égalité » dans l'accès à l'AMP est élaborée par comparaison à la catégorisation des accès. En France, la loi³⁷⁸ a retenu cinq sources d'exclusion pour être éligible à une AMP (remboursée à 100% pour quatre tentatives de fécondation *in vitro*) : il faut 1. un couple, 2. formé d'un homme et d'une femme, 3. en âge de procréer, 4. vivants, 5. souffrant d'une infertilité médicalement constatée. Cela exclut donc de multiples catégories de personnes : les personnes seules, les couples homosexuels, les personnes âgées, les conceptions *post mortem*, les couples no sex, les personnes ayant besoin d'une GPA se trouvant exclues, par ailleurs, par l'illicéité absolue de la convention, même si la cause de leur besoin est de nature pathologique (absence d'utérus pour diverses raisons) et concerne des couples formés d'un homme et d'une femme, vivants et en âge de procréer, donc réunissant toutes les conditions d'accès à l'AMP. Les premières revendications à l'accès à l'AMP en général ont été faites par les couples homosexuels, les autres catégories exclues ont rapidement suivi³⁷⁹.

Ces exclusions résultaient de choix longuement délibérés des gouvernements et parlements successifs, partant de l'idée que, si chacun est libre de procréer sans condition lorsqu'il le fait sans la participation de la médecine et de la société, l'intervention du corps médical doit être limitée à des objectifs thérapeutiques ou palliatifs, et la solidarité nationale limitée au même objectif financé par la sécurité sociale. Mais cela rencontrait aussi la volonté de donner aux enfants qui naissent du fait de l'intervention de la médecine et de la société, donc sous leur responsabilité, le cadre le plus banal possible par rapport à la majorité des enfants avec lesquels ils seront en contact³⁸⁰. L'importance et la variété des exclusions montrent qu'il est difficile de parler de discrimination si on les considère ensemble.

³⁷⁶ Aude Lapinte et Guillemette Buisson, « Vivre dans plusieurs configurations familiales », *INSEE Première*, N°1647, mai 2017.

³⁷⁷ Contrairement à l'autonomie personnelle, développée plutôt en droit européen, l'égalité en droits fait partie du bloc de constitutionnalité : « la loi doit être la même pour tous ». En matière d'AMP, les revendications des couples de femmes et des femmes seules en tirent l'idée que, puisque l'AMP est reconnue par la loi, elle doit être accessible à tous.

Pourtant, la loi introduit constamment des ruptures d'égalité que le Conseil constitutionnel entérine, sous conditions : ce « principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » (décision n° 2016-539 QPC du 10 mai 2016), la différenciation devant être fondée sur un critère objectif, raisonnable, « pertinent » au regard du but poursuivi.

³⁷⁸ Art. L2141-2, Code de la santé publique.

³⁷⁹ En fait, les toutes premières contestations sont venues des revendications de femmes demandant d'avoir accès au sperme de leur mari décédé.

³⁸⁰ Cette idée étant formulée dans un des rapports pré-législatif, dit rapport Braibant (*Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, Rapport public La Documentation française, 1988) : « deux parents, ni un de trop, ni un de moins ».

Ces nouvelles demandes se fondent plutôt sur une nouvelle conception de la discrimination, qui renvoie en fait à ce que l'on appelle généralement "l'égalitarisme". En effet, elles ne se fondent pas sur l'élimination d'une discrimination au sens juridique. Il s'agira certes d'une demande de respect du droit à l'égalité, mais aussi du droit égal de chacun à être différent. L'articulation des deux notions a pour conséquence que la notion de discrimination au sens juridique du terme cesse d'être pertinente. La définition stricte de la discrimination comme traitement différent des personnes placées dans des situations comparables en se fondant sur un ou des critères prohibés par la loi ou par les engagements internationaux, ou traitement semblable de personnes placées dans des situations différentes, paraît non pertinente puisque le droit est revendiqué d'être semblable malgré les différences de situation.

Ici, la question de savoir si les personnes se trouvent dans la même situation par rapport au groupe de référence est débattue. Certains font valoir que « Concrètement, en matière d'AMP, prendre en compte la différence des sexes, ou l'impossibilité naturelle d'engendrer, pour sélectionner les bénéficiaires d'une prestation ne paraît pas de manière évidente constitutive d'une discrimination. Les critères utilisés sont bien en rapport avec le sujet traité : imposer la présence d'un couple de sexe différent est indubitablement en rapport avec la lutte contre l'infertilité, dès lors que l'engendrement suppose jusqu'à présent de recourir à des personnes de sexe différent. L'argument de l'égalité... est donc surtout d'ordre rhétorique. Il n'apporte juridiquement rien de bien consistant dans le débat... Ce n'est pas dans le droit qu'on trouvera les éléments d'une réponse au sujet de la libéralisation des conditions d'accès à l'AMP : c'est une question de nature politique qui suppose de faire des choix »³⁸¹.

Un tel point de vue, revendiquant l'accès à l'AMP pour chacun, en fonction des besoins médicaux qu'implique sa situation, repose sur une vision de la médecine comme prestation de services parmi d'autres et non comme lutte contre les pathologies et handicaps. Les différentes personnes exclues par la loi française sont bien, au regard de la procréation, dans des « situations » différentes de celles qui ont accès à l'AMP à ce jour, et mettront l'enfant qui naîtra dans des situations différentes. Mais pour conclure qu'il n'y a pas discrimination, encore faut-il satisfaire la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 qui a tracé quelques grandes lignes à l'occasion de la loi sur le mariage des couples de même sexe. Cinq points peuvent être invoqués pour ouvrir le droit à l'AMP, mais ils ont été réservés à l'adoption, c'est-à-dire au fait de donner des parents à un enfant qui n'en a pas, et non pas à la question de la création d'enfants pour des parents qui n'en ont pas. En revanche, un considérant de principe établit également la possibilité pour le législateur de refuser l'ouverture, mais pour des raisons qui ne sont pas élucidées dans la décision, laissant planer une grande incertitude.

Cinq arguments ne sont pas recevables aux yeux du Conseil constitutionnel :

a) *Les références à l'altérité sexuelle, au droit d'avoir un père et une mère* ne sont pas utilisables comme limites constitutionnelles à la liberté du législateur de modifier les lois relatives à la **filiation**. De la même manière, le Conseil décide que le « caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle » n'est pas un principe fondamental reconnu par les

³⁸¹ Pierre Murat, « Intervention de l'État ou dynamique du marché ? Bilan et perspectives d'un juriste », in P. Jouannet, C. Paley-Vincent (dir.) : *L'embryon, le fœtus, l'enfant. Assistance Médicale à la Procréation et lois de bioéthique*, Paris, Éditions Eska, 2009, pp. 325-326.

lois de la République, pas davantage qu'un droit qu'aurait tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard *d'un père et d'une mère* » (pt.56). Tout cela semblerait militer en faveur d'un droit d'avoir un enfant pour les personnes seules aussi bien que pour les couples de même sexe.

Pour autant, il **s'agit ici de filiation, non de procréation**, et le Conseil en déduit que le législateur est libre d'égaliser les droits des couples au regard de l'adoption : « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples ». (pt.32).

b. Mais le Conseil reconnaît aussi *la liberté du législateur d'établir des différences entre les couples de même sexe et les couples de sexes différents au regard de la procréation et plus particulièrement de l'AMP*. Il le fait en précisant que le législateur n'était pas obligé, en élaborant la loi sur le mariage entre personnes de même sexe, de leur donner l'accès à l'AMP : « il résulte de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de *remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée* d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les *couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe* ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières » (pt 44).

Le Conseil constitutionnel affirme donc clairement que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe n'entraînait pas automatiquement l'ouverture de l'AMP, mais ne dit rien d'une décision d'ouverture de l'AMP. Au nom de quoi cette différence pourrait-elle être justifiée si ne sont mobilisables ni l'argument de la tradition, ni celle de l'imitation de la nature, de l'altérité sexuelle, ou du droit pour l'enfant d'avoir un père et une mère, tous arguments écartés pour l'adoption ?

Soit le Conseil Constitutionnel a simplement voulu éviter d'envenimer une situation très tendue politiquement au moment où il rendait sa décision et, devant une nouvelle loi ouvrant l'AMP à des catégories jusqu'ici exclues, il appliquerait aux enfants nés par IAD ou par GPA les mêmes arguments qu'aux enfants adoptés, entérinant l'ouverture sans condition particulière. Soit il a entendu prévenir que, en analysant une telle loi, il ferait un raisonnement qui serait différent de celui retenu pour les enfants adoptés car les enfants à adopter sont **nés** dans les mêmes conditions que tous les autres même s'ils sont **élevés** dans une famille homoparentale ou par une personne seule. Les enfants nés par AMP sociétale ne sont pas dans cette situation, et certains des arguments écartés en 2013 pour les enfants adoptés, pourraient être retenus pour des enfants qu'il s'agit de faire naître.

En l'état, on ne peut donc pas savoir si, aux yeux des membres du Conseil constitutionnel, le législateur est libre, ou non, de décider des conditions d'accès à l'AMP, ainsi que les techniques autorisées. En tout cas, il s'agit bien de choix de société, du fait de la mobilisation des ressources biologiques, médicales et économiques. En ce sens, le fait que cela exclut plusieurs catégories de personnes, ne peut faire l'objet de prohibitions en soi. Le critère d'égalité sera tantôt contrecarré par divers arguments : le fait qu'aucun « droit à

l'enfant » n'a été reconnu dans aucun des systèmes juridiques occidentaux³⁸² ; le fait que la revendication d'être parent, pour légitime qu'elle soit, ne peut être satisfaite par des moyens considérés comme contraires à l'intérêt général (obligation de passer à la rémunération pour obtenir suffisamment de gamètes par exemple) ou contraires à l'intérêt de certaines catégories de personnes (les gestatrices qui risquent leur vie par exemple). À l'inverse, le principe d'égalité sera avancé, en soutenant que, de même que la société ne s'immisce pas dans la procréation spontanée, elle n'a pas à s'immiscer dans l'accès aux techniques d'AMP. En tout état de cause, on considérera ces demandes comme des revendications de la part des personnes qui se sentent exclues, voire victimes d'une injustice, indépendamment du fondement de celles-ci.

En revanche, en ce qui concerne l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger, l'argument de l'égalité (dans le sens de revendication de traitement égal par le droit) est jugé pertinent de manière très consensuelle. Dès lors, pour les pays attachés à l'illicéité de la GPA, la question qui se pose est de savoir s'il est matériellement possible de trouver les moyens d'inciter les parents d'intention à ne pas recourir à la GPA à l'étranger, sans que cela pèse sur les enfants. Il est d'autant plus difficile d'y répondre que les choix en la matière semblent fragiles. Si certains États sont clairement favorables à la GPA, sur le plan national, mais aussi avec une large tolérance à l'égard de la GPA à l'étranger qui apparaît comme un complément admissible, voire nécessaire, d'autres en ont une vision très restrictive quoique potentiellement changeante au nom d'une « GPA éthique » dont les contours sont encore très mal cernés. Et l'on voit bien, au travers des expériences des pays asiatiques que les changements peuvent être rapides. Dès lors, contrairement à ce qui est souvent affirmé (y compris par les personnes interrogées dans le cadre de cette étude), il est difficile de considérer qu'un mouvement irréversible en faveur de la GPA internationale a été lancé.

Pour autant, ce qui est crédible – et non pas certain –, tient aux **modifications des fonctions de l'état civil** induites par la convention européenne des droits de l'homme, ou plutôt par la jurisprudence de la Cour qui en fait progressivement un instrument de revendication identitaire en complément du traditionnel instrument d'identification d'individus. La situation actuelle est donc suffisamment contrastée pour qu'il soit nécessaire de constater qu'il y a une reconnaissance progressive dans d'autres pays occidentaux des effets juridiques des conventions de GPA conclues à l'étranger et hasardeux de considérer qu'il s'agit là d'un mouvement irréversible.

En **France**, le recours à l'AMP est ouvert uniquement aux couples hétérosexuels. La question s'est posée de savoir si une femme ayant eu recours à une insémination à l'étranger peut demander à ce que son enfant soit adopté par son épouse. Ce qui signifie une reconnaissance, par l'établissement d'un lien de filiation, d'un acte effectué à l'étranger

³⁸² Selon le CCNE, « il faut se garder d'accréditer l'idée que toute injustice, y compris physiologique, met en cause l'égalité devant la loi. Même si la détresse des femmes stériles suscite un sentiment d'émotion ou de révolte, elle ne saurait imposer à la société d'organiser l'égalisation par la correction de conditions compromises par la nature ». Pour le comité, « une telle conception conduirait à sommer la collectivité d'intervenir sans limites pour restaurer la justice au nom de l'égalité et correspond à l'affirmation d'un droit à l'enfant -- alors que le désir ou le besoin de l'enfant ne peut conduire à la reconnaissance d'un tel droit » (avis n°110 -- *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*).

et prohibé en France. Les avis du 22 septembre 2014 de la Cour de cassation³⁸³ ont autorisé cette adoption intrafamiliale.

Le raisonnement est le suivant : pour mobiliser la fraude, comme l'avait fait la Cour de cassation le 13 septembre 2013³⁸⁴ pour la GPA, il faut atteindre un certain degré d'atteinte à l'ordre public. L'insémination avec donneur est une pratique médicale encadrée en France, contrairement à la GPA qui est interdite. Donc même si l'insémination avec donneur n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels, les droits étrangers qui l'ouvrent aux couples de femmes ou aux femmes seules ne portent pas une atteinte excessive aux valeurs françaises essentielles. L'ordre de gravité, par rapport à la GPA, est par conséquent moindre. De plus, la loi du 17 mai 2013 sur le mariage des personnes de même sexe a admis l'adoption dans les couples de femmes, alors qu'en ce qui concerne la GPA, l'intention du législateur était de maintenir l'interdiction.

Bien qu'il ne s'agisse que d'un avis qui, par définition, ne lie pas les juridictions (il n'interdit pas aux tribunaux de refuser l'adoption), on peut tout de même penser que peu de juges entrèrent en résistance sur cette question. Ces avis, malgré leur caractère non obligatoire, ont été largement suivis par les tribunaux. Ainsi, recourir à l'étranger à une prestation non autorisée sur le territoire national, telle que l'insémination d'une femme, seule ou en couple homosexuel, a donc été davantage toléré que le recours à la GPA à l'étranger.

Pour notre équipe **israélienne**, il est apparu clairement pendant les entretiens, que les intérêts des parents intentionnels dominaient le terrain et que tous les citoyens israéliens étaient perçus comme ayant le droit de recourir à la GPA à l'étranger, indépendamment de leur orientation sexuelle ou du statut matrimonial, alors qu'ils ne peuvent le faire sur le territoire national ; on retrouve l'idée que la diversité internationale des solutions juridiques peut constituer cette « liberté de second rang » d'aller faire dans un pays ce qui est interdit sur le territoire national.

CJP:

« Human beings have the right to parenthood. Nature does not enable them to bring a child to the world, at the moment. I am ready to enable them, and I want to enable them, because they have the right to parenthood. However, I cannot enable it here in Israel right now, and I also don't see how. I'm telling you this in all honesty. So, let's enable ».

En **Grande-Bretagne**, le « droit à la parentalité » a été invoqué, de manière négative cette fois, par un travailleur social qui oppose le droit à être parent aux droits des enfants comme de la gestatrice :

TS1:

« I am not happy with the emphasis on the 'right to parent' and this makes less visible the rights of the child. Also, the potential power of the surrogate is also reduced in this process. Done by legal processes – removes rights over her body and reduces her personhood -- a woman is reduced to vessel that carries the baby and needs to reduce her rights over her body... I have a concern that it is the dominance of the 'right to parent' and not the rights

³⁸³ Avis de la Cour de cassation n° 15010 et 15011 du 22 septembre 2014.

³⁸⁴ Cass. Civ.1ère, 13 sept. 2013, n°12-30.138.

of the child that we see in the process (and in the lawyers' response). And particularly in relation to the gay community – “we are wary of asking the questions – what does it mean to remove mothering from the equation?”... The right to parent is only there for people who can afford it. The market is there because people can make money out of it. Probably most surrogates are doing it for money. It is another form of dealing with poverty without dealing with causes of poverty -- this is not the way to deal with poverty... The right to parent is being fuelled by LAWYERS (and private healthcare people) ».

Enfin, il est intéressant de noter l'étude que Karen Hvidtfeldt³⁸⁵, chercheuse danoise en « *cultural studies* », a faite de la narration et du discours sur des blogs tenus par des parents occidentaux et des parents d'intention d'enfants nés d'une GPA réalisée en Inde, ainsi que sur des documentaires produits par des réalisateurs occidentaux : la mondialisation est à la fois la base de la communauté des blogueurs sur internet et un thème central de la construction de la maternité virtuelle et de la condition de parent. Grâce aux métaphores qui reposent sur une connexion mondiale, les blogueurs assimilent le recours à la GPA transnationale à une transaction commerciale, qui consiste à acheter ou louer un utérus, mais séparent aussi ces deux notions. Par exemple, la relation avec les gestatrices indiennes est racontée comme un travail d'équipe mondial postmoderne où tous les acteurs sont indépendants et respectés. Les Occidentaux sans enfant et les citoyens indiens deviennent des entrepreneurs actifs et sont présentés comme des sujets rationnels qui prennent leurs décisions sur la base d'une logique néolibérale. La GPA est décrite comme un investissement affectif pour les parents d'intention : la métaphore du voyage (et sa ressemblance avec un conte de fées) est utilisée pour souligner l'intensité du processus. Les blogs et les outils numériques compensent le vide et l'éloignement, ainsi que le sentiment d'isolement et de solitude que vivent souvent les parents d'intention qui attendent un enfant par la GPA. Ils brouillent les frontières entre le fait d'être enceinte et de ne pas l'être dans le flux des fluides reproductifs, des parties du corps, des intensions et des désirs, et les rapports sociaux et génétiques sont également brouillés.

Néanmoins, les histoires révèlent aussi que toutes les parties impliquées dans le processus contribuent à de nouvelles définitions de la parenté et de la filiation dans une société mondialisée. Les récits des blogs et des documentaires racontent les défis concrets des acteurs individuels de la GPA transnationale et offrent un aperçu des interprétations ambivalentes de la parenté et de la filiation qui ont suivi la mondialisation de la procréation médicale et technologique.

2.2. Le « droit d'accès à la technique »

L'analyse précédente, en termes de « droits à la parentalité », est rendue encore plus neutre par ceux qui parlent simplement « d'accès à la technique » en général, --- il ne s'agit pas à ce stade du raisonnement, des techniques d'AMP dont on vient de dire que, dans un

³⁸⁵ Karen Hvidtfeldt, « 'Tout ce dont on a besoin est une carte de crédit'. La GPA transnationale sur les blogs et dans les documentaires », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016. Pour son travail, Hvidtfeldt épiluche une vingtaine de blogs depuis 2009, qui abordent tous le sujet de la GPA en Inde. Elle inclut également dans ses études les documentaires sur cette thématique.

certain nombre de pays, elles étaient hautement régulées en termes d'accès. En effet, les objets techniques sont en principe en libre accès pour ceux qui achètent l'objet. Ce n'est évidemment pas le cas de certaines techniques spécifiques, dont les techniques médicales font partie. Les prestations médicales sont en libre accès financées en tout ou en partie par la sécurité sociale. Encore faut-il répondre à certaines indications médicales, sauf l'exception de plus en plus considérable de la chirurgie esthétique. Les prestations diagnostiques sont, elles aussi, encadrées, et c'est aussi dans le cadre de la génétique que ces encadrements sont parfois contournés à des fins sociétales par des personnes qui envoient des échantillons biologiques aux États-Unis, par exemple pour retracer leur histoire généalogique ou pour vérifier leur paternité en dehors des cas d'ouverture prévus par la loi française.

Il est probable qu'en termes d'égalité, l'accès à la technique est le vocabulaire le plus efficace pour élargir l'accès à l'AMP. Il faut un travail mental important et, on l'a vu, pas forcément convaincant, pour conclure que dans le domaine de la procréation, on ne peut se contenter de penser en termes d'accès à la technique, car non seulement cela implique des ressources biologiques qui sont déjà en situation de pénurie pour les seuls besoins du contournement des pathologies de la reproduction, mais cela implique les enfants qui naîtront et leurs propres enfants.

2.3. Le « droit à l'enfant »

L'expression « droit à l'enfant », débouchant le plus souvent sur le fait qu'il ne saurait y avoir de droit à l'enfant, est souvent invoquée, principalement pour justifier une limitation de l'accès aux techniques d'AMP. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 mai 2013 sur la loi sur le mariage des couples de même sexe, a jugé utile de préciser que l'accès à l'adoption qui résulte la loi de 2013 n'établit pas de *droit à l'enfant* pour les couples de personnes de même sexe, car ils sont soumis exactement aux mêmes conditions que les couples de sexes différents pour obtenir l'agrément (pt.52). Ce serait plus compliqué de tenir ce raisonnement pour l'accès à l'AMP car il faudrait faire tomber deux des quatre conditions actuellement exigées : celle concernant le couple formé d'un homme et d'une femme tomberait par hypothèse, mais resterait celle concernant le caractère médicalement constaté de l'infertilité. Or la deuxième entraîne de nombreuses conséquences, en particulier sur la médecine elle-même, de plus en plus convoquée pour résoudre des questions sociales.

L'expression est contestée par ceux qui revendiquent cet accès :

- Son contenu serait indéterminé, car le droit doit porter sur un objet précis. L'argument ne convainc pas car l'objet est précisément de pouvoir bénéficier de tous les moyens susceptibles de procurer un enfant, il est donc tout à fait précis.
- L'expression serait contradictoire dans ses termes, simpliste, car il n'y aurait pas de débiteur pour un droit à l'enfant, ce n'est pas un droit subjectif. Or le débiteur est évidemment l'État auquel on demande d'ouvrir l'accès aux techniques permettant la procréation. À ce titre, toute condition posée à l'accès à l'AMP est une atteinte à ce droit, atteinte que l'on peut qualifier de légitime ou pas.
- En même temps, l'objet des conventions de GPA est la transmission d'une personne, à savoir l'enfant, assimilant ce dernier à une chose : pour certains, l'expression

« droit à l'enfant » n'est pas pertinente car l'enfant n'est pas une chose³⁸⁶ ; pour d'autres, cette expression reflète justement la dimension réificatrice de l'opération.

Une analyse, menée au sein du groupe de travail par Mme Marie-Angèle Hermitte, porte sur la nature juridique des contrats de GPA à partir de l'objet des conventions, vu comme le processus global permettant le transfert d'un enfant de l'une des parties à l'autre. L'objet du contrat de GPA serait mis en œuvre par un ensemble d'obligations : obligations médicales, telles que l'utilisation des ovocytes de la gestatrice, de la mère d'intention ou la fourniture d'ovocytes d'une tierce personne, leur fécondation et le transfert du ou des embryons ; obligations des parents d'intention de payer le prix demandé, prendre l'enfant en charge à sa naissance et assumer, dans certaines conventions, divers risques liés au handicap de l'enfant ; obligations de la gestatrice de mettre à disposition des médecins son utérus, de se faire transférer un ou plusieurs embryons, se conduire conformément à ce qui est demandé par les parents d'intention pendant la grossesse et transférer l'enfant juste après l'accouchement.

Alors qu'il est généralement décrit comme un contrat *sui generis*, le contrat de GPA serait plutôt un contrat de « travail à façon³⁸⁷ », qui est utilisé lorsque l'une des parties fournit des matières premières à un artisan – paillettes de sperme ou embryons –, celui-ci devant restituer quelque chose de différent de ce qui lui a été fourni, -- l'enfant né. D'un côté, cela semble conforter une partie du raisonnement de ceux qui disent que l'enfant n'est pas abandonné au profit des parents d'intention mais que son transfert équivaut à le rendre à ses parents ; de l'autre c'est inexact sur le plan biologique, où il y a bien rupture radicale entre l'environnement de la vie utérine et celui de la vie sociale ultérieure. Quand on examine les contrats de gestation pour autrui tels qu'ils sont rédigés aux États-Unis, qui prévoient les obligations de la gestatrice (ne pas boire, ne pas fumer, ne pas avoir de relations sexuelles à certaines périodes, livrer l'enfant, avorter en cas de malformation, etc.), on retrouve très exactement les différentes clauses des contrats à façon prévoyant les obligations de chacun et la distribution des responsabilités selon l'origine des malformations éventuelles³⁸⁸.

La motivation du juge anglais, qui apprécie le professionnalisme d'une gestatrice pour justifier sa rémunération dépassant l'indemnisation raisonnable prévue par la loi, conforte cette analyse. Le contrat de GPA ne serait donc rien d'autre qu'un contrat impliquant à la fin le transfert d'un enfant, d'une personne à une autre, ce qui exprime crûment l'inévitable dimension réificatrice de l'opération, quel que soit l'imaginaire tout différent des parents d'intention comme, au moins dans certains cas, de la gestatrice.

La critique du « droit à l'enfant » serait la manière d'exprimer, en termes de droits subjectifs et de droits fondamentaux, ce que le droit des contrats dit à sa manière technique.

³⁸⁶ Depuis le droit romain, le droit opère traditionnellement une classification binaire entre d'une part, les personnes, et d'autre part, les choses.

³⁸⁷ Il n'y a travail à façon que si l'entrepreneur de l'ouvrage réalise un bien nouveau à partir des matériaux que le client lui a confiés, bien dont la fonction pour les utilisateurs est différente de celle qu'avaient les matériaux confiés (CJCE 14 mai 1985, aff. 139-84 Van Dijk's Boekhuis BV).

³⁸⁸ Sachant que aucun contrat étudié ne retient la responsabilité de la gestatrice dans le handicap ou la mort éventuelle d'un fœtus. En revanche, dans certains des contrats évoqués, la gestatrice n'est pas indemnisée lorsque, malgré les stimulations hormonales, elle ne tombe pas enceinte ou lorsqu'elle perd le fœtus.

Enfin, toujours selon Marie-Angèle Hermitte, ce type d'analyse n'a jamais été mené, au moins à sa connaissance, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, car cela équivaldrait à assigner les enfants ainsi nés à une condition servile, en contradiction avec l'intentionnalité de la conception des enfants par GPA pour les élever dans une structure familiale aimante. En dehors des critiques les plus fréquentes sur la marchandisation des corps, plus souvent évoquée pour les gestatrices que pour les enfants qui en naissent, on trouve chez les personnes interrogées des critiques plus indirectes, telle celle, très courte de TS1, « *I am not happy with the emphasis on the 'right to parent' and this makes less visible the rights of the child* » ; on peut noter aussi les réflexions d'un juge français, prisonnier de la recherche de la moins mauvaise solution pour résoudre l'équation entre la résistance au « fait accompli », la volonté de ne pas encourager la pratique des GPA transnationales en refusant la transcription de l'état-civil et la recherche d'une solution qui « soit la moins stigmatisante possible --- on n'a pas parlé de fraude ni d'indisponibilité de corps humain »³⁸⁹.

³⁸⁹ Pt. 4.6 « Les juges », J3.

3. Intérêt de l'enfant

Au cours de ces dernières décennies, l'enfant est entré sur la scène juridique en tant qu'acteur dont l'intérêt doit être pris en considération³⁹⁰. Mais on peut se demander si, après des années de débat doctrinal continu, il est possible d'arriver à une autre conclusion que la constatation désabusée du doyen Carbonnier en 1960 : « L'intérêt supérieur de l'enfant : c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire »³⁹¹. Sa complexité vient également du fait de son caractère évolutif, car il ne correspond pas à des conceptions figées. Enfin, son émergence témoigne aussi du passage d'une logique de protection des populations fragiles à celle de promotion du droit des personnes, la distinction entre les deux méritant d'être questionnée car les enfants ont des droits en tant que personnes ... particulièrement fragiles. Mais force est de constater que, dans le contexte de la GPA, plusieurs catégories d'enfants sont en cause, et que « l'intérêt de l'enfant » qui, au moment où le juge l'examine est au mieux un bébé, semble toujours coïncider avec celui des parents d'intention. On abordera en premier lieu plusieurs dimensions, générales (3.1.) avant d'évoquer quelques questions spécifiques (3.2.):

3.1. La dimension générale de l'intérêt de l'enfant

La pratique de la GPA fait apparaître trois catégories d'enfants potentiellement concernés : les enfants issus de la GPA (3.1.1.); les enfants de la gestatrice (3.1.2.), et les autres enfants *in abstracto* (3.1.3.).

3.1.1. Les enfants issus de la GPA

Contrairement aux situations habituelles où le juge évalue l'intérêt d'un enfant existant à l'occasion d'une situation concrète à laquelle il est confronté, limiter l'accès à la GPA sur le fondement de l'intérêt de l'enfant aboutit à ce que l'enfant désiré par le couple d'intention bloqué dans son projet par une loi interdisant la GPA ne voie pas le jour. En d'autres termes, le critère du bien-être de l'enfant sous-entendrait alors que le bien-être de l'enfant, potentiellement mis en danger par le processus de GPA, soit prioritaire par rapport aux souhaits et intérêts des parents et que l'AMP soit réalisée uniquement lorsque le bien-être futur de l'enfant est au moins abstraitement garanti.

Certains pensent que cette conception d'une sorte de droit des enfants à ne pas voir le jour si la condition de leur naissance est une GPA est contraire à leur droit à l'existence ou, dans une moindre mesure, au fait qu'il est toujours préférable de naître que de ne pas naître, en tout cas si l'enfant est désiré. Besoin d'être protégé et droit à l'existence ne

³⁹⁰ V. la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, signée le 20 nov. 1989, entrée en vigueur le 6 sept 1990, universelle du fait de son établissement sous l'égide de l'ONU, et dont l'art. 3 al.1 dispose: « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

³⁹¹ Note sous CA Paris 10 avril 1959, *D.* 1960, p. 673 ; aussi, « Le concept de l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué pour justifier des interventions qui s'avèrent catastrophiques » (J. Goldstein, A. Freud, A. Solnit, *Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant*, ESF, 1983).

sauraient être en contradiction³⁹², et il serait paradoxal d'utiliser le critère de l'intérêt de l'enfant pour éviter sa naissance. La logique selon laquelle il serait mieux pour un enfant (hypothétique) de ne pas exister plutôt que d'exister a été nommée « *nonidentity problem* »³⁹³. De ce point de vue, l'intérêt de l'enfant est toujours de naître, sauf les rares cas de handicaps conduisant à légitimer une IMG³⁹⁴. Prendre en compte une telle vision de l'intérêt de l'enfant aboutirait à évaluer une « bonne parentalité », condition pour avoir accès à des traitements médicaux afin de concevoir d'un enfant³⁹⁵. Dans un cadre libéral, on ne retiendra pas de telles considérations pour refuser les traitements d'AMP.

Cette position est très largement partagée et elle est majoritaire, mais elle n'est pas consensuelle:

Sur un plan théorique tout d'abord, elle repose souvent sur l'invocation d'un « droit à l'existence », dont la substance juridique est difficile à imaginer. En effet, pour être titulaire d'un droit, il faut un sujet de droit. Or, au moment où joue l'interdiction de faire une GPA, il y a bien des parents d'intention susceptibles d'avoir un « droit à l'enfant » ou, faudrait-il dire un « droit à faire exister un enfant », mais aucun autre sujet existant, pas même un embryon qui pourrait jouir du droit d'être transféré dans un utérus et réclamer son droit à l'existence.

Ensuite, lorsqu'il interdit l'accès de telle ou telle catégorie de personnes à l'AMP ou à une technique comme la GPA, le législateur ne se situe pas dans le cadre du droit au respect de la vie privée, de l'autonomie personnelle des parents d'intention ou de l'intérêt de tel enfant à exister, par hypothèse indécidable, mais dans le cadre des responsabilités théoriques de la société vis-à-vis des enfants qui naîtront à l'aide de toutes les ressources de la société, donc sous la responsabilité de la société. C'est à ce titre que le cadre de vie le plus banal possible avait été souhaité par le législateur français³⁹⁶. Comme on l'a montré, les enfants issus de GPA doivent intégrer, au titre de leurs origines, une gestatrice et une vendeuse d'ovocytes ayant permis la réalisation du désir de leurs parents sociaux, qu'il s'agisse d'un couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux hommes. Quand il observe les réserves formulées par certains enfants issus d'IAD, le législateur peut être amené à se poser des questions sur les situations qu'il contribue à créer.

Enfin, sur un plan pratique, l'évaluation du bien-être de l'enfant né par GPA est finalement réalisée, certes dans des cas rares : lorsque surgit un conflit entre la gestatrice et les parents d'intention ; lorsque l'enfant n'a aucun lien biologique avec les parents d'intention, laissant suspecter un trafic d'enfant (cas *Paradiso*). Le juge choisit entre l'environnement que lui fournissent la gestatrice et les parents d'intention dans le premier cas, entre des parents d'intention ayant cherché à manipuler les autorités et des parents ayant suivi les règles de la loi sur l'adoption dans le deuxième cas.

³⁹² Eric Blyth, « To Be or Not to Be? A Critical Appraisal of the Welfare of Children Conceived through New Reproductive Technologies », *International Journal of Children's Rights*, 2008, 16, pp.505-522.

³⁹³ D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, 1984.

³⁹⁴ John Harris, *On Cloning: Thinking in Action*, Routledge, London, 2004; Julian Savulescu, « Deaf lesbians, 'designer disability', and the future of medicine », *British Medical Journal*, 2002, 325, pp.771-773.

³⁹⁵ Eric Blyth, Vivian Burr, Abigail Farrand, « Welfare of the child assessments in assisted conception: A social constructionist perspective », *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 2008, 26(1), pp. 31-43.

³⁹⁶ V. G. Braibant, *Sciences de la vie, de l'éthique au droit, supra*.

Les études faites sur le devenir des enfants nés par GPA peuvent-elles guider le législateur dans sa conception de l'intérêt de l'enfant ?

En l'état, les études sont encore rares, menées généralement sur de très petites populations, et souffrent d'un certain nombre de biais, tel l'inclusion de familles qui fonctionnent bien alors que les familles dysfonctionnelles n'entrent pas dans les études. Enfin, elles restent limitées à des enfants très jeunes alors qu'un bilan sérieux ne pourra être fait qu'à l'âge adulte lorsque ceux-ci ont eux-mêmes des enfants et seront suffisamment autonomes par rapport à leurs parents pour faire un bilan indépendant de leur histoire. En l'état, les études poussées le plus longtemps se limitent à l'adolescence alors que les premiers enfants nés par GPA ont une trentaine d'années. Les résultats, positifs comme négatifs, sont donc à prendre avec d'infinies précautions.

Certaines études sur les enfants ainsi nés sont positives: deux études³⁹⁷ menées sur dix ans en Grande Bretagne ont conclu que les familles ayant eu recours à la GPA maintenaient de bonnes relations avec la gestatrice, et que les enfants ainsi conçus avaient une image positive de leur mode de gestation et de la personne de leur gestatrice. D'autres travaux ont conclu que les enfants conçus par GPA ne présentaient pas de différence par rapport à ceux conçus spontanément, que ce soit dans leur développement socio -- émotionnel ou cognitif, et que la GPA ne semble pas avoir un impact négatif sur la relation parentale ou le développement de l'enfant dans les familles avec des enfants de 2 ans³⁹⁸. Par contre, des études³⁹⁹ évaluant le développement des enfants conçus par GPA par rapport à ceux nés par don de gamètes ont conclu à un plus grand taux de difficulté d' « *adjustment* » à l'âge de 7 ans; en d'autres termes, l'absence de lien gestationnel avec la mère intentionnelle semble plus problématique pour les enfants que l'absence de lien génétique. Or, certains membres de l'équipe font remarquer que l'IAD entraîne déjà des difficultés pour certains enfants conçus par IAD. Les études sur leur devenir étant également très rares, il est préférable d'en rester à des faits objectifs attribuables aux enfants devenus adultes: constitution d'associations, actions en justice pour se faire transmettre des informations concernant le donneur, production de témoignages, participation à des débats, livres. Cela ne concerne qu'un petit nombre d'enfants ainsi conçus, qui s'estiment privés d'une part de leur généalogie, sans que l'on sache avec précision si le trouble vient du seul anonymat du don de gamètes ou de cet anonymat lié au fait de devoir assumer une triple ascendance.

Pour certains, les expériences des enfants conçus par GPA sont donc positives : leur environnement familial est chaleureux, la décision des parents de recourir à la GPA est mûrement réfléchie, les enfants évidemment désirés et cette configuration familiale d'absence de lien gestationnel ou génétique serait moins importante pour le bien-être

³⁹⁷ V. Jadva, S. Imrie, S. Golombok, « Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child », *Human Reproduction*, 2015, 30, No. 2, pp. 373-379; V. Jadva, P. Casey, L. Blake, S. Golombok, « Surrogacy families ten years on: Relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins », *Human Reproduction*, 2012, 27, pp. 3008-3014.

³⁹⁸ S. Golombok, F. MacCallum, C. Murray, E. Lycett, V. Jadva, « Surrogacy families: Parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2 », *Journal of Child Psychology & Psychiatry*, 2006, 47, No 2, 213-222.

³⁹⁹ S. Golombok, L. Blake, P. Casey, G. Roman, V. Jadva, « Children born through reproductive donation: A longitudinal study of child adjustment », *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 54, pp. 653-660.

psychologique des enfants que la qualité des relations familiales et surtout, d'après beaucoup d'études, la stabilité du couple parental.

Plus particulièrement, concernant l'objet de notre étude, à savoir l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger, dans nos entretiens, les personnes rencontrées, quel que soit leur avis sur la GPA, font valoir de manière unanime que l'intérêt de l'enfant est d'être laissé chez ses parents intentionnels.

En **Israël**, les intérêts et les droits de l'enfant n'ont été mentionnés que rarement pendant les entretiens. Le seul souci exprimé était que l'enfant soit reconnu comme celui d'un citoyen israélien, et que ce ne soit pas un enfant kidnappé. Les autorités israéliennes assument que comme l'enfant est déjà né, son intérêt est d'avoir un lien de filiation avec des parents intentionnels israéliens, de recevoir la nationalité israélienne, et de pouvoir rentrer et vivre en Israël. L'alternative est perçue comme rester orphelin dans un pays pauvre, jamais comme être adopté par des parents ayant respecté la loi nationale et introduit une demande d'adoption. Comme l'a constaté un juge aux affaires familiales:

« From a legal perspective, the best interest of the child will be the determining factor for me from that moment Israel recognizes its rights, and paternity, and from that moment makes the child into a citizen of the State of Israel with everything that entails. From a medical perspective, rights perspective, and everything. I think that this question is also a moral-philosophical one, of the right of this child to be born ».

Ainsi qu'un conseiller juridique travaillant au service de l'État:

« I say, first and foremost – the child is not to blame. It was brought into the world. So, first of all, give him all his rights ».

En **Grande-Bretagne**, certains travailleurs sociaux ont exprimé leur confiance que l'intérêt de l'enfant était bien considéré et protégé par les juges (bien que rarement mentionné dans le débat général), avec une petite réserve pour les cas où la gestatrice vient de milieux socio-économiques défavorisés :

TS1:

« Attitudes are changing, but media reports fall into either reported matter of facts or within the 'right to parent' narrative, or 'eggsploitation' discourse. VERY RARELY a narrative about children (cf with international adoption (Romania)) – in surrogacy – you would think it's nothing to do with children ».

TS2:

« Judges are taking a similar view – regardless of what has happened -- they are taking decisions on the basis of child welfare – and judges are making 'right' decisions, in the interests of the child. I have not been concerned about any judgments. Of course there are low numbers coming to the court... I have concerns about child welfare issues and concerns about welfare and health of surrogates – who may be from lower socio-economic groups ».

Dans les pays qui n'autorisent pas cette pratique, comme la **France**, l'intérêt de l'enfant concerne principalement la dimension technique de l'intégration juridique de son existence, tous les intervenants considérant, soit de manière explicite, soit de manière implicite, que l'intérêt de l'enfant est de vivre avec ses parents d'intention et de ne subir aucune conséquence du fait de sa naissance. Pour certains d'entre eux, la question du refus de transcription de l'état civil étranger est vue comme une ultime résistance de la France qui n'a aucun impact négatif pour l'enfant.

CJP1 :

« Il faut traiter ces enfants comme les autres. Le lien de filiation est établi par l'acte de naissance étranger. Il n'est pas contesté. Ces enfants, depuis la circulaire Taubira, ont droit au certificat de nationalité française (CNF), ils sont donc français. Ils ont un acte étranger conforme à l'art. 47 du Code civil. Tant qu'il n'y a pas eu de jugement français qui dit que l'acte a été obtenu en fraude et qui l'annule ou le déclare inopposable, il est présumé opposable. Une autorité juridique comme un notaire, ne peut pas dire qu'il considère que cet enfant n'est pas français et qu'il n'y a pas de filiation à l'égard du parent décédé parce qu'il n'y a que l'acte étranger. Le droit français accorde une force juridique à ces actes étrangers qui par eux-mêmes établissent la filiation. L'enfant vit avec ses parents et a accès à tous les droits. Il n'a pas été démontré que leurs droits ont été atteints. Beaucoup de Français vivent avec des actes étrangers sans transcription et sans que cela ne génère de problème. La transcription n'est pas obligatoire et la CEDH ne peut pas obliger la France à transcrire. C'est une formalité non obligatoire. C'est à l'État, à travers ses administrations, de s'adapter à ces circonstances. Le refus de transcription est ce qui nous reste, au niveau du droit français, pour dire qu'il y a une fraude à la loi effectivement ».

J5:

« De manière générale je suis assez favorable à la reconnaissance. Le débat en France est surtout placé au niveau de l'intérêt de l'enfant. D'une part, il y a ceux qui disaient que l'intérêt de l'enfant est qu'une fois qu'il est né, l'on reconnaisse sa filiation établie à l'étranger. La plupart des gens adoptent cette position, même ceux qui sont contre la GPA. D'autre part, il y a ceux qui pensent que l'intérêt des enfants en général est de dissuader cette pratique ; donc on va sacrifier l'intérêt de l'enfant en cause pour cela, pour éviter que ces enfants naissent. Sur le plan personnel, je ne crois pas beaucoup à cet argument, d'abord, car je doute de l'efficacité de l'effet dissuasif (les gens qui veulent un enfant le feront, malgré les problèmes administratifs) ; ensuite, car je ne vois pas comment son intérêt est de ne pas naître. Son intérêt est de naître ».

3.1.2. Les enfants de la gestatrice

L'attention est plus évidente à l'égard des enfants à naître qu'à leur égard, bien qu'ils soient inévitablement impliqués dans ce processus : leur mère peut moins bien s'occuper d'eux (voire être absente dans certains cas, comme en Ukraine ou en Inde où la GPA est mal

considérée et les gestatrices préfèrent disparaître pendant la grossesse) ; ces enfants peuvent mal vivre le fait que le bébé soit confié, et même avoir peur qu'eux-mêmes soient transmis un jour ou auraient pu être transmis à leur naissance. Enfin, ils peuvent subir le regard hostile de l'environnement sur l'activité de leur mère. En tout état de cause, les enfants de la gestatrice sont jeunes par définition pendant ce processus, et cette expérience sera gravée dans leur mémoire à jamais.

On constate que très peu d'études ont été menées, et elles n'ont pas été menées sur de grands échantillons : une étude, se déclarant être la première au monde, publiée en 2012⁴⁰⁰ (22 ans après la *HFEA Act* de 1990), conduite par des chercheurs du *Centre for Family Research* de l'Université de Cambridge, a consisté dans des entretiens menés avec 16 enfants (7 garçons et 9 filles, entre 12-22 ans), dont la mère avait été gestatrice dans le passé (dans 7 cas elle était aussi la mère génétique, dans 9 cas uniquement gestatrice). Tous ces enfants ont exprimé une opinion favorable de l'engagement de leur mère, 12 d'entre eux en ont discuté avec leurs amis, et l'étude ne constate pas de différence dans les questionnaires de santé psychologique entre les enfants, selon que leur mère ait donné ses ovocytes ou non. Ces enfants ne connaissent finalement pas d'expériences négatives qui seraient la conséquence de la décision de leur mère d'être gestatrice. Cette étude semble avoir des limites, car premièrement, elle a été conduite sur un échantillon de 16 enfants, ce qui n'est pas significatif ; deuxièmement, ces enfants sont d'un âge où on est encore très influencé par les positions des parents, leur position peut encore évoluer, par exemple quand ils auront eux-mêmes des enfants. En tout état de cause, ces études n'incluent pas les cas où les gestatrices britanniques ont connu de graves difficultés de santé. Il nous semble évident que d'autres études soient nécessaires.

Deux autres recherches, conduites en Israël sur le déroulement d'ensemble de la GPA, sont contradictoires : celle menée par Eti Samama⁴⁰¹ fait état de séquelles possibles subies par les enfants de la gestatrice, alors que celle menée par Elly Teman⁴⁰² ne mentionne pas de problèmes particuliers à cet égard.

3.1.3. L'intérêt des enfants en général

Dans le cadre de cette recherche, il n'y a qu'en **France** que cette question de l'intérêt de l'enfant a été abordée.

J1:

« Les conventions internationales ont des buts différents et après elles se combinent....il y a aussi des contradictions entre les conventions. Par exemple, si on applique la convention internationale sur les droits de l'enfant (ce qui a dit la CEDH), c'est l'intérêt de l'enfant qui prime ; si on dit ça, cela veut dire qu'il prime aussi sur toutes les autres conventions internationales, comme celle de la Haye sur l'adoption qui interdit le

⁴⁰⁰ S. Imrie, V. Jadvá, S. Golombok, « The long-term psychological health of surrogate mothers and their families », *Fertility and Sterility*, 2012, 98, 3, S46.

⁴⁰¹ Eti Samama, *My womb, her baby*, thèse de Master (dir. Ruth Landau), Université hébraïque de Jérusalem, 2002, p. 105.

⁴⁰² Elly Teman, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, 2010, p. 112.

trafic d'enfants. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une convention internationale que tout le reste doit disparaître...

Il se peut encore que la fraude empêche la reconnaissance de filiation, là où on a été très loin c'était de dire que l'intérêt de l'enfant n'était pas pertinent, et pourtant c'est absolument évident: si on dit que l'intérêt de l'enfant prime sur la fraude, alors – trafic d'enfants etc. ..., mais c'est très difficile de comprendre, y compris pour la CEDH.

C'est justement le problème de l'intérêt de l'enfant : plus ça se passe dans les pays où c'est horrible, plus ces enfants ont intérêt à avoir la nationalité française. S'ils sont apatrides dans les pays où ils sont nés, cela pose encore plus de problèmes.

Ces enfants, on ne peut pas dire que ce n'est pas un préjudice pour eux de ne pas avoir de lien de filiation en droit français, mais ce sont les parents qui sont à l'origine de cette situation ».

J2:

« Il y a aujourd'hui un tabou consensuel, celui de l'interdiction d'établir un double lien de filiation pour un enfant nés par inceste. S'il n'y a plus aucun interdit qui tient, au nom de l'intérêt de l'enfant, quid de cet interdit d'inceste ».

MA1 (membre de l'association CoRP):

« Le problème est de poser une loi dissuasive tout en protégeant les enfants déjà là. Il faut penser à tous les enfants : pas uniquement ceux qui sont déjà là, à cause d'adultes tellement fous de désir qu'ils ont accepté de les mettre dans une situation inconfortable et d'utiliser une femme comme un outil de production, et aussi tous ceux dont on ne veut

pas qu'ils connaissent un jour une telle situation. On pourrait donner aux commanditaires le tutorat avec obligation de s'occuper des enfants, ils auront tous les devoirs mais pas les droits ».

3.2. Quelques dimensions spécifiques évoquées en relation avec la notion d'intérêt de l'enfant

Plusieurs dimensions spécifiques, liées à la notion de l'intérêt de l'enfant, ont été évoquées par les personnes interrogées:

a. Les difficultés spécifiques aux GPA qui se trouvent caractérisées par l'absence de tout lien biologique avec les parents d'intention, alors que le principe originare de la GPA est de permettre des procréations reposant sur au moins un lien génétique avec le parent d'intention ou l'un des deux parents d'intention. Ce lien constitue une condition des régimes internes de GPA, aussi bien en Grande-Bretagne qu'en Israël. On constate aussi qu'en France, la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, permettant la transcription de la filiation paternelle, sous entend la pertinence de ce critère.

Plus particulièrement, l'équipe **israélienne** a été informée de trois cas où les résultats des tests génétiques ont constaté que les enfants n'étaient pas issus des gamètes du parent intentionnel⁴⁰³. Dans au moins un cas, où des jumeaux sont nés, ils sont restés dans le pays d'origine sans parents, jusqu'à leur adoption séparés l'un de l'autre. Un conseiller juridique travaillant au service de l'État a mentionné ce cas sous entendant que les parents intentionnels israéliens ne voulaient pas de ces enfants, une autre personne interviewée, un intermédiaire (agence) a soutenu que les parents intentionnels le voulaient bien mais qu'en raison de l'absence de lien génétique, les autorités du pays d'origine n'ont pas autorisé ces enfants à sortir, ni les autorités israéliennes à rentrer sur le sol national.

La Cour européenne des droits de l'homme a accordé à ce lien une importance considérable en deux occurrences qu'il suffit de rappeler. D'une part, il est mis en exergue comme un élément fondamental des droits de l'enfant dans toutes les affaires qui concernent des GPA où le père, ou l'un des pères intentionnels, est bien le père biologique de l'enfant ; d'autre part, le seul cas dans lequel un État ayant retiré l'enfant du domicile de ses parents intentionnels n'a pas été condamné, est précisément le cas où l'enfant n'avait aucun lien biologique avec eux⁴⁰⁴.

b. L'accès à ses origines de l'enfant conçu par GPA, ou plus précisément à l'information concernant son mode de conception. Cette dimension a été soulevée par certains travailleurs sociaux en **Grande-Bretagne**, qui s'inquiètent que les enfants puissent ne pas avoir d'information sur la gestatrice ayant contribué à leur venue au monde, ainsi qu'au

⁴⁰³ La plupart des commentateurs s'étendent peu sur les causes, qui peuvent être en réalité multiples : non respect de la période d'abstinence sexuelle par la gestatrice ; erreur de la clinique d'AMP ; clinique confrontée à l'absence de pouvoir fécondant du sperme du père d'intention et qui réalise un double don de gamètes sans le dire ; clinique qui transmet l'enfant d'une gestatrice qui avait été retenue pour un autre couple, celui-ci s'étant décommandé.

⁴⁰⁴ V. l'affaire *Paradiso*, p. 118 et s.

donneur de gamètes éventuellement⁴⁰⁵. La question de l'origine pour les enfants issus de GPA est particulièrement complexe puisque, selon les cas, jusqu'à cinq personnes peuvent contribuer à sa venue au monde : deux parents intentionnels, une vendeuse d'ovocytes, un éventuel donneur de sperme en cas de double don de gamètes, et la gestatrice.

c. L'une des caractéristiques de la GPA est d'être principalement organisée autour de contrats entre personnes privées, les législations étant soit très libérales comme en Grande-Bretagne, soit plus restrictives, mais dans tous les cas contournables par le recours à la GPA à l'étranger. Alors que les procédures d'adoption, et dans une bien moindre mesure les procédures d'AMP, impliquent une certaine évaluation de l'aptitude des demandeurs à devenir parents (avec toute l'incertitude qui accompagne cette démarche), la GPA est à la pure discrétion des parents d'intention qui choisissent le circuit commercial le plus adapté à leur projet.

Le modèle **israélien** suggère la possibilité d'un encadrement institutionnel par un organisme spécialisé, en l'occurrence *Israel National Council for the Child*, principale ONG impliquée dans la protection du bien-être de l'enfant. Ce conseil est intervenu une fois auprès de l'ancienne Ministre de la santé, Yaël German afin que le recours à la GPA à l'étranger soit géré par une loi destinée à protéger les enfants. Cet organisme ne s'oppose pas en soi au recours à la GPA interne ou à l'étranger, mais revendique que les parents intentionnels soient évalués auparavant pour que des enfants ne soient pas soumis à un risque d'être élevés par des personnes qui ne sont pas aptes à le faire. Plus concrètement, l'organisme a été soucieux dans un cas spécifique de risque de pédophilie⁴⁰⁶.

En **France**, le Défenseur des droits, institution indépendante née de la réunion de quatre institutions préexistantes, dont l'ancien « Défenseur des enfants », a donc une fonction officielle de défense de l'intérêt des enfants. Sans prendre position sur la pratique de la GPA elle-même, son président, Jacques Toubon a pris explicitement position en faveur de l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger, considérant que ces enfants devaient pouvoir jouir d'une filiation complète identique à celle établie légalement à l'étranger, et qui soit conforme à la réalité à la fois biologique et sociale ». Il a exprimé cette position en déposant le 5 juin 2015 ses observations devant la Cour de cassation et le 1^{er} juillet 2015, lors de l'audition de par la mission d'information du Sénat consacrée à la « PMA ET GPA: le droit français face aux évolutions jurisprudentielles ».

⁴⁰⁵ Cette question sera traitée séparément dans la section consacrée aux revendications symboliques et militantes, p. 238 et s.

⁴⁰⁶ Lettre du 15 janvier 2014 du *National Council for the Child* destinée à la Ministre de la santé, Yaël German, v. p. 161.

4. Réflexions sur les attitudes des acteurs de la GPA

La GPA est une opération complexe impliquant de multiples acteurs élaborant ensemble la demande généralement simple des parents intentionnels (4.1.), et une offre, plus complexe car elle implique plusieurs intervenants : les gestatrices (4.2.), les donneuses -- vendeuses d'ovocytes (4.3.), les prestataires de service (agences et cliniques ; avocats) (4.4.); dans certains cas des services sociaux (4.5.) et des juges (4.6.); dans tous les cas les États (4.7.) qui autorisent ou interdisent ; et la société civile (4.8.). Enfin, certaines interactions entre ces acteurs seront également analysées (4.9.).

4.1. Les parents intentionnels

Quelles limites peut-on opposer à la volonté des parents intentionnels (voire grands parents dans certains rares cas d'utilisation *post mortem*), prêts à tout pour avoir un enfant issu d'une GPA ? Les moyens requis pour une GPA sont à la fois simples et incertains. Simples car il suffit d'entrer dans un circuit organisé. Incertains dans les cas qui nous intéressent car il faut accepter de se situer de manière plus ou moins frontale en dehors du cadre légal national et qu'il faut régulièrement « changer de route », puisque, actuellement, plus de pays se ferment qu'il n'existe de pays qui s'ouvrent.

Il en résulte des revendications consistant à dire que c'est au droit, en intégrant automatiquement les enfants à leur arrivée sur le territoire national, de réparer les torts que la loi interdisant la GPA a produits, passant sous silence la démarche consciente 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 transformée par l'onction 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 envisageable⁴⁰⁷.

Les revendications militantes que nous allons analyser ultérieurement sont étroitement liées à la place qu'occupent les parents intentionnels : un pré *Parental Order* instituant « parents » les parents intentionnels avant même la naissance, a pour but de procurer un confort moral aux parents intentionnels, mais restreindrait alors la liberté de la gestatrice, qui ne serait plus autorisée à changer d'avis et de garder l'enfant ; de même, la demande du double don, pour ne pas discriminer des parents ayant la possibilité d'avoir un lien génétique avec l'enfant et ceux qui ne peuvent pas (par exemple les deux étant stériles, ou un homme stérile avec une femme trop âgée), pourrait augmenter le risque de « traite d'enfants » (en effet, si aucun lien génétique n'est exigé pour établir une relation juridique, le risque de « vente » d'enfants déjà conçus sous couvert d'une convention de GPA prédatée ne peut pas être exclu, pas davantage que celui de la production d'enfants pour le marché de l'adoption).

Nous présentons plusieurs commentaires émis par les personnes pendant les entretiens, qui illustrent les différences de points de vue.

⁴⁰⁷ F. MacCallum, E. Lycett, C. Murray, V. Jadvá, S. Golombok, « Surrogacy: The experience of commissioning couples », *Human Reproduction*, 2003, 18, No 6, pp. 1334-1342.

En France :

J3:

« On voit qu'il y a des parents qui seraient prêts à faire n'importe quoi pour avoir un enfant – dans le cadre d'une adoption ou d'une GPA. À n'importe quel prix. D'ailleurs, en France on n'accepte pas toutes les demandes d'adoption, mais il y a un cadre clair ».

A2:

« Le fait que la GPA soit interdite n'arrête pas les gens. Souvent ce sont des couples qui ont fait beaucoup de tentatives de FIV ou qui ont essayé d'adopter. Ils ne veulent pas le faire en Inde ou en Ukraine ; pour eux il est très important de ne pas faire quelque chose d'inhumain, ils ont beaucoup de respect pour les mères porteuses. Mes clients, entre le fait de pouvoir le faire le mieux possible ou moins cher, choisiront la première option. Ils sont prêts à faire beaucoup d'efforts, pas seulement financiers, pour le faire éthiquement et légalement ».

En Israël, dans un seul cas connu, le tribunal a décidé de retirer l'enfant après qu'une femme seule a eu recours à une convention de GPA en Inde avec un double don. L'enfant a été placé sous la sauvegarde de l'État et a été confié aux services sociaux pour une procédure d'adoption. Selon certains interlocuteurs, on constate une tendance à considérer les parents intentionnels comme étant riches, alors que certains font de grands efforts pour financer cette opération (vente de leur maison, emprunts).

Les intérêts des parents intentionnels ont été également mentionnés par l'un des conseillers juridiques du secteur public, qui les a perçus comme des « proies faciles », car ils sont prêts à payer des sommes considérables pour devenir parents, assumant le risque d'être déçus par les agences commerciales, les avocats et les médecins impliqués dans le processus. Une critique spécifique a été émise par certains conseillers juridiques travaillant pour l'État à l'égard des parents intentionnels en général, et aux parents intentionnels homosexuels en particulier. En effet, à ces derniers ils reprochent de se comporter de manière irresponsable, à la fois à l'égard de l'État et à l'égard des gestatrices.

CJP:

« Sometimes I feel anger towards them [towards same sex couples]. It's a world that demands, and not one that thinks. It's not a world that takes responsibility... [In relation to the crisis that arose after the two earthquakes in Nepal] True, there was an earthquake. And it really was an act of God. It's really something that they couldn't have planned. But, then you find out that they didn't even know what the legal situation was there. And then you find out that at the same time they had fertilized four [eggs], "just in case"... What is that about? What is this -- cows? Your right isn't mirrored by any obligation? Your right is absolute? And obliges me [the State of Israel] to fly with stretchers and neo-natal intensive care units? And you implant three fertilized eggs [in the surrogate uterus]? And then three preemies are born? And then on the

flight back you demand to admit them [the babies, into Israel] without first performing a genetic test? ».

Enfin, en **Grande-Bretagne**:

A2:

« Surrogacy is increasing for lots of reasons, including more general acceptance of different family forms subsequent to developments in ARTs and particularly in relation to the Equality legislation. Also an increase in celebrity coverage and more media coverage of surrogacy has meant that the process of surrogacy is becoming normalised as just another form of family building. There is also more general acceptance of alternative family forms now in the UK. Prior to Human Fertilisation and Embryology Act 1990, ART was limited mainly to heterosexual couples. Amendments to the 1990 Act in 2008 meant that the need of the child for a father was taken out of clinic guidelines. The law now gives equal protection to all kinds of families. It might be that the recession has led to an increased emphasis on family life – as a point of meaning in people’s lives ».

Dans les quatre pays étudiés, les parents intentionnels ont évidemment le soutien de leurs avocats (leur discours sera présenté ultérieurement), ce qui est moins souvent le cas des travailleurs sociaux et de certaines personnes travaillant au service de l’État, comme on le verra plus tard.

En tout état de cause, il ressort de certaines études⁴⁰⁸ que pour les couples hétérosexuels, le parcours pré-GPA est marqué par de nombreuses années d’une infertilité qui se révèle irréversible malgré le recours aux traitements d’AMP. Qu’ils soient hétérosexuels ou de même sexe, la majorité des parents ont fait état d’un projet d’adoption finalement abandonné. Les mêmes histoires reviennent, celles d’une adoption inaccessible du fait de la longueur et la lourdeur des démarches administratives et des nombreuses restrictions. Si la longueur de la procédure d’adoption est bien connue et peut poser problème lorsque les démarches sont entreprises tardivement du fait du parcours préalable d’infertilité, les personnes interrogées n’ont pas renseigné sur ce qui est reproché en termes de lourdeur de la démarche ou des restrictions. S’il s’agit des vérifications entreprises normalement dans toutes les lois sur l’adoption, ces restrictions visent à vérifier que l’enfant sera placé dans les meilleures conditions, avec toute l’incertitude qui accompagne une telle évaluation. Et l’un des reproches faits aux procédures de GPA consiste précisément à ce que l’aspect marchand du phénomène s’accompagne d’une absence d’évaluation des parents intentionnels.

4.2. Les gestatrices

D’un point de vue terminologique, notons le changement progressif d’appellations: « *surrogate mothers* » devient « *surrogate* » ; « *mères porteuses* » devient « *gestatrices* » ; « *Embryo Carrying Agreement* » (Israël), où il n’y a plus de mère ni même de gestatrice, c’est

⁴⁰⁸ Virginie Rozée, Sayeed Unisa, Elise de la Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *supra*.

un portage comme pourrait le faire un utérus artificiel. La suppression de toute connotation maternelle écarte l'aspect relationnel entre les acteurs et déshumanise la gestation, sans même parler de l'omission fréquente de la vendeuse d'ovocytes.

En tout état de cause, la catégorie des gestatrices doit inclure non seulement celles dont la grossesse a réussi, mais aussi celles qui ont subi la stimulation hormonale sans pour autant aboutir à une grossesse, ce qui arrive surtout dans les cas où c'est la mère intentionnelle qui fournit ses propres ovocytes. La santé de la gestatrice semble être l'angle mort de cette opération alors que la multiplication des stimulations hormonales est reconnue comme néfaste pour la santé, que beaucoup de grossesses sont des grossesses multiples car c'est ce qui coûte le moins cher aux parents d'intention qui ont deux enfants pour le prix d'une seule gestation, à peine majoré pour le deuxième enfant, que le risque résiduel lié à l'accouchement persiste même dans les pays développés (hystérectomie, mort de la gestatrice).

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). La difficulté de ces contrats réside dans la question de l'inexécution des prestations: quelle peut être la sanction d'une gestatrice qui fume, contrairement à ce qui est prévu dans le contrat, hormis une diminution de la rémunération plus ou moins importante selon le type de prestation qui n'a pas été exécuté?

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. On n'a pas connaissance de gestatrices « riches », et, dans les exemples connus, l'argent versé est un élément indispensable pour convaincre une femme d'accepter. Ce qui ne veut pas dire qu'elles sont toutes pauvres. Dans les deux pays mentionnés, comme aux États-Unis, elles sont souvent issues d'une petite classe moyenne : sans avoir besoin de la rémunération de la GPA pour assurer leurs besoins fondamentaux, cela leur permet de satisfaire des besoins moins immédiats dans une culture de consommation qui peut les motiver financièrement.

Dans le cadre de pensée qui permet d'entrer dans le monde de la GPA, l'idée de prévoir une rémunération est légitime car elles « travaillent », et il n'est en réalité pas pertinent de limiter leur rémunération comme certains veulent le faire au nom de l'éthique. S'il s'agit d'une activité légitime comme une autre, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la loi de l'offre et de la demande pour en fixer le prix.

Ainsi, la GPA sera considérée par certains comme une forme d'aliénation des corps des femmes (utérus et ovocytes), 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 manquent, pour une raison ou pour une autre. Le résultat en est satisfaisant pour les parents d'intention qui réalisent leur rêve, les gestatrices et les vendeuses d'ovocytes qui améliorent leur condition matérielle, les agences, les médecins et les avocats qui développent leur activité, voire les États qui engrangent des impôts sur les bénéfices réalisés.

La problématique de notre étude, à savoir l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger, ne concerne pas les conditions dans lesquelles l'opération de la GPA a été réalisée, car il faut en dissocier le statut des enfants ainsi conçus. Cependant, cette

régularisation rétroactive n'est pas neutre éthiquement, en particulier au regard de la condition féminine, car le raisonnement implicite peut être alors de laisser de côté la question du respect des droits des gestatrices. Si en Grande-Bretagne et en Israël, où la pratique de la GPA est autorisée, les droits de la gestatrice ont été pensés (par exemple en Grande-Bretagne le droit de garder l'enfant)⁴⁰⁹, et en Israël où les conventions de GPA sont d'abord soumises à une commission publique sous le régime interne, cela semble presque impossible dans un contexte où la convention a été conclue à l'étranger, souvent dans des pays avec de nombreuses personnes dans le besoin. C'est ce que confirment les entretiens.

En **Grande Bretagne**, deux travailleurs sociaux ont mentionné ce problème.

TS1:

« It is very difficult to get information on the health of surrogates – e.g. more likely to have multiple births? Therefore more risks. No one is monitoring the health of surrogates in the short or long term or health of surrogate children ».

TS2:

« My general view is that a significant part of the responsibility here should be taken up by the British Fertility Society, American Society Reproductive Medicine (professional bodies) etc., medical professional bodies. Those overseas e.g., Ukraine, they need to adhere to principles of welfare of donors and surrogates, especially around payment issues. And try to ensure the interests of surrogates are guarded. I don't know how that could be incorporated into the law overseas. People are making a lot of money. The issue should be taken up by International Federation of Fertility Societies. Not enough is being done within the profession. We need to get colleagues to behave more professionally ».

En ce qui concerne la GPA pratiquée sur le sol national britannique, le rapport Brazier de 1998⁴¹⁰, nous donne une vision globale sur cette pratique. Selon ce rapport, ce n'est que dans les rares cas où la gestatrice, indépendamment du contrat de GPA, est entièrement inapte à s'occuper de l'enfant, que le tribunal lui retire celui-ci. En tout état de cause, les

⁴⁰⁹ Le §1A de la *Surrogacy Arrangements Act 1985* dispose que « *no surrogacy arrangement is enforceable by or against the person making it. This applies irrespective of whether the child was created by sexual intercourse, artificial insemination or IVF* ». Le caractère non exécutoire concerne aussi bien la gestatrice que les parents intentionnels. Concrètement, la gestatrice demeure responsable des décisions qui la concernent ou qui concernent l'enfant pendant la grossesse. Ainsi, la gestatrice court un risque important: elle peut avoir *prima facie* la responsabilité légale d'un enfant qu'elle n'a jamais voulu, alors que le couple n'a aucune responsabilité légale sur cet enfant, dont il a provoqué la conception. Les parents intentionnels ne peuvent pas davantage intenter une action en justice contre la gestatrice si elle refuse de transmettre l'enfant, et elle ne peut pas assigner le couple si elle ne reçoit pas les paiements convenus.

⁴¹⁰ M. Brazier, A. Campbell, and S. Golombok, *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*, Department of Health, 1998. Ce rapport recommande par ailleurs que la gestatrice ait accouché au moins une fois et vive avec un enfant à elle au moins. Une période minimale de 2 ans doit s'écouler entre deux grossesses (§8.8). Pour rappel, il n'y a aucune obligation légale dans le régime interne de GPA que la gestatrice ait déjà accouché auparavant (cela est souvent demandé par les agences).

conflits autour de la garde des enfants sont extrêmement rares⁴¹¹, et l'on ne peut pas conclure que les tribunaux britanniques ont une attitude favorable ou défavorable aux gestatrices⁴¹².

En Israël, les entretiens suggèrent une prise de conscience lente et progressive des droits et des intérêts des gestatrices, en particulier grâce à l'impact de l'activité de l'organisation féministe *Isha L'Isha* qui a publié des rapports dans ce domaine⁴¹³, et au discours international sur le risque de trafic d'enfants. Lorsque les autorités israéliennes ont été confrontées pour la première fois aux demandes de citoyens israéliens d'autoriser l'entrée des enfants conçus par GPA à l'étranger, elles n'étaient pas conscientes des dangers d'exploitation des gestatrices, mais uniquement des risques de kidnapping. Comme témoigne l'un des conseillers juridiques:

CJP:

« I think that [Isha L'Isha] reports and the discussion that they had on the topic have permeated... first of all, the very understanding of a surrogate mother's vulnerability, and I think that this was also the basis to look at what's going on at the home... when you look at a foreign country, and say – we are abandoning there [the surrogate mothers] or not... Although they [Isha L'Isha] concentrated on local surrogacy, I think it contributed [to our awareness to the possible harms caused by international surrogacy] ».

Après une prise de conscience, les fonctionnaires sont devenus sensibles aux clauses que l'on peut percevoir comme abusives incluses dans les conventions, telle que l'obligation de la gestatrice de se soumettre à une réduction embryonnaire si cela est souhaité par les parents intentionnels, ou à un avortement si le fœtus présente un défaut. Néanmoins, cette sensibilisation n'a pas débouché sur une intervention substantielle de la part des autorités israéliennes. Un des éléments étonnants est le fait que les conventions de GPA, soumises par les agences et les parents intentionnels aux autorités, ne dévoilent pas la somme payée à la gestatrice, aucune vérification n'est donc possible à cet égard.

Actuellement, la tension principale dans ce domaine est celle entre d'une part les agences commerciales qui souhaitent explorer de nouveaux marchés et autoriser des recours rapides et peu chers à la GPA, et d'autre part, les différents ministères qui veulent assurer le consentement libre et éclairé des gestatrices. Ainsi, le Ministère de l'Intérieur et le Ministère des affaires étrangères insistent sur la présence physique des gestatrices à l'Ambassade israélienne après l'accouchement, afin de garantir leur véritable consentement. Cependant, les fonctionnaires ont expliqué que, bien qu'ils soient conscients que la gestatrice est le maillon faible, la possibilité pour l'État d'Israël d'assurer qu'elle ne soit pas

⁴¹¹ Les cas de conflits donnant lieu à des poursuites judiciaires sont estimés à 2% (G. Dodd, « Surrogacy and the law in Britain: users' perspectives » in R. Cook, S. Sclater, S. Day, F. Kaganas (eds) *Surrogate Motherhood*, Hart, 2003) ; d'autres études les estiment à 4-5% (M. Brazier, *Medicine, Patients and the Law*, Penguin, 2003, §3.38).

⁴¹² Pour quelques exemples de jurisprudence récente sur cette question, où la garde de l'enfant a été confiée aux parents intentionnels (*H v S* (Surrogacy Agreement) (2015) EWFC 36) ou, au contraire, à la gestatrice (*Re Z* (Surrogacy agreements) (Child arrangement orders)(2016) EWFC 34), v. pp. 88-89.

⁴¹³ V. p. 222.

exploitée est très limitée, car la convention est exécutée sur le sol étranger. Comme l'affirme l'un des conseillers juridiques:

CJP:

«Your ability to control what happens in a foreign country [where the surrogacy takes place] and to ensure via remote control is very limited. At the end of the day, we're trying to do it through the law proposal, but it's still a very limited long-distance control ».

Il est intéressant de noter que l'un des propriétaires d'agence qui a été interviewé a déclaré qu'il prenait bien soin des gestatrices, notamment en les payant généreusement même dans les cas où la grossesse n'a pas abouti. Ses explications étaient un mélange de justifications morales et de considérations économiques et de réputation. En considérant les gestatrices équitablement, « je soulage ma conscience » a-t-il constaté en touchant son cœur. Cela lui semble aussi permettre d'inciter le pays fournisseur de GPA à ne pas fermer les portes aux étrangers, à ce que la gestatrice collabore, et qu'elle recommande son agence à d'autres gestatrices potentielles.

En tous cas, force est de constater l'absence d'associations de gestatrices, et le fait qu'elles ne s'expriment que très rarement, sauf les gestatrices américaines⁴¹⁴. Cependant, quelques études de terrain ont été faites depuis les années 1990, et nous souhaitons en présenter un bref aperçu.

Dans l'ensemble, les auteurs de ces principales études soutiennent que la motivation financière ne peut pas à elle-seule suffire pour comprendre l'implication de femmes dans la GPA : selon l'étude ethnographique conduite par Helena Ragoné⁴¹⁵, trois raisons principales pouvaient expliquer le choix de certaines femmes de devenir gestatrices aux États-Unis: aider un couple infertile ; gagner de l'argent tout en restant à la maison; et le plaisir d'être enceinte alors qu'elles estiment avoir assez d'enfants pour leur propre famille. En Grande Bretagne, les travaux d'Eric Blyth⁴¹⁶ concluent que les motivations financières ne peuvent pas être isolées des considérations personnelles altruistes. Dans l'étude de Fiona MacCallum⁴¹⁷, 91% des gestatrices ont déclaré avoir fait ce choix pour aider des couples sans enfants. En Israël, selon l'anthropologue Elly Teman⁴¹⁸, certaines femmes ont décidé de s'engager en tant que gestatrices pour des raisons financières, mais leur motivation a évolué pendant la grossesse. Dans ces études empiriques, la GPA apparaît comme une expérience positive à la fois pour les gestatrices et pour les parents intentionnels. Il a été conclu⁴¹⁹ que

⁴¹⁴ Sachant que l'on ne dispose guère que de témoignages positifs. V. Sarah Levine, Aimée Melton, *Lorsqu'on n'a que l'amour*, Flammarion, 2015; Stacy Ziegler, *Pathways to Parenthood: The Ultimate Guide to Surrogacy*, BrownWalker Press, Florida, 2005.

⁴¹⁵ Helena Ragoné, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Oxford, Westview Press, 1994.

⁴¹⁶ Eric Blyth, « I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something interesting with my life': interviews with surrogate mothers in Britain », *Journal of reproductive and Infant Psychology*, 1994, 12(3), pp.189-198; « 'Not a promising path': commissioning parents' experiences of surrogacy arrangements in Britain », *Journal of reproductive and Infant Psychology*, 1995, 13(3-4), pp. 185-196.

⁴¹⁷ MacCallum, F., Lycett, E., Murray, C., Jadva, V., Golombok, S., « Surrogacy: The experiences of commissioning couples », *Human Reproduction*, 2003, 18(6), pp. 1334-1342.

⁴¹⁸ Elly Teman, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, 2010.

⁴¹⁹ Jadva, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallum, F., Golombok, S., « Surrogacy: The experiences of surrogate mothers », *Human Reproduction*, 2003, 18(10), pp. 2196-2204.

les gestatrices ne rencontrent pas de problèmes majeurs avec les parents intentionnels en leur transmettant l'enfant, ni problème avec leur entourage.

Les problèmes émotionnels vécus par certaines gestatrices dans les semaines suivant l'accouchement ont diminué avec le temps. En effet, 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 fœtus⁴²⁰. Cette relation asymétrique a été confirmée par Elly Teman⁴²¹.

Mais les résultats d'autres recherches sont plus ambivalents. En Israël, par exemple, les chercheurs sont divisés sur l'interprétation de cette pratique. Pour les uns, la GPA est préjudiciable aux gestatrices⁴²²; pour les autres, cette pratique les valorise et les renforce⁴²³, sans que bien souvent on s'interroge sur ce qui a pu conduire une femme à avoir besoin de procréer pour une autre pour se sentir valorisée.

Enfin, en ce qui concerne la **Belgique**, notre équipe a pu recueillir quelques éléments intéressants sur la pratique interne :

--- Les gestatrices dans les situations gérées par le centre d'AMP belge ont un besoin de reconnaissance qui implique qu'une « trace » de leur investissement soit conservée. Ainsi, dans la très grande majorité des cas, un accouchement sous x à l'étranger est refusé. S'il simplifie la procédure quant à l'établissement de la filiation de l'enfant, cet accouchement sous x est vécu comme une négation du lien, une négation de l'encadrement et de l'accompagnement. La pratique du centre d'AMP repose précisément sur cette idée de prévention du lien mère-enfant, d'encadrement éthique et de suivi, avant, pendant et après la GPA.

--- Dans la pratique belge, la gestatrice est « relationnelle » et l'exécution de l'accord repose sur la confiance. L'accompagnement qui précède l'acceptation d'une GPA implique de vérifier que la gestatrice ne recherche pas un bénéfice. Les parties parlent « indemnisation » (un cadeau pour ses enfants, un voyage...) mais pas « rémunération ».

- Il est estimé que 65% des gestatrices appartiennent au milieu familial (sœur, belle-sœur- sœur du mari ou épouse du frère- cousine, tante du même âge que la mère

⁴²⁰ Olga Van den Akker, « A longitudinal pre-pregnancy to post-delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: Confidence and genealogy », *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynaecology*, 2005, 26(4), pp. 277-284. Cette étude confirme l'importance accordée à l'absence de lien génétique entre la gestatrice et le fœtus.

⁴²¹ Elly Teman, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, supra, pp. 237-249. Selon Elly Teman, un puissant discours reposant sur le lien génétique et la parenté apparaît, sur lequel les gestatrices s'appuient pour se distancer affectivement du bébé. Ce recul permet ensuite à la gestatrice de 'partager' la grossesse avec la mère d'intention et souvent d'imaginer son corps comme interconnecté à celui de la mère d'intention, créant ainsi une intimité corporelle entre elles. Les femmes décrivent souvent une proximité qui n'est comparable à aucune autre relation personnelle, une intimité qu'elles n'avaient jamais partagée avec une autre personne (« La GPA locale dans un circuit mondial : les intimités corporelles dans les contrats de GPA en Israël », Colloque « La gestation pour autrui --- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

⁴²² Nuphar Lipkin, Eti Semama, *Surrogacy in Israel- 2010 Status, and Proposed Changes to Legislation*, un rapport de l'association Isha L'Isha- Haifa Feminist Center, 2010.

⁴²³ Elly Teman, « Technological Fragmentation and Women's Empowerment – Surrogate Motherhood in Israel », *Women's Studies Quarterly*, 2001, 3, 11.

intentionnelle... jamais de mère de la mère intentionnelle pour éviter les difficultés d'une GPA intergénérationnelle). Dans 20% des cas, la gestatrice est une amie très proche. Les 15% restant représentent des cas dans lesquels les parents intentionnels ont fait des recherches *via* leurs relations (ou internet) pour trouver une gestatrice. Dans tous ces cas, une analyse des relations et des motivations est faite de façon approfondie dans le cadre de l'accompagnement.

-- Les principales motivations de la gestatrice sont : l'estime de soi ; l'altruisme (« je suis touchée par la situation des parents intentionnels et je veux les aider ») ; le souci de réparer une blessure d'enfant de la gestatrice (dans la relation avec sa mère, par exemple).

-- Le centre d'AMP n'accepte de GPA que dans les hypothèses où l'embryon peut être constitué avec les gamètes des parents intentionnels (la GPA où la gestatrice serait la mère génétique est donc exclue). Cela tient à la perception particulière de la maternité (on se sent ou on ne se sent pas mère en fonction de références génétiques) et au risque de revirement de la gestatrice à la naissance.

-- En limitant la GPA aux seuls cas de parents intentionnels qui sont aussi les parents génétiques, on renforce les sentiments suivants : la gestatrice dit « je ne suis pas mère car je ne suis pas mère génétique » ; la mère intentionnelle dit « je suis mère car je suis la mère génétique ».

-- Actuellement, il n'y a pas de GPA avec un don d'ovocytes, ce qui exclut les couples homosexuels et les femmes stériles. Ceci ne correspond pas à un choix éthique – ce serait discriminatoire –, mais à une question de technique (le service ne pratique aucun don d'ovocytes).

À propos des relations existant entre les parents intentionnels, les gestatrices et l'enfant, Jérôme Courduriès⁴²⁴ montre, à partir d'une recherche menée entre la France et les États-Unis, que la GPA « fabrique de la parenté ». Avec l'assistance médicale à la procréation, la distinction était déjà faite entre la femme qui porte l'enfant et celle qui donne son ovocyte. La GPA introduit un troisième acteur de ce processus : le parent à l'origine du projet de conception. L'anthropologue montre comment le choix de parler ou non de la gestatrice comme d'une mère, d'une nourrice, d'une amie ou de ne pas l'évoquer du tout, s'explique, en partie, par le contexte dans lequel s'inscrivent ces pratiques. Dans le cas de couples d'hommes par exemple, la préservation de la figure de la femme qui a mis au monde « permet de préserver l'apparence naturelle de l'engendrement »⁴²⁵. Par ailleurs, la proximité culturelle et l'usage de la langue entre les parents situés en France et la gestatrice située en Amérique du Nord favorise l'entretien de relations, ce qui n'est pas nécessairement le cas lorsque la femme qui porte se trouve en Inde. Comme l'explique Jérôme Courduriès, en ménageant un lien entre les partenaires de l'échange, il s'agit, par ailleurs, de l'inscrire comme une pratique de parenté et non comme une transaction de nature strictement commerciale.

Aux États-Unis, les femmes-gestatrices sont souvent blanches, ayant des revenus variables, se définissent comme chrétiennes et inscrivent fréquemment leur démarche dans

⁴²⁴ J. Courduriès, « Ce que fabrique la gestation pour autrui », in M. Gourarier, S. Mathieu (dir), « Parentés contemporaines », *Journal des anthropologues*, 144-145, 2016, pp. 53-76.

⁴²⁵ *Ibid*, p. 60.

le cadre religieux d'une « bonne action »⁴²⁶. Dans pratiquement tous les États qui ont légiféré sur la GPA, on interdit aux femmes bénéficiaires d'aide sociale (bons d'alimentation, aide aux loyers, Medicaid) d'être femmes porteuses. Comme la plupart de ces bénéficiaires sont des femmes pauvres noires, cela explique le fait que les gestatrices soient très souvent des blanches. Selon les médias, un nombre significatif de gestatrices sont mariées à des militaires, et la GPA est réalisée pendant que ces derniers servent à l'étranger⁴²⁷. Souvent, les gestatrices déclarent être motivées par des considérations altruistes, à savoir aider des personnes en mal d'enfant, et pouvoir donner du sens à leur vie⁴²⁸. Malgré l'attention des médias, les disputes légales entre des gestatrices et des parents intentionnels sont relativement rares⁴²⁹. Lorsqu'elles surgissent, il semble qu'il s'agit de cas où l'une des parties sent que l'autre partie n'a pas répondu à ses attentes au niveau émotionnel ; ainsi, certaines études concluent que les conventions de GPA ne sont pas de pures relations commerciales, mais entraînent en sus des rapports émotionnels plus complexes⁴³⁰.

Un sujet est rarement abordé en profondeur, celui du discours selon lequel l'enfant porté n'est pas l'enfant de la gestatrice. Il est fondé d'abord sur la convention de GPA elle-même et, de plus en plus souvent, sur le fait que la gestation est assortie d'un don d'ovocytes, la gestatrice n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant. Il est très intégré par les gestatrices qui en arrivent à annoncer au couple d'intention : « vous êtes enceinte », « votre bébé va bien », etc. Ce discours est porté par les agences qui appointent des psychologues et de véritables coaches chargés de rappeler le message. Pourtant, cela ne va pas sans des pulsions d'attachement que rapportent les gestatrices, parlant de leur culpabilité quand elles ressentent un tel sentiment. Ce qui leur est demandé est alors l'envers de ce qui se passe normalement pendant une grossesse, où l'on sait de mieux en mieux qu'un flux hormonal prépare non seulement le corps de la mère, mais aussi son cerveau à accueillir l'enfant. Par ailleurs, on mesure aussi à quel point l'environnement utérin façonne l'enfant, d'une autre manière mais au même titre que le message génétique porté par l'ovocyte. Or, on ne connaît pas les conséquences sur l'enfant de ce déni organisé, si tant est que l'on se pose la question. Les questionnements portent plutôt sur l'éventuel traumatisme au moment de la séparation.

Les études invoquées ont été menées dans des pays développés, ce qui diffère de celles conduites dans des pays émergents. Ces dernières dévoilent une réalité complexe et leurs conclusions sont plus sombres. Nous allons évoquer de nouveau l'Inde et l'Ukraine, qui sont les principales destinations des citoyens des pays étudiés, à part les États-Unis.

En ce qui concerne l'Inde, plusieurs études de terrain ont été menées, notamment celles de Amrita Pande⁴³¹, Sheela Saravanan⁴³² (les deux études en Gujarat), et Sharmila Rudrappa⁴³³ (à Bangalore).

⁴²⁶ Sara Ainsworth, "Bearing Children, Bearing Risks: Feminist Leadership for Progressive Regulation of Compensated Surrogacy in the United States", *Washington Law Review*, 2014, 89, pp. 1076-1123, 1100.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Karen Busby, Delaney Vun, « Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers », *Can J Fam.*, 2010, 26, 13, pp.82-85.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Pamela Laufer-Ukeles, "Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy", *Ind. L. J.*, 2013, 88, pp.1223-1226.

⁴³¹ Amrita Pande, « It may be her eggs but it's my blood: surrogates and everyday forms of kinship in India », *Qualitative sociology*, 2009, 32, pp.379-397; « Commercial surrogacy in India: manufacturing a perfect mother-

Par ailleurs, une enquête sociologique a été menée par Virginie Rozée, Sayeed Unisa et Elise de La Rochebrochard entre 2013 et 2014 à Mumbai, Chennai et New Delhi. Les auteures signalent que les entretiens avec les gestatrices ont été menés avec l'autorisation et en présence des médecins. Dans ce cadre contraint, elles ont constaté les éléments suivants⁴³⁴ :

--- Le recrutement des gestatrices est essentiellement réalisé en fonction de leur capacité à mener à bien le « travail de gestation », ce qui implique en particulier d'avoir un utérus de grande taille et de qualité afin d'être en mesure de porter une grossesse multiple éventuelle. Les parents peuvent généralement choisir leur gestatrice *via* des profils postés sur le site internet privé de l'agence ou de la clinique. Cependant, l'appariement est parfois fait par les médecins en fonction de la disponibilité des gestatrices et des souhaits exprimés par les futurs parents.

--- Un contrat tripartite est ensuite signé entre l'agence ou la clinique, les parents, et la gestatrice. Ce contrat fixe les conditions du travail et les montants. Des primes sont versées aux gestatrices en cas de grossesse multiple ou de césarienne qui comporte plus de risques pour la femme que l'accouchement par voie basse. Les parents ont la possibilité d'ajouter des clauses spécifiques, par exemple sur la nourriture ou la musique à écouter pendant la grossesse. À l'opposé, les gestatrices n'amendent pas ce contrat qui est par ailleurs rédigé en anglais, si bien qu'elles ne sont pas toujours en mesure de le lire elles-mêmes, le contenu du contrat leur étant généralement exposé par les professionnels de l'agence ou de la clinique.

--- Pendant la grossesse, les gestatrices peuvent rester chez elles, être hébergées dans un logement temporaire proche de la clinique, être hébergées chez les futurs parents (lorsqu'ils sont indiens), ou dans un environnement collectif prévu spécifiquement pour accueillir les gestatrices. Ce dernier est souvent privilégié par les médecins car il permet une surveillance médicale optimale de la grossesse. Ce suivi apparaît d'autant plus important que la pratique de la GPA est associée à une fréquence élevée de grossesses multiples et de césariennes, situations qui présentent des risques, et cela dans un pays de fort taux de mortalité maternelle. Le transfert de plusieurs embryons reste pratiqué.

worker », *Signs*, 2010, 35(4), pp.969-992; « 'At least I am not sleeping with anyone': resisting the stigma of commercial surrogacy in India », *Feminist studies*, 2010, 36(2), pp. 292-314 ; « Transnational commercial surrogacy in India : gifts for global sisters ? » *Reproductive Biomedicine Online*, 2011, 23, pp.618-625.

⁴³² Sheela Saravanan, « Transnational surrogacy and objectification of gestational mothers », *Economic and political weekly*, 2010, 45(16), pp.26-29; « An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India », *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 2013, 8(10). Selon cet auteur, trois caractéristiques principales décrivent la GPA en Inde : inertie, déni de subjectivité et soumission, ces éléments étant incompatibles avec la manière dont les droits reproductifs sont définis et reconnus.

⁴³³ Sharmila Rudrappa, *Discounted Life. The Price of Global Surrogacy in India*, New York University Press, 2015; « Working India's reproduction assembly line: surrogacy and reproductive rights », *Western humanities review*, 2012, 66(3), pp. 77-101; « India's reproductive assembly line », *Contexts*, 2012, 11(22), pp. 23-27. Ces travaux explorent la manière dont les gestatrices de Bangalore donnent sens à leur participation dans cette activité reproductive pour d'autres, et les façons dont elles négocient leur propre position de force dans ces conditions socio-économiques intenable. En d'autres termes, pour cet auteur, la GPA pratiquée à Bangalore est tant un facteur d'émancipation que d'exploitation pour les femmes, et les gestatrices sont lucides à cet égard.

⁴³⁴ Virginie Rozée, Sayeed Unisa, Elise de la Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *supra*. V. aussi Virginie Rozée, Sayeed Unisa, « Surrogacy from a reproductive rights perspective : the case of India », *Presses de Sciences Po*, 2014, 2/70, pp. 185-203 ; « Surrogacy as a Growing Practice and a Controversial Reality in India : Exploring New Issues for Further Researches », *supra*.

--- La majorité des gestatrices indiennes qui ont été interrogées dans les différentes études occupaient un emploi avant de se tourner vers la GPA. Comparativement à la population indienne, les gestatrices ne sont ni parmi les moins lettrées ni parmi les plus pauvres. Très peu sont analphabètes. La moitié d'entre elles avaient un revenu mensuel d'au moins 10 000 roupies, sachant que 75% de la population indienne avait un revenu inférieur à ce seuil en 2011-2012.

--- Leur motivation pour devenir gestatrice est financière. Elles reçoivent pour l'ensemble du processus de GPA une somme qui varie entre 200 000- 500 000 roupies (soit entre 2 800- 7 000 euros environ), ce qui représente souvent pour elles l'équivalent de plusieurs années de salaire. Les gestatrices ont une vision claire de l'utilisation qui sera faite de l'argent en indiquant que ce revenu améliorera leurs conditions de vie et surtout celles de leurs enfants. En effet, pour beaucoup, cette gestation est avant tout le projet d'une mère de famille qui souhaite un avenir meilleur pour ses enfants, qu'il s'agisse de leur donner accès à une école privée pour assurer leur éducation ou de payer la dot de leurs filles pour leur permettre de se marier. La GPA apparaît comme une « stratégie maternelle ». Elle peut également s'inscrire plus largement dans une stratégie familiale lorsque l'argent servira à payer les dettes de la famille, à acheter un rickshaw (petit taxi) qui permettra au mari de subvenir aux besoins du foyer, ou encore à acquérir un logement. Au-delà de cette motivation économique, les femmes considèrent qu'en aidant un couple sans enfant cette gestation leur permet de réaliser une bonne action, ce qui représente un aspect important de l'hindouisme, religion pratiquée par plus de 80 % de la population du pays.

--- Les gestatrices parlent de la GPA comme d'une expérience relativement positive. Elles soulignent que, pour la première fois de leur vie, elles sont déchargées de durs labeurs et l'objet d'attentions de la part du personnel médical. Elles ne semblent pas ressentir l'organisation médicale comme une domination, mais cette absence de revendication doit être replacée au regard de la situation générale des femmes en Inde, soumises à l'autorité de leurs pères, maris et beaux-parents, avec un pouvoir de décision et une liberté de mouvement limités. La gestation est souvent mise en avant comme un emploi offrant des conditions avantageuses dans le contexte indien où les femmes soulignent la difficulté de s'insérer sur le marché du travail. Les gestatrices évoquent dans leurs emplois passés des conditions de travail difficiles (heures supplémentaires non rémunérées, etc.), du harcèlement sexuel sur leur lieu de travail et durant les trajets, les rumeurs du voisinage sur la bienséance d'une femme ayant une activité hors du foyer familial.

--- Néanmoins, les femmes ne cachent pas certaines appréhensions et difficultés. Les examens médicaux et la lourdeur des traitements sont une source d'angoisse. La perspective d'une césarienne est redoutée. Par rapport à l'enfant qu'elles portent, les gestatrices mettent en avant l'avenir heureux qui l'attend avec des parents aimants et financièrement aisés. Elles émettent cependant le regret de ne pas être autorisées à le voir au moment de la naissance.

--- La principale difficulté évoquée par les gestatrices est liée au regard réprobateur de la société. Les femmes décrivent en effet une forte réprobation sociale de la GPA en Inde, cette pratique étant associée à des relations extra-conjugales. Cela explique leur choix de s'éloigner du foyer pendant la grossesse, bien que cet éloignement soit difficile à vivre.

--- Les évaluations positives sont peu compatibles avec le fait que de nombreuses gestatrices ont indiqué qu'elles ne souhaitaient pas renouveler cette expérience dans le futur. De manière plus poignante, une question sur la possibilité que leur propre fille puisse devenir un jour gestatrice à son tour, a parfois provoqué de fortes émotions chez ces

femmes qui y voyaient le signe d'un échec de leur propre GPA à changer la vie de leur famille.

En tout état de cause, il est intéressant de noter une observation faite dans le cadre de cette étude menée par Virginie Rozée et Sayeed Unisa⁴³⁵ : malgré la croissance de cette activité en Inde (avant son interdiction aux étrangers) et le recours à cette pratique par des acteurs connus de Bollywood, ce dernier étant censé donner de la légitimité à cette pratique, la GPA est restée tabou dans la société indienne. Si d'un côté, les médecins rencontrés dans le cadre de cette recherche ont affirmé que cette pratique était bien acceptée, les auteurs soulignent que les parents intentionnels et les gestatrices ne partageaient que rarement cette expérience avec leur famille et entourage, ce qui ne confirme pas le propos des médecins.

En ce qui concerne la situation des gestatrices en Ukraine, on dispose de l'enquête menée par l'anthropologue Delphine Lance⁴³⁶ :

-- Bien que la GPA soit autorisée en Ukraine, cette pratique n'est pas pour autant socialement acceptée. La majorité des femmes ayant participé à cette étude a déménagé après le sixième mois de grossesse dans un appartement individuel pour ne pas être vue. Cet appartement, dans lequel elles pouvaient inviter leur famille, était situé loin de leur lieu de résidence principale et proche de la clinique.

-- La motivation financière est la raison fondamentale de l'acceptation d'une GPA. La majorité des femmes rencontrées ont justifié leur décision par devoir familial, afin de subvenir aux besoins de leur famille (trois générations vivent souvent sous un même toit).

-- Cette vision de la femme comme automatiquement et naturellement altruiste était prédominante dans le discours des gestatrices. À partir d'une procédure socialement réprouvée, certaines femmes étaient capables de négocier une transition vers une image d'elles-mêmes socialement acceptable, notamment pour s'émanciper ou obtenir un rang plus élevé ; la GPA servait en effet pour acheter un appartement, vivre indépendamment de leurs parents ou famille élargie, ou retourner à l'école ou à l'université, ou à un cursus de formation professionnelle.

-- La majorité des femmes interviewées ne se sentaient pas exploitées ; elles parlaient davantage d'un processus qu'elles percevaient comme « gagnant- gagnant ». Les deux dimensions – aider les autres et être payée- n'étaient pas incompatibles à leurs yeux. En plus, la majorité des gestatrices rencontrées n'ont pas travaillé avec des agences de sorte que ce sont elles qui ont « fixé le prix ».

Conclusion

Etre gestatrice est un phénomène complexe qui révèle les différences de contexte (pays d'origine, attente des femmes, traitement social de la GPA, etc.) conduisant ces femmes à porter l'enfant des parents intentionnels. Si les études montrent que la gestation pour autrui ne peut se penser de manière uniforme, la question de l'intégration juridique des enfants issus de GPA semble elle pouvoir s'appréhender de façon plus générale car c'est l'enfant en tant qu'individu qui est ici au centre de cette reconnaissance.

⁴³⁵ V. Rozée, S. Unisa, « Surrogacy as a Growing Practice and a Controversial Reality in India: Exploring New Issues for Further Researches », *supra*.

<http://dx.doi.org/10.4172/2325-9795.1000211>

⁴³⁶ Delphine Lance et Jennifer Merchant, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la Justice*, 2016, 2, Dossier « Autour de la gestation pour autrui », pp. 231-247.

4.3. Les donneuses – vendeuses d’ovocytes

Si l’on continue de parler de donneuses d’ovocytes, dans la quasi-totalité des cas de GPA, ce ne sont pas des donneuses au sens propre du terme, mais des vendeuses. En Inde, souvent certaines femmes, avant de décider de s’engager comme gestatrices, ont commencé par le commerce de leurs ovocytes⁴³⁷. Il faut enfin signaler que, selon les informations dont le groupe de travail dispose, les GPA réalisées dans les pays asiatiques reposent sur l’achat d’ovocytes aux États-Unis, en Russie ou en Ukraine, ceci pour des raisons d’apparence physique.

Aucun système ne semble se préoccuper d’elles, d’une part pour garder une trace, ce qui serait utile aussi à l’enfant (sauf la revendication de l’association PROGAR en Grande Bretagne⁴³⁸); et d’autre part, et surtout, pour vérifier que les ovocytes ont été offerts sur le marché dans le cadre d’un système qui contrôle le fait qu’une femme n’en fasse pas un commerce régulier, ce qui peut être dangereux pour sa santé. Aux États-Unis, il n’y a pas de cadre fédéral sur le nombre de prélèvements d’ovocytes destinés à en faire un don. Aucune loi fédérale ne régleme les pratiques médicales. Seules les Recommandations de l’*American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) sont mises en avant comme exemples de « bonnes pratiques ».

En Israël, selon les statistiques transmises par le Ministère de la justice, dans 86% des affaires de recours à la GPA, l’ovocyte avait été acheté. Comme le droit israélien n’autorise pas le don d’ovocytes ou la vente des ovocytes israéliens pour une GPA conduite à l’étranger, l’achat des ovocytes pour des citoyens israéliens ayant recours à la GPA à l’étranger est effectué *via* le marché globalisé de la procréation. L’extraction de l’ovocyte est réalisée dans le pays de la vendeuse d’ovocyte, ou bien celle-ci est payée pour se déplacer dans un autre pays.

Les droits et les intérêts de la vendeuse d’ovocytes n’ont guère été mentionnés par les personnes interviewées. Les autorités israéliennes ne se sont pas impliquées à ce stade du processus, et n’ont pas développé de guidelines concernant les droits et les intérêts des parties en cause lorsque le recours à la GPA a lieu à l’étranger. Comme cette étape n’est pas du tout surveillée par les autorités israéliennes, rien n’est fait pour assurer le consentement éclairé de la vendeuse d’ovocytes, ni pour garder trace de son identité, même une information partielle, pour que l’enfant pourra savoir quelque chose d’elle dans le futur. Ainsi, les droits de la vendeuse d’ovocyte et ceux de l’enfant sont ignorés, les uns comme les autres.

Les autres équipes nationales n’ont pas pu fournir plus d’éléments sur cette question, mais la situation décrite des donneuses – vendeuses d’ovocytes concerne les autres pays étudiés également.

4.4. Les prestataires de services

Nous allons présenter les différentes positions des personnes interviewées sur la question de l’importance des prestataires dans la structuration du marché. Parmi ces

⁴³⁷ Virginie Rozée, Sayeed Unisa, Elise de la Rochebrochard, « La gestation pour autrui en Inde », *supra* ; Sharmila Rudrappa, « Les gestatrices indiennes ne sont pas des victimes », <https://sautezdanslesflaques.wordpress.com/2015/01/21/les-gestatrices-indiennes-ne-sont-pas-des-victimes/>⁴³⁸ V. p. 238 et s.

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, qui ne décide pratiquement de rien. 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 » (indemnisation à hauteur d'un petit SMIG) 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, sachant qu'aucune procédure d'agrément par la HFEA n'a été mise en place pour assurer un contrôle de cette exigence légale. De plus, des avocats compétents dans le champ de la GPA et rémunérés à ce titre, peuvent être à la tête des agences à but non lucratif. 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. On abordera dans un premier temps le rôle des agences et des cliniques (4.4.1.), puis, dans un deuxième temps, celui des avocats (4.4.2.).

4.4.1. Agences et cliniques

En **France**, toute mise en relation est pénalement sanctionnée, ce qui n'empêche pas des officines de venir faire des journées publicitaires sur le sol français⁴³⁹ (ou belge) pour attirer des clients vers leurs prestations qui, à l'étranger, mettront en relation. On présentera donc la situation en Grande Bretagne, en Israël et en Belgique.

En **Grande Bretagne**, la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 avait fourni un premier cadre de la pratique de la GPA sur le sol national, notamment l'interdiction des intermédiaires dans la conclusion d'une convention à base commerciale de GPA⁴⁴⁰ et l'interdiction de publicité⁴⁴¹. Ces interdictions ne concernaient ni la gestatrice ni les parents intentionnels⁴⁴². En d'autres termes, si la GPA commerciale, mise en place par des intermédiaires percevant des commissions était interdite, la GPA faisant l'objet d'un accord direct entre la gestatrice et les parents d'intention était implicitement autorisée, même si la gestatrice était rémunérée. Le dernier alinéa du §2(3) de la loi de 1985 précisait explicitement: « *In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother* ». Plus tard, la *HFEA Act* de 2008 a

⁴³⁹ Voir les journées de promotion prévues à l'hôtel Lutetia à Paris en avril 2013 et annulées en dernier moment (<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/04/11/01016-20130411ARTFIG00675-une-clinique- americaine-en-tournee-de-promotion-pour-la-gpa.php>; http://www.lepoint.fr/societe/gpa-scandale-au-lutetia- 09-04-2013-1652590_23.php).

⁴⁴⁰ §2(1), *Surrogacy Arrangements Act*, 1985.

⁴⁴¹ §3, *ibid.*

⁴⁴² §2(2), *ibid.*

modifié cette loi de 1985⁴⁴³ pour permettre aux agences de mise en relation de GPA, opérant dans un but non lucratif, de percevoir des honoraires dits « raisonnables » pour rembourser leurs coûts. Cette réforme légale a été perçue par la manière suivante par l'un des avocats interviewés :

A1:

« *Non-profit agencies can advertise and receive payment since 2009 (2008 amendments). But can't advertise 'looking for surrogates'* ».

Cet avocat (A1) a présenté un aperçu général sur les trois principales agences à but non lucratif opérant actuellement en Grande Bretagne :

La première agence, *Brilliant Beginnings* (BB)⁴⁴⁴, est relativement récente (environ deux ans), et a recours uniquement aux gestatrices qui n'utilisent pas leurs propres ovocytes. Le processus et les modalités de cette agence sont les suivantes :

A1:

« *Process and structure of BB:*

- *Screen surrogates for 3-4 months.*
- *Surrogates get independent legal advice.*
- *References are taken for the surrogate.*
- *Screening: her medical records are looked at; nicotine test is done; BMI checked (GP report if 40+).*
- *All the surrogates must have had children, as then there is less that is likely to go wrong, physically or mentally.*

Surrogate is asked for her views on termination, before she is matched with parents and forms a relationship with them. This BB system has worked well so far.

Some women give up before they go ahead with the surrogacy procedures as they don't want to go through with this whole process. 95% of applicants do not proceed – either the surrogate declines to continue, or BB refuses to let them continue.

BB supports both sides – surrogates and parents – more with the information they need. They match one to one. They look at situation, criteria, and preferences ».

La deuxième agence est COTS (*Childlessness Overcome Through Surrogacy*)⁴⁴⁵, fondée en 1988 par Kim Cotton, qui déclare avoir célébré la 960^{ème} naissance en août 2015.

A1:

« *COTS check the criminal record of the potential surrogate. They draw up a list of surrogates. This list is sent to potential parents. The*

⁴⁴³ « Any reference... to a reasonable payment in respect of the doing of an act by a non-profit making body is a reference to a payment not exceeding the body's costs reasonably attributable to the doing of the act... » (§2(2C), *Surrogacy Arrangements Act, 1985*).

⁴⁴⁴ <http://www.brilliantbeginnings.co.uk/>

⁴⁴⁵ <http://www.surrogacy.org.uk/>

surrogate has a support worker. Surrogate chooses parents based on their profile. COTS do gestational and also traditional surrogacy with no genetic link. It's a very different process from BB ».

La troisième agence, *Surrogacy UK*⁴⁴⁶ :

A1:

« They also do gestational as well as traditional surrogacy with no genetic link. They are a more 'friendship' based offshoot of COTS. They have mixing meetings which enables surrogates and parents to meet – the surrogate approaches the parents. The parents then send a private message to the surrogate. This is followed by a 3 month getting to know you period. This leads to an agreement. However, things can unravel between them. Surrogacy UK has a support group (a closed Facebook site), i.e. a parents support group ».

Un autre avocat (A3) a ajouté qu'en Grande Bretagne, *Surrogacy UK* et peut-être COTS utilisent des gestatrices n'ayant pas d'enfants elles-mêmes.

Enfin, selon un travailleur social, **TS1:**

« Clinics are less interested in traditional surrogacy because there is less profit where surrogate uses her own eggs. Less money in the low-tech approach – i.e. donor Insemination. More of a profit margin with IVF. I feel very uncomfortable in the push to use an egg donor. There are clinics overseas which will only use donor eggs. There is no data to say surrogate is less likely to relinquish if own material is used . Why is donor being pedalled? They want to make surrogate invisible and reduce her power and relationship to the baby. As if the process of carrying that baby gives her no interest in that baby ».

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 les infrastructures à l'étranger et ne servent pas comme intermédiaires. L'une de ces agences ayant collaboré à cette étude importe des ovocytes d'Ukraine en Israël si besoin, puis exporte les embryons en Géorgie, où le transfert d'embryons à des gestatrices géorgiennes est réalisé par des médecins israéliens qui font la navette entre Israël et la Géorgie tous les week-ends. Les personnes interviewées perçoivent l'implication lucrative de ces agences comme facteur

⁴⁴⁶ <https://www.surrogacyuk.org/>

d'intensification du phénomène du recours à la GPA à l'étranger. Par ailleurs, les agences commerciales forcent les autorités israéliennes à accepter *a posteriori* des actions ayant lieu dans d'autres pays, même lorsque ces actions sont critiquées par les autorités israéliennes. Tel était le cas, par exemple, lorsque des agences ont encouragé des citoyens israéliens de recourir à la GPA en Thaïlande, bien que la loi Thaï considère les gestatrices comme les mères légales des enfants. Comme l'a observé l'un des conseillers juridiques travaillant au service de l'État :

CJP:

« There are agencies here that promise the moon and the stars. They didn't check the legal situation [abroad]. They didn't check what is happening there. Come on, go ahead, give me ... [the money], I'll do it [a baby] for you. They gain the whole bonanza. And then bang! The gates close; bang! You can't take the child out. Why didn't you [the surrogacy agencies] check the legal status there? And then, the State of Israel is blamed for not letting the child in. And then, demonstrations outside of Gideon Saar's Home [the Interior Minister at the time]. Dear Sir [she address the head of a surrogacy agency], you took the responsibility to bring a child, take the responsibility of how exactly you are going to do that. Have you checked the legal status, how to bring the child out of there? How the [surrogate] mother can give up that child? [According to the local law] she cannot give up the child ».

L'un des directeurs d'agences interviewé a insisté sur la manière dont les acteurs commerciaux abusent de la naïveté de certaines personnes qui sont « prêtes à vendre leur maison pour un bébé », et s'est plaint de l'absence de régulation du marché des agences de GPA. Bien entendu, il a expliqué longuement le particularisme de son agence à cet égard, et le traitement professionnel, éthique et humain que reçoivent ses clients.

Bien que les agences commerciales soient perçues par certaines personnes interviewées comme étant irresponsables, tout le monde, en Israël, s'accorde à dire qu'elles sont indispensables, difficilement remplaçables par des agences de mise en relation qui seraient à but non lucratif, comme c'est le cas dans le domaine de l'adoption internationale. Du fait d'un préjugé favorable à la GPA, le passage aux agences à but non lucratif est vu comme une entrave au développement du marché. Ainsi, l'un des conseillers de l'ancien Ministre de la santé a déclaré :

« We've come to the conclusion – and this also a common sense conclusion -- that the agencies are the engine of international surrogacy... the agencies are actively looking for countries that have a legal arrangement that allows this operation, where clinics that allow it are located, they're really building the process. By the way, this is one of the reasons why we [the Health Ministry in its bill proposal] didn't prevent them from being private for-profit companies... and we didn't turn them into non-profits. There's been a lot of pressure, especially within Israel, that we apply here the same arrangement that applies for overseas adoption, that we only allow non-profits organization to do this, and that there will be no for-profit involvement, and we actually didn't love this option, because we figured that there wouldn't be any motivation, and we saw here a balance... We see surrogacy abroad and surrogacy in

Israel as linked tools, and we see surrogacy abroad as a “pressure relief valve” for surrogacy in Israel. So, we didn’t want international surrogacy to disappear as an option... we wanted to make sure that they [the agencies] did have the incentive to keep looking for more places ».

Selon ce conseiller juridique, leur implication constante a fait émerger une forme de ‘soft law’ s’imposant progressivement aux agences. À titre d’exemple, alors que dans le passé les conventions étaient signées par les gestatrices une fois enceintes, actuellement elles sont signées avant la grossesse.

Concrètement, en Israël, deux agences dominent :

La première est *Manor Surrogacy*⁴⁴⁷. Des médecins israéliens effectuent la fécondation en Géorgie et surveillent tout le processus, ce qui est censé éviter les problèmes médicaux. Leur slogan est « les enfants ne s’achètent pas en promotion ». Monsieur Manor, un homme d’affaires de 60 ans, ayant un background de tourisme médical en Israël, surtout de personnes en provenance de l’Europe de l’Est, est le plus grand importateur d’ovocytes en Israël, principalement en provenance d’Ukraine. Il est rentré dans les affaires de GPA il y a quelques années, et se considère comme un sauveur. Il ne cible pas la clientèle homosexuelle car cela n’est pas permis en Europe de l’Est, et ses clients sont donc hétérosexuels. Il a des avocats en interne, est très équipé, et fournit un service complet. Sa réputation est positive, car il ne ment pas aux couples qui n’ont pas de chances de réussite, et la plupart de ses clients semblent satisfaits de sa prestation.

La deuxième agence, *Tamuz*⁴⁴⁸, a été fondée par Doron Mamet, un homme homosexuel qui a fait faire deux enfants par GPA aux États-Unis. Ayant conscience de la difficulté financière de nombre de parents intentionnels, il avait ouvert une agence en Inde, où il avait travaillé avec des cliniques locales avant d’acheter une de ces cliniques, fonctionnant sans médecins israéliens. Il recourait aux services d’avocats, mais son agence a dû fermer en raison du changement de la législation indienne. Son parcours a été filmé dans le documentaire *Google Baby*⁴⁴⁹.

Enfin, en **Belgique**, l’équipe de chercheurs a pu rencontrer certains médecins pratiquant la GPA sur le sol national. Ils s’accordent à dire qu’une loi est indispensable notamment pour répondre à l’inquiétude des patients sur les conséquences pour l’enfant du recours à la GPA. Cette peur est tout spécialement présente chez les mères d’intention qui vivent la gestation avec angoisse. Ces médecins soutiennent que l’adoption par la mère d’intention est une procédure longue et complexe, nécessairement postérieure à la naissance de l’enfant, qui va nécessairement perturber les relations : inquiétude à propos des relations entre gestatrice et mère intentionnelle ; inquiétude de la mère intentionnelle face aux événements qui peuvent rendre l’adoption plus difficile, notamment si le couple des parents intentionnels connaît une rupture. Enfin, les médecins rencontrés déclarent n’avoir aucun contact avec les associations étrangères et ne donner aucune information aux parents intentionnels sur les possibilités de GPA à l’étranger. Ils concluent qu’à l’avenir, cette mise en relation pourrait être utile sous réserve que les pratiques de ces associations soient éthiquement acceptables.

⁴⁴⁷ <http://manorsurrogacy.eu/>

⁴⁴⁸ <http://www.tamuz.com/>

⁴⁴⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=AQDWARMkHOA>

Notons qu'aux États-Unis, les intermédiaires de GPA n'ont à respecter aucune forme de régulation ni aucun contrôle⁴⁵⁰, à l'exception de la Californie, où les intermédiaires qui ne sont pas des avocats doivent déposer les fonds prévus pour la réalisation de la convention de GPA dans un trust⁴⁵¹. Ce manque de régulation a entraîné un certain nombre d'arnaques, dont ont souffert les gestatrices aussi bien que les parents intentionnels.⁴⁵²

4.4.2. Avocats

La place des avocats 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.

D'autre part, ils jouent 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 »⁴⁵³, devenant des acteurs majeurs de la légitimation des pratiques pour obtenir leur légalisation.

Nous avons choisi de présenter séparément la manière dont ont été évoqués leur rôle et leur discours, et la manière dont ils sont perçus par d'autres acteurs.

a. Le rôle des avocats

En Israël, les agences commerciales ont recours à des avocats en interne (le tout est organisé dans un *'package deal'*) ou en externe.

C'est en **Grande-Bretagne** que le rôle des avocats est le plus important et le plus évident ; plusieurs entretiens ont évoqué le « fort lobby » des avocats des parents. L'équipe britannique a mis en évidence la diversité de leurs interventions :

Un des avocats (A1) s'occupe de faire rentrer les enfants sur le sol britannique, donc après la naissance, mais la plupart des parents intentionnels prennent tous les renseignements juridiques avant l'engagement du parcours. Selon un autre avocat (A2), cela varie d'un cas à un autre, les deux situations sont fréquentes : les parents intentionnels ne sont pas toujours conscients des enjeux juridiques et ne disposent pas de toutes les informations pertinentes, comme par exemple sur le fait que dans le régime britannique de la GPA les conventions n'ont pas de force exécutoire. Enfin, un autre avocat (A3) souligne que les avocats ne peuvent pas recommander le type de convention ou le montant à payer ; ils ne peuvent qu'indiquer ce qui est couramment décidé par la jurisprudence et ce qui est pratiqué. Trois hypothèses sont les plus courantes :

⁴⁵⁰ Sara Ainsworth, "Bearing Children, Bearing Risks: Feminist Leadership for Progressive Regulation of Compensated Surrogacy in the United States", *Washington Law Review*, 2014, 89, pp. 1076-1123, 1100.

⁴⁵¹ Cal. Fam. Code, §7691 (West 2012 & Supp. 2013), cité *ibid*.

⁴⁵² Tamar Lewin, « A Surrogacy Agency That Delivered Heartache », *NYTimes*, 28 juillet 2014; Stephanie Saul, "Would-Be Parents Find Surrogacy Agency Closed", *NYTimes*, 21 mars 2009.

⁴⁵³ Pour une lecture sociologique et historique du droit et de la science politique, comprenant une analyse du rôle des avocats, en particulier dans la défense des libertés et du procès comme arène publique, v. L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de Sciences-Po, Collection Contester, Paris, 2009.

A3:

- *I see some parents before the surrogacy agreement. They ask me about the implications of surrogacy.*
- *I see most parents mid pregnancy to sort out passports, Immigration issues – nationality law. Pre-birth orders from the USA are not recognized in the UK – I have to tell parents this.*
- *Post birth. Domestic cases are usually straightforward. They only reach court where there are problems ».*

En **France**, les avocats rencontrés déclarent donner uniquement un conseil juridique sur l'état du droit en France en fonction du pays choisi; ils ne conseillent pas un pays ou un autre pour faire une GPA (c'est aux clients de se renseigner). Les avocats qui s'occupent de ces dossiers ne se définissent pas comme des avocats de cause, mais comme des avocats spécialistes du droit de la famille.

A1:

« En tant qu'avocat, je n'ai pas à donner d'indication sur le pays où les gens peuvent aller. Ce n'est pas mon travail. Mon travail c'est d'expliquer aux personnes qui viennent me voir comment le droit français va appréhender la situation qu'ils ont créée à l'étranger et qui peut être différente selon le pays où ils se sont rendus. Je ne conseille pas de faire une GPA ni où il faut aller pour le faire. J'explique d'un point de vue juridique ce qui va se passer au retour en fonction du pays où ils vont se rendre et qui va être différent : si vous venez des États-Unis, vous allez être confrontés à telle situation, si c'est de l'Inde vous allez être confrontée à telle autre situation. ...

Les parents que je rencontre me remettent toujours un acte de naissance, peu importe s'il y a eu un jugement préalable ou postérieur à la naissance (qui a permis l'adoption par exemple) ou pas. Je vois que juridiquement j'ai un acte de naissance. C'est ce document qui établit les droits et devoirs des parents et incarne les droits de l'enfant à l'égard des parents.

Mon analyse juridique est la suivante : l'acte de naissance étranger traduit et apostillé produit tous ses effets de droit. Ce n'est que dans l'hypothèse où je rencontrerai un problème avec l'acte de naissance étranger que je dirai à mes clients, essayons de trouver une autre voie, mais je n'ai jamais rencontré cette situation. C'est très simple --- l'apostille est donnée par le pays d'origine et la traduction est faite où vous voulez. Je raisonne de la manière la plus carrée qu'il soit. ..

Les demandes de partage d'autorité parentale et les demandes d'adoption ne sont pas forcément les demandes majoritaires, car les parents ont un acte de naissance étranger sur lequel ils figurent tous les deux ; l'acte de naissance établit la filiation, partant de là, en découlent tous les effets juridiques, ils n'ont pas besoin de demander l'autorité parentale ou une adoption puisqu'ils sont légalement parents et c'est l'acte de naissance qui le prouve et donc ils sont de ce fait titulaires de l'autorité parentale...

Je rappelle que la transcription de l'acte de naissance est facultative, elle ne donne pas de droits (art. 509 de l'instruction générale de l'état civil). C'est la vérité juridique même si j'ai conscience qu'elle est inaudible pour le grand public voire pour les mauvais juristes, pourtant c'est la réalité du droit. C'est pour cela que tous mes clients, avant septembre 2013, obtenaient passeport et carte d'identité sans que leur acte de naissance étranger n'ait jamais été transcrit ».

A2:

« Il s'agit des personnes qui ont un projet d'enfant et qui veulent savoir ce qu'elles risquent. Il faut leur expliquer la situation en France. Ils sont renseignés (comme la clientèle des adoptions), ne demandent pas de conseil sur le choix du pays de GPA. Ce sont des personnes sophistiquées (d'un milieu intellectuel plus élevé), hétéro mais aussi homo (couples d'hommes). Presque tous veulent aller aux US, et donc ont des moyens... Parfois c'est même des personnes de l'entourage du couple (souvent des parents) qui veulent avoir le plus de renseignements possible. ... On a aussi rencontré des couples qui reviennent des US et qui ont adopté un enfant là-bas, et qui font face à une suspicion de GPA alors que ce n'était pas le cas ».

Enfin, mentionnons une étude fort intéressante, menée par Hillary Berk aux États-Unis, sur le rôle des avocats dans le processus de la GPA⁴⁵⁴: utilisant 115 entretiens semi-structurés et des analyses de 30 conventions de GPA, l'auteure décrit la manière dont les avocats, avec l'aide des agences, gèrent tactiquement les émotions des gestatrices et des parents intentionnels avant, pendant et après la naissance de l'enfant. En effet, ces acteurs définissent des règles et des pratiques anticipant et gérant des émotions, bien au-delà des termes contractuels de base, comme par exemple le fait de cultiver des émotions positives, telles que la gratitude et la confiance. Un champ de « règles sentimentales » est ainsi tissé, concernant le style de vie et le comportement des deux parties (assurer la stabilité émotionnelle de la gestatrice ; gérer l'anxiété des parents intentionnels, qui se sentent vulnérables, et leur envie de contrôle ; encourager les deux parties à se faire mutuellement confiance) ; prévoir la nature et les limites des liens intimes entre la gestatrice et le bébé : elle le verra ou pas, donnera le colostrum ou pas (moyennant finances), assurera un temps d'allaitement, ou pas (toujours suivant un tarif fixé préalablement)⁴⁵⁵ ; le dernier élément essentiel porte sur la planification des futures relations entre les parties. Des stratégies sont ainsi définies pour minimiser l'attachement, les risques et les possibilités de conflits, qui font l'objet de clauses précises dans les contrats. Ce nouvel environnement socio-légal montre à quel point les outils légaux peuvent être appelés à conformer des sentiments, et cette expertise forge une culture visant à juridiciser les émotions. Même si l'on retrouve de telles clauses dans les contrats, elles visent à éviter les conflits et non pas à prévoir des sanctions en cas de mauvaise exécution de l'obligation, souvent difficile à prouver.

⁴⁵⁴ Hillary Berk, « The Legalization of Emotion : Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor », *Law and Society Review*, 2015, vo.49, n°1, pp.143-177.

⁴⁵⁵ L'allaitement étant perçu comme le symbole de la maternité, son interdiction encourage la gestatrice à se dissocier de l'identité sociale maternelle.

b. Le discours des avocats

De manière générale, on peut dire qu'en **Grande Bretagne**, les avocats se disent globalement conscients de l'hypocrisie du système en ce qui concerne le critère de « dépenses raisonnables ». Ils en concluent qu'il serait préférable de légaliser la possibilité de véritables rémunérations des gestatrices et la mise en place d'agences professionnelles de GPA – c'est à dire commerciales. Ils revendiquent d'une manière générale une procédure où la question des dépenses raisonnables ne serait plus contrôlée, à l'instar de certains États des États-Unis. Ils sont aussi critiques du système qui fonctionne *a posteriori*, avec tous les inconvénients que cela implique :

A1:

« All POs via my practice have been granted so far. However, the law and policy is 'crazy'. Proving the consent of surrogate (legally necessary) and reasonable payment to surrogate is all after the event. Courts in UK endorse applications, even where consent is not conclusively proven and the interpretation of 'reasonable expenses' is flexibly applied. The welfare of the child is the paramount consideration.

People are appearing now who have no POs but have come up against difficulties – after separation, or expired passports. These have raised issues around Parental Responsibility and this has led to problems with a Parental Order.

2008 was the first Parental Order for an international surrogacy. Numbers have grown since then.

UK needs a smoother and more straightforward process. We need a new system of recognition for foreign born children. Surrogacy arrangements in other countries recognize the right parents from birth.

You have to wait a long time for a passport for a child – 6 months – up to a year. So baby can be stuck abroad (in one case, the dad was stuck in the UK and the mother and baby were stuck in India).

The US gives a passport to the US born child after 2 weeks as well as citizenship. So they can come back home after 2 weeks if they go to the US. This leads to inequity dependent on the money you have.

As for payment: surrogates are usually paid a lump sum. They just accept that. Otherwise surrogates won't declare payments. It is possible to have altruistic reasons and be well compensated. US States similar types of women as in UK – altruistic essentially.

Surrogates want token of appreciation for rest of family's support. Parents want to show appreciation to the Surrogate too.

There is increasing public awareness and acceptance of surrogacy. Most people agree with compensating surrogates. The Surrogacy UK report refers to an 'altruistic compensatory model' and a positive relationship between parents and surrogates. In my opinion that is a fudge.

It is unrealistic to put financial limits on UK POs but allow large payments eg US and award Pos nonetheless...

Agencies profiting from the process is not an issue in the UK at moment (I am not for profit agencies).

The debate should move away from payment and commercialization of 3rd parties and agencies. Most important is a formalistic recognition of parents – could move forward with that ».

A3:

« Altruistic/ commercial Surrogacy can be combined. Payment is saying thank you. We should not regulate how much is paid. We should just make sure the will of the surrogate is not overborne. In the US the relationship is formed between the surrogate and the parents. Children therefore have a relationship with the surrogate. They know the egg donors. This did not happen in India before it was closed down as there was more of a contract there.

There is a danger that migrants will end up being surrogates. They are looked down on and stigmatized as they are giving away a baby ».

Selon les avocats **français**, les parents intentionnels potentiels, pris entre le souci de recourir à la GPA de la façon la plus éthique qui soit (en respectant la gestatrice, en évitant des situations inhumaines) et le souci de ne pas payer trop cher, choisiront finalement la première option. Ils sont prêts à faire beaucoup d'efforts, pas seulement financiers mais aussi sur le plan éthique et légal. Ils partagent ce projet avec leur entourage, ne le dissimulent pas à leurs proches.

Les parents intentionnels potentiels sont tous préoccupés par les problèmes techniques éventuels à leur retour plutôt qu'avec le questionnement autour d'une transgression de la loi. Le désir d'enfant et le souci de préserver le possible enfant à venir l'emporte ici. À entendre les représentants d'association et les avocats, si ces personnes ont recours à la GPA, c'est parce qu'au terme d'un parcours souvent douloureux, ils ont intégré les nouveaux modes du « faire famille⁴⁵⁶ », y participent et ne se considèrent nullement comme hors la loi.

A2:

« On pourrait distinguer entre dépenses raisonnables et rémunération. C'est pour cela que pour moi, la GPA intra familiale a plus de sens. Il y a des gestes altruistes qui ne sont pas pour l'argent, comme la greffe de rein, mais c'est autre chose.

Qu'on achète un bébé à une pauvre femme indienne, cela me choque profondément ».

L'autre avocat (A1) a préféré situer son discours sur la question de l'intégration juridique des enfants en France:

A1:

« Comme le disait Blaise Pascal : « Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». À partir du moment, où il n'y a aucune règle qui interdit aux ressortissants français de voyager (par exemple, vous pouvez aller à Amsterdam dans un coffee shop alors qu'en France c'est prohibé), à partir du moment où tout le processus de la GPA est légal à l'étranger, le droit français ne peut pas l'appréhender, sauf à avoir une conception

⁴⁵⁶ Selon une expression liée à la notion de parentalité.

néo-colonialiste du droit (= on veut imposer nos normes à tout le monde). C'est une conception impérialiste du droit. Le texte du Code civil, art. 16-7, concerne un contrat de GPA conclu en France. La nullité du contrat veut dire sa non exécutabilité (par exemple si la gestatrice ne veut pas donner l'enfant). À partir du moment où les gens voyagent à l'étranger, que les rapports entre les gens sont régis par la loi étrangère, que l'intégralité de la conception de l'enfant, la grossesse et la naissance se passent à l'étranger, la nullité du contrat est totalement hypothétique. Quant à l'aspect pénal, il y a une infraction de provocation à abandon d'enfant, mais uniquement lorsqu'elle a été réalisée sur le territoire français ; cette infraction n'existe pas dans les pays qui ont légalisé la GPA. On ne peut pas poursuivre pénalement des Français pour des faits qui sont délictueux sur le sol français, mais parfaitement autorisés à l'étranger. Tout cela est à combiner avec la jurisprudence de la CEDH, très claire, sur la discrimination des enfants en raison de leur mode de conception. La France a été condamnée en 2001 dans l'affaire Mazurek en raison de la différence de traitement entre enfants légitimes et adultérins, ces derniers ne pouvaient pas hériter. Faire une discrimination en raison de la naissance est une violation de l'article 8 de la CEDH.

Le seul problème est idéologique, il n'est pas juridique. Le fait même de s'opposer à la transcription, qui ne confère pas de droits, montre que c'est idéologique. ...

La médiatisation de toutes ces questions a beaucoup nui aux intérêts des justiciables. L'intérêt des justiciables n'est pas toujours dans la médiatisation, il faut que les démarches restent dans la sphère de la vie privée, et ce d'autant plus que vous avez des associations comme les Juristes pour l'enfance qui font des interventions volontaires dans plusieurs dossiers qui ne les regardent pas comme les procédures d'adoption de l'enfant du conjoint où il n'y a que les parents, le greffe, le parquet qui ont accès au dossier....

Pour comprendre la GPA, il faut comprendre que le désir d'enfant c'est quelque chose qui traverse tout le monde et qui est très fort. Les couples sont prêts à tout mais pas à n'importe quoi (99%). Ce sont des gens qui ont réfléchi, qui ont traversé parfois des choses difficiles ; c'est de l'ordre du relationnel et pas de la réification. Contrairement à une idée reçue ils n'agissent pas dans le secret : leur entourage familial et amical est informé de la démarche et je n'ai jamais entendu que la démarche n'était pas accompagnée par cet entourage.

À partir du moment où on a compris ça, il faut rappeler que pour l'OMS la GPA est une technique d'AMP, il faut réfléchir comment on peut encadrer cette pratique, pour lutter contre l'éventuelle exploitation des femmes à l'étranger. Si on ne veut pas que des femmes étrangères soient exploitées, on fait en sorte que cela soit possible ici, en France. Là où il n'y a pas de règles c'est l'anarchie totale et l'exploitation la plus forte, alors que là où l'on met un cadre, des règles, on régule les relations, on s'assure des consentements. Ma position n'a rien

d'idéologique, elle est née de ma pratique, de mon expérience professionnelle. Toutes les politiques de prohibition échouent, créent des marchés parallèles, et sont dangereuses pour les individus ».

En **Belgique**, au niveau interne, deux avocates en relation avec l'un des centres d'AMP locaux pratiquant l'AMP ont été interviewées. Leurs coordonnées sont données aux patients puisque l'accompagnement et l'encadrement mis en place par le centre imposent la consultation d'un juriste – sur un fondement purement contractuel.

Les deux avocats considèrent que la contrainte actuelle de recours à l'adoption pour la mère intentionnelle est trop lourde, contraire à l'objectif d'une adoption puisque la Belgique ne pratiquant que des GPA dans lesquelles la mère intentionnelle a donné ses ovocytes, cela conduit à ce que la mère intentionnelle adopte « son propre enfant ». Ils estiment aussi que c'est peu protecteur de l'enfant qui est, pendant une période trop longue, privé de lien juridique avec la mère intentionnelle. Ainsi, selon eux, une réforme s'impose : soit en simplifiant l'adoption dans l'hypothèse particulière des GPA, soit en autorisant une pluri-maternité (inscription de l'identité des deux mères dans l'acte de naissance de l'enfant, mais avec une portée symbolique de la maternité de la gestatrice). Par contre, la rédaction originaire de l'acte de naissance directement au nom des parents intentionnels paraît difficilement acceptable au regard des questions liées au droit de « repentir » de la gestatrice ainsi qu'au droit de l'enfant à la connaissance de ses origines.

Les deux avocats informent les parents intentionnels de la possibilité d'un accouchement sous x à l'étranger par la gestatrice, qui permet ensuite à la mère intentionnelle de procéder à une reconnaissance de maternité par simple déclaration à l'officier de l'état civil⁴⁵⁷. Toutefois, un seul avocat recommande cette procédure, le second considérant qu'il est peu respectueux de la gestatrice (besoin de reconnaissance de son investissement) et de l'enfant (connaissance des origines).

c. La manière dont les avocats sont vus

En **Grande Bretagne**, les travailleurs sociaux interviewés ont évoqué les avocats de la manière suivante :

TS1:

« The Right to parent is being fuelled by lawyers (and private healthcare people). There is strong lobbying for change from parents' lawyers ».

TS2:

« Who is lobbying for change in law and why is that happening? Academic lawyers who are writing articles! Do not see commissioning parents lobbying for it, nor surrogates, nor judges saying e.g. should have enforceable contracts etc. The only people are the lawyers, maybe one or two politicians. Lawyers --- small number who are vociferous ».

⁴⁵⁷ Sachant que le nombre de pays autorisant l'accouchement sous X est très restreint en Europe : à part la France, seul le Luxembourg autorisait cette possibilité, mais cela est en cours de réforme actuellement.

En **France**, un juge que nous avons interviewé a évoqué les avocats :

J1:

« Ces avocats ne veulent pas qu'on tienne compte du but poursuivi, ils veulent qu'on s'arrête à la légalité formelle. La fraude fait écarter toutes les règles de droit. Par exemple, si tu places ton argent dans un paradis fiscal, où il n'y a pas d'impôts, on te rattrape car tu l'as fait dans le but d'échapper à l'impôt français. Comme la GPA est interdite en France, ceux qui y ont recours à l'étranger fraudent la loi ».

4.5. Les services sociaux impliqués

En général, en Israël et en Grande-Bretagne, les travailleurs sociaux sont les seuls à connaître, non pas directement la pratique, moins encore le suivi des familles (les études faites en ce domaine émanent le plus souvent de psychologues), mais les parents d'intention rencontrés au moment des demandes de *Parental orders*. Remarquons aussi que ce sont les seuls à n'avoir pas d'intérêt direct au développement de ce marché. Or, ils sont davantage réticents à l'égard de la GPA que les autres acteurs interviewés, en particulier les avocats, leur jugement étant influencé par ce qu'ils connaissent de la situation à l'intérieur du pays.

En **Israël**, depuis 2014, les tribunaux ont décidé de ne plus exiger un *Welfare report* dans certains cas de demandes de *Parental order*. Ainsi, lorsque l'unité familiale paraît stable, et lorsque le père et son partenaire sont engagés dans une relation stable, le tribunal peut octroyer un *Parental Order* sans demander préalablement un *Welfare report*. Progressivement, les *Welfare reports* sont devenus plus rares ; dans les cas où ils sont néanmoins requis, il s'agit de la même enquête sociale, faite par les mêmes institutions que celles qui les réalisent lors des procédures de GPA interne et d'adoption.

L'équipe israélienne n'a pas réussi à interviewer des travailleurs sociaux ayant eu à gérer des dossiers de recours à la GPA à l'étranger. Ces derniers ont probablement senti que leur rôle est minimal. Ils critiquent d'ailleurs cet état de fait car ils souhaiteraient être plus impliqués. Selon eux, le critère de l'intérêt de l'enfant n'est pas vérifié de manière assez sérieuse, car d'une part les parents intentionnels ne sont pas véritablement examinés- on se satisfait d'un examen très restreint selon lequel il faudrait prouver un véritable préjudice pour l'enfant pour douter de leur capacité parentale ; d'autre part, les enfants de la gestatrice ne sont pas observés, suivis ou soutenus.

En **Grande-Bretagne**, le *Children and Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS) représente les enfants dans les affaires familiales soumises aux tribunaux. Cette institution est indépendante des tribunaux, ainsi que des services sociaux et des autorités de santé et d'éducation. Les *Parental Order Reporters*, issus du CAFCASS, sont désignés par le tribunal aux affaires familiales ; leur rôle est de recommander si un *Parental Order*, impliquant un transfert de la parenté de la gestatrice aux parents intentionnels, doit être accordé. Ainsi, ils doivent examiner le critère du bien-être des enfants et conduire des enquêtes sur les circonstances de l'affaire. Les *Parental Order Reporters* sont des travailleurs

sociaux qualifiés ; ils procèdent à une évaluation des parents intentionnels ⁴⁵⁸ . Plus concrètement, il s'agit de « *make checks with the local authority and the police, to see if there is any information held which might be relevant to the safety of the child – your permission will be sought before this happens; find out about you and your child's journey so far, such as the background to your application, or why you chose surrogacy ; understand your family structure and the child's place within this* »⁴⁵⁹ . Un accent particulier est mis sur la possibilité d'accès aux origines de l'enfant⁴⁶⁰ .

En pratique, le rôle de ces *Parental Order Reporters* est difficile à mettre en œuvre : leur intervention est trop tardive, car au moment où ils sont nommés, l'enfant est déjà chez le couple intentionnel (comme exige la loi⁴⁶¹). Ils ont par ailleurs des moyens limités et sont dépourvus d'accès à l'information détenue par les cliniques (comme on a vu, parfois il y a de doutes sur l'existence d'un lien génétique entre l'enfant et les parents intentionnels). Ainsi, des critiques ont été émises concernant leur rôle et les possibilités d'intervention :

TS2:

« It's all after the event, what can they do? It's got to be pretty bad situation with the commissioning parents to remove a child – as it would be in any situation...

More time and resources for guardians would be good....

In the UK, social workers are much more reluctant about surrogacy in general than lawyers and the public in general ».

TS1:

« The Department of Health decided that the welfare checklist from the Adoption and Children Act should be adapted for this process – as the closest you have got in transferring parenthood. So they have a welfare checklist they have to look at and at the eligibility criteria for a parental order e.g domicile in UK, etc – the complicated one is the 'reasonable expenses' bit – which guardians found really disturbing. They [reporters] were varied in how they could check it out – it might be full accounts and an explanation provided by parents and other parents will have virtually nothing – and if they have gone to agency – they don't know what the surrogate gets! As they pay the agency and not the surrogate directly.

The Welfare checklist for the report is mainly about– are child's needs being adequately met in the context – well fed, thriving, parents' relationships, attitudes to openness with children, addressing overseas aspects of surrogate, managing genetic issues. Then they do a report for court, but the growing number of cases means that more cases are

⁴⁵⁸ Pour les détails de ce processus (en vidéo), v. <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/become-the-legal-parent-of-a-child-born-through-surrogacy.aspx>

⁴⁵⁹ <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/surrogacy/grown-ups-what-is-a-parental-order-reporter.aspx> (des exemples sont donnés dans les vidéos sur ce site).

⁴⁶⁰ <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/surrogacy/after-surrogacy-how-to-speak-to-your-child-about-their-origins.aspx> (ce point sera examiné séparément, v. p. 238 et s.).

⁴⁶¹ §54(4)(a), *HFEA Act 2008*.

being dealt with by PO reporters with very little experience. They do not have a specialist team for surrogacy cases. And Cafcass are under pressure. PO reporters do ONE visit to the family. So what kind of assessment do they do, unless the concerns are glaringly obvious? My worry is that less experienced PO reporters may not have the time and experience to cope.

The Judge takes the report and that is largely the basis for the judgment. Concerns over, say expenses, go through anyway, on the welfare of child grounds. The courts cannot remove the child without potential significant harm to the child ».

Cette critique et cette prise de conscience des limites des pouvoirs rétroactifs des travailleurs sociaux ne sont pas forcément partagées par les autres acteurs, notamment les juges :

J2:

« CAFCASS is excellent. They understand the provisions of s.54. They check the welfare of the child ».

J1:

« They have a feel for it. They are a relatively small team. They are connected to certain clinics. They have adoptive experience. All the High Court cases are dealt with by a specific team ».

En revanche, les avocats semblent avoir plus de recul par rapport au rôle des travailleurs sociaux:

A1:

« It is a tricky role. It is a retrospective judgment, like that of judges themselves. PO Reporters are highly skilled and experienced at the High Court. They are not approving (potential) parents as with adoption, but instead are assessing risk. They ask how are parents looking longer term at child welfare – the journey – like a welfare assessment ».

A2:

« CAFCASS are very professional and have specialist training to do this work. They may have stretched resources in some parts of the country – as there are many priorities for social work services e.g. child abuse etc. The teams in the High Court are very good and have built up experience ».

Par ailleurs, dans le discours des travailleurs sociaux, on remarque que souvent la démarche de la GPA est comparée à celle de l'adoption.

TS1:

« 'Biodads' are even emerging where both gay men are commissioning two surrogates at the same time and two babies are born fairly close

together and raised together. This raises concerns about the welfare of the child in this scenario. It would not happen in relation to adoption in the UK. It's all about the men and NOT about the child. There needs to be more research done on alternative families and their children. Surrogacy is unregulated in so many countries and there is no way of tracking what is happening – even in the UK parents do not always apply for parental orders – and there is no follow up even of those children who are the subject of a PO ».

Ce raisonnement est compréhensible et surprenant à la fois: on peut comprendre la comparaison car la *check-list* dans les deux procédures semble être identique; d'autre part, l'argument souvent avancé, selon lequel il n'y a pas de logique à dénier la GPA pour des hommes seuls alors qu'ils peuvent adopter ne tient pas compte du fait que l'enfant à adopter est « déjà là » alors que l'on crée volontairement la situation « enfant de parent isolé » lorsqu'il s'agit de GPA. Ce sont d'ailleurs les réflexions sur le droit à la GPA pour les personnes isolées, poursuivies par celles qui aboutiraient à légaliser les *Parental Orders* même sans liens génétiques avec les parents d'intention qui montrent que le modèle final est celui du seul « droit à la parentalité » sous réserve du test du *welfare* qui semble être toujours réussi⁴⁶².

Une étude britannique s'intéresse à cet égard aux positions et les expériences des travailleurs sociaux en matière de GPA⁴⁶³. En effet, contrairement à d'autres domaines contemporains de travail social, le travail des *Parental Order Reporters* en GPA en Grande Bretagne n'a pas fait l'objet des recherches, alors qu'il s'agit d'un domaine peu régulé et éthiquement complexe. Cette étude a intégré la position de 16 travailleurs sociaux ayant été impliqués dans 135 dossiers de GPA. Les conclusions étaient les suivantes : la perception du risque provenant d'une possible différence ethnique entre parents et enfants a été estimée très basse en raison des fortes relations parentales avec l'enfant, l'engagement des parents intentionnels dans cette tâche et leur ouverture avec l'enfant concernant ses origines et ses besoins d'identité et de contact à long terme. Beaucoup d'autres questions que l'on peut se poser n'ont pas été formulées par les TS interrogés : conséquences de l'effort de la gestatrice pour ne pas s'attacher à l'enfant sur la manière dont le fœtus ressent la grossesse : conséquences de la rupture du lien entre la gestatrice et l'enfant à la naissance de celui-ci, et beaucoup plus tard, interrogations sur la vendeuse d'ovocytes ; conséquences de la manière dont l'enfant verra plus tard le fait d'avoir été l'objet d'un contrat et d'une rémunération.

Cependant, des craintes étaient exprimées concernant l'impact sur les enfants de la gestatrice et le fait que les *Parental Order Reporters* interviennent trop tard dans ce processus. Par ailleurs, un besoin de régulation plus étroite des agences de GPA a été exprimé, ainsi qu'une préparation plus attentive des gestatrices et des parents intentionnels.

⁴⁶² Un constat semblable a été fait dans l'article publié par Patricia Fronck et Marilyn Crawshaw (« The 'New Family' as an Emerging Norm : A Commentary on the Position of Social Work in Assisted Reproduction », *British Journal of Social Work*, 2014, pp.1-10), concernant « the ascendancy of 'the right-to-parent' lobby in global free markets where individualism, neo-liberal and neo-feminist perspectives, consumerism and porous state borders thrive and legislative frameworks only regulate risky practices well after they are established ».

⁴⁶³ Marilyn Crawshaw, Satvinder Purewal, Olga Van den Akker, « Working at the Margins: The Views and Experiences of Court Social Workers on Parental Orders Work in Surrogacy Arrangements », *British Journal of Social Work*, 2012, pp.1-19.

Enfin, les travailleurs sociaux qui gèrent des dossiers d'AMP se sont également organisés au niveau institutionnel, ce qui leur a permis d'émettre des avis. C'est ainsi que la PROGAR (*British Association of Social Workers Project Group on Assisted Reproduction*)⁴⁶⁴, à la tête de laquelle sont deux experts éminents en *Social Work*, Dr. Marilyn Crawshaw (Université de York) et Prof. Eric Blyth (Université de Huddersfield), avait été initialement mise en place au début des années 80, sur invitation du comité Warnock⁴⁶⁵ afin d'émettre un avis dans une perspective de travail social dans le cadre de la préparation de la *HFEA Act*. En dépit de sa courte durée, cette organisation est restée opérationnelle depuis et même « *It remains the only group under the auspices of a national social work professional association anywhere in the world with a specific remit to consider issues relating to infertility and assisted human conception and to promote a distinctly social work perspective* »⁴⁶⁶. En effet, depuis sa création, la PROGAR a été activement engagée dans certains sujets clés dans le domaine de l'AMP : elle a contribué aux consultations du Gouvernement et à celle de la HFEA, ainsi qu'à l'élaboration des bonnes pratiques ; surtout, cette organisation a œuvré pour mettre fin à l'anonymat des donneurs de gamètes⁴⁶⁷, un sujet d'une grande importance pour les travailleurs sociaux britanniques.

En ce qui concerne la GPA, la PROGAR a publié ses positions en tant qu'organisation professionnelle et en tant que discipline académique à deux occasions, en 2006 sur la GPA en général, et en 2004 sur le recours à la GPA à l'étranger en particulier :

Dans sa prise de position de 2006, « *BASW position statement- Surrogacy* »⁴⁶⁸, certaines conséquences négatives de la pratique de la GPA ont été soulignées :

« *2. Surrogacy can be exploitative of any or all of the parties directly involved, i.e. children, surrogates and 'commissioning parents', leading to inequities and injustices which should be challenged wherever they arise... This field is hampered by the limited lobby for the children affected or yet to be born, the lack of pressure groups among adult surrogate- born children similar to those that have developed for donor conceived individuals, and the absence of research into longer term outcomes for both domestic and cross border arrangements. In addition there are no international or bilateral agreements in place to try and curb poor practices, including poor medical practices which may result in children becoming disabled or suffering poor health or even abandonment and surrogates receiving poor ante- and post-natal care with knock-on effects for themselves and/or any children they are raisings. ... Social workers carry a responsibility to draw attention to exploitative practices, including through liaison across national boundaries and reporting and following up on instances of exploitation. The boundaries between surrogacy and child selling are also especially potentially porous.*

3. A surrogate -born child has the right to know the identity of (i) the person who gave birth to them (ii) the person/s who donated gametes in order for them to be conceived and (iii) the person/s who are raising them in a parenting capacity....

⁴⁶⁴ <https://www.basw.co.uk/progar/>

⁴⁶⁵ *A Question of Life- The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Londres, Basil Blackwell, 1985.

⁴⁶⁶ <https://www.basw.co.uk/progar/>

⁴⁶⁷ *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*.

⁴⁶⁸ http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_70338-8.pdf

5. When acting in relation to setting up surrogacy arrangements, proposed transfer of legal parentage following surrogacy arrangements or in any subsequent disputes about the care of children born through or affected by surrogacy arrangements, all professionals need to be fully aware of the significance of obtaining informed consent from the surrogate....

Some surrogates can find themselves with limited power, especially when they are motivated to become surrogates as a result of poverty or feeling powerless to resist demands to so act. Some surrogates have limited understanding of the language in which information is given or contracts are written because of spoken language barriers, poor education and so on.

Some surrogates have limited opportunities to challenge poor antenatal, delivery and post-natal medical practices and resist demands made on them by surrogacy agencies or 'commissioning parents'.

At the same time, some agencies, professionals and 'commissioning parents' have a poor or dismissive approach to understanding the potential need of surrogate-born children to understand the social and cultural context of the surrogate who gave birth to them (and the gamete donor/s if they were used), a need which can be lifelong We highlight the situation of surrogates in particular because their profile is that they are typically poorer and less well educated than the others involved in this process and their potential lifelong significance to the offspring is important ».

Dans sa position de 2004 concernant le recours à la GPA à l'étranger⁴⁶⁹, la PROGAR a mis en avant certains facteurs et a soulevé certains problèmes spécifiques : le poids des lobbys intéressés dans cette pratique, le manque de données et de suivi (aussi en raison de l'abstention de certains parents intentionnels de demander un *Parental Order*), ainsi que le manque de conscience des parents intentionnels des difficultés de ce processus:

« *The burgeoning numbers of commercial brokers and doctors with financial interests, and pressure from within the consumer lobby and the fertility industry to loosen international and domestic restraints on surrogacy arrangements, mean that these new challenges require new responses to ensure the best interests of the children involved are adequately catered for....*

Although more than one thousand babies are reported to be brought into the UK every year, only a small number of parents subsequently apply to a court for a Parental Order to ensure they both have full legal parental status. The reasons for this are far from clear and there is no information about what happens to these children when parents register them with the NHS, apply for school places, passports and so on....

The roundtable meeting grappled with the challenge of incomplete data being held on Parental Orders (following both domestic and international surrogacy), the number of children brought into the country and lack of inter-agency and inter-departmental collaboration on policy and practice development. Members of PROGAR had previously uncovered information gaps that made it difficult to ascertain the countries where surrogates are accessed, types of couples using surrogacy and so on and conduct follow up research into how the children and families fare....

When considered through a children's rights lens, international surrogacy contrasts with inter-country adoption in several ways. There is no requirement for ensuring commissioning parents are aware of the risks, for approving arrangements or for assessing the parties

⁴⁶⁹ http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf

involved prior to leaving the country. Neither is there any parenting preparation required on how best to meet the particular needs of children created through surrogacy, for example in relation to birth identity and heritage, and no follow up or longer term support for families.... However 'solutions' promoted by some interest groups to encourage more couples to use domestic surrogacy are often lacking in evidence and not without their own problems. They include relaxing domestic restrictions such as lifting the ban on payment as a criterion for applying for a Parental Order, allowing advertising, transferring legal parentage earlier and making surrogacy contracts enforceable. Greater understanding is required about the reasons couples seek overseas surrogacy arrangements and why so few apply for Parental Orders. It may also be time for stronger incentives for Parental Orders such as making passport applications dependent on them being in place ».

Enfin, certains travailleurs sociaux s'expriment dans les revues spécialisées, se faisant ainsi les relais de messages spécifiques concernant le recours à la GPA à l'étranger, tel que l'appel à une collecte d'informations concernant cette pratique où il n'y a pas de chiffres fiables disponibles⁴⁷⁰, comme on le verra par la suite.

4.6. Les juges

La situation devant laquelle se trouvent les juges dans chacun des pays étudiés est différente : d'une part, 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 ont également à confronter 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, comme en matière d'insémination *post mortem* qui, en l'absence de loi, a été progressivement autorisée, sous certaines conditions, par les tribunaux.

Pour rappel, les parents intentionnels doivent s'adresser au tribunal aux affaires familiales à la fois pour effectuer le test génétique obligatoire pour ramener l'enfant, et pour l'établissement d'un statut légal pour le parent n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant. Lorsque des difficultés surgissent, les parents intentionnels ont presque toujours obtenu une reconnaissance rétroactive de leurs actes, que ce soit devant le juge aux affaires familiales ou devant la Cour suprême. Comme l'a expliqué l'un des conseillers juridiques travaillant pour l'un des ministères (**CJP**), à propos de la réaction des juges à la Cour suprême :

« It was a panel of seven judges, and I expected that the Court would express some kind of criticism of Israelis going, acting in another

⁴⁷⁰ M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK -- Implications for national and international policy and practice », *supra*.

country, without checking the legislation [in advance], and then demanding that [Israel] allow them to do so. The exact opposite happened; the judges looked at the State Attorneys and asked why are you making it difficult, and how can you better facilitate it? ... For the first time I understood what playing field we were on. The public opinion was very much in support of allowing this thing to happen. There is a huge criticism about the ways the State restricts and... It's a complicated playing field ».

Et un autre **CJP** ajoute:

« When we presented our analysis of the demands of the foreign legislation [before the Supreme Court], the court responded by asking us-why? And what do you care? The response is not: great, well done, you are protecting, etc. And that is what I think the response should be. But fine, we have done our part, and moreover, we have taken care of the country's international standing, which the judge here is not necessarily thinking about. We are in the opposite situation in the courts. Meaning, [the court's reaction is] why are you even... And it stems from the fact that [courts] see a couple and [the couple] says: "we want a kid; we have no kids; that is the essence of our life." And most of us live for our kids, so you identify with them ».

Cet activisme judiciaire, critiqué par les représentants du Gouvernement (fonctionnaires), contribue à la légitimation *de facto* des pratiques que les autorités gouvernementales avaient probablement souhaité éviter, comme l'intégration juridique des situations dans lesquelles il n'était pas évident que la gestatrice ait donné son consentement de manière libre et éclairée. Cette attitude des juges aux affaires familiales fait partie d'un activisme judiciaire général caractérisant le système juridique israélien⁴⁷¹, et exprime la culture pluraliste et pro-nataliste les caractérisant. Alors que le législateur israélien semble plutôt lent à changer le droit de la famille, entre autres en raison du poids des partis conservateurs et religieux, qui, par exemple, s'opposent aux relations homosexuelles, les juges tendent à reconnaître une variété de configurations familiales, ainsi que des relations de famille *de facto*⁴⁷². La récente déclaration de la Cour suprême du 10 janvier 2017 sur la nécessité de trouver une solution pour que des personnes homosexuelles puissent également recourir à la GPA en Israël⁴⁷³ en est une confirmation supplémentaire.

En **Grande-Bretagne**, les juges sont très appréciés par les différents acteurs :

TS2:

« My experience of the judges and rulings is that they have their head screwed on and making sensible decisions in the circumstances. It does

⁴⁷¹ O. Liviatan, « Judicial Activism and Religion-Based Tensions in India and Israel », *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2009, 26, 583, 601-604.

⁴⁷² On notera que cette notion de famille *de facto* est utilisée par la CEDH précisément dans le but d'égaliser les différentes formes familiales. A. Renan Barzilay, K. Carmit Yefet, « A Tale of Fragmentation and Intertwinement: Israeli Family Law Between the Sacred and the Secular » in *The Contested Place of Religion in Family Law*, Robin Fretwell Wilson eds., à paraître.

⁴⁷³ V. p. 101.

seem to be a small cohort of judges dealing with these cases – so they are developing expertise...

No one has been refused a parental order, even when beyond the 6 month time period. Judges are taking a similar view – regardless of what has happened --- they are taking decisions on the basis of child welfare – and judges are making ‘right’ decisions, in the interests of the child. I have not been concerned about any judgments. Of course there are low numbers coming to the court ».

A1:

« Three judges deal with international cases. They are people who as barristers were instructed on this issue, and are very knowledgeable ».

A2:

« I can only speak highly of judges and their sensitivity in these cases. Cases are fact specific – the interests and welfare of the child are paramount and the judges have a difficult task of deciding on this, whilst also avoiding exploitation and trafficking and implementing public policy.

The judges in the English Family Court are working hard and very sensitively on surrogacy cases. Judges are mindful, attentive and careful and are publishing judgments to assist the process ».

Ex government adviser:

« Until about 10 years ago judges’ attitude varied a lot. Judge Latey was pragmatic. But other judges were much more moralistic and judgmental. 5-6 years ago we started to get an avalanche of international cases. Judges like Judge Theis were anxious not to set themselves up as moral policemen. The leading judge in this area is Judge Headley, who said we needed legislation to prevent for example a massive payment to a surrogate. Judges do as good a job as they can, given the mess they find themselves in ».

En ce qui concerne les juges mêmes, l’équipe britannique a récolté plusieurs témoignages :

J2:

« Surrogacy is now a matter of practice and will continue to happen. So it needs regulation to lessen the likelihood of a dispute. I am impressed by the Californian model but it is costly.

It is supposed to be altruistic. The commissioning couple want the surrogate to be altruistic. The surrogate may be part of the family they are creating. What they will tell their children is something they think a lot about.

No pre assessment and no regulation means we’re left with a mess ».

J1:

« The South African model is better. It is cheaper and a court oversees the procedure with a light touch. In South Africa there is also no embryo transfer. A psychological assessment is carried out, like Israel or the Hague model.

Parents can have gone through years of treatment and emotional trauma. Rather than having to go abroad, they could just do it here ».

Dans l'ensemble, les juges estiment nécessaire la réalisation d'études sur l'impact qu'aurait plus de régulation, le but étant ici aussi que soit autorisé l'accès à la GPA pour les femmes seules, aujourd'hui interdit sur le fondement d'idées qu'ils estiment préconçues.

En **Belgique**, un juge ayant connu de dossiers d'adoption d'enfants nés par GPA a été interrogé : la loi et les conventions internationales imposent la prise en compte prioritaire de l'intérêt de l'enfant, la conclusion d'un contrat de GPA ne pouvant être retenu – quelle que soit l'appréciation éthique du procédé – pour priver l'enfant d'une identité correspondant à son vécu affectif de la parenté. Ainsi, en l'absence de loi, l'adoption par la mère intentionnelle (plus rarement par les deux parents intentionnels, par exemple lorsque la gestatrice est la sœur du père intentionnel et que l'enfant serait donc en apparence un enfant incestueux s'il y avait reconnaissance de paternité) est la seule façon de donner à l'enfant une sécurité des liens. En tout état de cause, selon le juge interrogé, il s'agit d'un « bricolage » que le législateur devrait corriger.

En **France**, plusieurs témoignages des juges ont été récoltés. Nous voudrions distinguer entre les juges du fond (première instance) d'une part et les juges de la Cour de cassation d'autre part. Cette distinction est nécessaire en raison de leurs rôles différents et de la diversité des questions qui se posent.

En ce qui concerne les juges du fond, plus particulièrement les tribunaux de grande instance (TGI) : les TGI sont compétents pour tout ce qui est en lien avec la filiation, dont les demandes d'adoption. En effet, selon les propos recueillis pendant les entretiens, en présence de suspicion de GPA lors des demandes d'adoption, les juges du fond convoquent les personnes pour avoir plus d'explications, le simple doute ne suffisant pas. En matière d'adoption, il y a beaucoup de dossiers qui passent sans audience (tous les dossiers qui ne présentent pas de difficulté), dès lors que les conditions légales sont réunies. En l'état actuel de la jurisprudence, il est clair que le moindre doute sur un recours éventuel à la GPA obligera en principe les juges à convoquer les personnes concernées – sauf s'ils ont fait le choix conscient de fermer les yeux, ce qui semble accrédité dans un certain nombre de cas par les affirmations des avocats et certains juges. Dès qu'ils ont une question sur un élément de droit ou de fait ou l'intérêt de l'enfant, ils procèdent ainsi, indépendamment des éléments que le parquet leur a fournis ; ils auront alors un débat avec les demandeurs.

En pratique, lorsqu'il s'agit des couples d'hommes, ils ne les convoquent pas automatiquement. À Paris il y a beaucoup d'hommes qui avaient adopté des enfants alors qu'ils étaient célibataires, puis se sont mariés sous le régime de la loi de 2013 ; leur mari demande l'adoption de l'enfant du conjoint. Ces affaires ne présentent pas de difficulté. Effectivement, si les enfants sont nés en Inde ou en Ukraine et qu'il n'y a un seul parent, les parents intentionnels seront probablement convoqués. Mais s'il n'y a pas de preuve de la GPA, il n'y aura aucune conséquence.

Les juges du fond que nous avons interviewés (J3 et J4) ont ainsi expliqué le déroulement de la procédure et leur intervention (cet entretien a eu lieu avant les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015):

J3:

« L'acte de naissance établi suite à une GPA à l'étranger ne peut pas produire d'effets en France. C'est la force probante de l'acte, art. 47 : il y a une présomption de force probante, mais s'il est la conséquence d'une atteinte à l'ordre public ou constitue une fraude à la loi, il ne peut pas produire d'effets. C'est ma position...

Juridiquement, il faut faire quelque chose, poser des conditions pour régler la situation des enfants issus de GPA. Tout cela est du bricolage et la circulaire Taubira exprime le message de vouloir ménager la chèvre et le chou. Il y a une pression des parents qui sont allés faire une GPA à l'étranger...

Il faut un cadre juridique clair- que faire dans ce genre de cas ? Tant qu'il n'y a pas de cadre, toutes les solutions (permettre une délégation d'autorité parentale sans reconnaître de lien de filiation, donner la nationalité sans la filiation), tout cela n'est pas satisfaisant ».

(À la question : s'il y avait un cadre juridique clair, cela éviterait cette distinction ?)

« Peut-être, effectivement. Peut-être que les gens iront plus vers un pays où ils savent que la GPA est reconnue car elle correspond à des conditions plus éthiques qu'ailleurs. Ils iront plus aux US qu'en Inde ou en Ukraine. Mais juridiquement c'est le problème, on ne fait pas de distinction selon les pays.

Il y avait trop de gens pendant les débats du mariage pour tous pour que dans la foulée le gouvernement autorise la GPA ».

(À la question: où placez vous le curseur de l'illégalité dans un recours à la GPA à l'étranger ?
À quel moment cette pratique devient-elle illégale ?)

« Pour moi, à partir du moment où il y a une volonté de contourner la loi. Deux Français qui habitent depuis des années en Floride peuvent faire une GPA, il n'y aura pas de volonté de contourner la loi française.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'ordre public tient compte de la notion de proximité avec la France qui ne se déduit pas que de la nationalité. Cependant, il est possible que la France ne veuille pas pour autant que, sur l'état civil français, figure un recours à la GPA. Les juridictions pourraient reconnaître en France les effets de cette GPA, moi je l'aurais reconnu, mais sans transcription. C'est comme la bigamie : les algériens bigames qui viennent en France, on reconnaît les deux femmes, sans autoriser la bigamie. C'est une question d'appréciation d'ordre public. En matière d'état civil les règles peuvent être différentes qu'en matière de reconnaissance d'effets. Le droit international privé est toujours compliqué ».

(À la question : si un couple fait une GPA aux US dans un État qui l'autorise, rentre en France, l'enfant a bien entendu tous les droits (Sécurité sociale, école), ils ne demandent pas la transcription. Est-ce si illégal que cela ?)

« Il est vrai que tant qu'ils ne demandent rien, cela ne pose pas de problème. Les deux seuls moyens sont l'ordre public et la fraude. L'ordre public évolue. Par exemple, la question du mariage pour tous : à deux ans près, cela a été contraire à l'ordre public, puis est devenu une partie de l'ordre public. En tous cas, pour la GPA il faut fixer un cadre. Il y en aura toujours des enfants issus de GPA ».

J4:

« Le cadre doit venir du législateur.

Dans un cas que j'ai eu à traiter, un enfant est né à Miami, il y avait une mère, donc un homme et une femme, puis une demande de délégation d'autorité parentale en faveur du compagnon du Monsieur: j'étais saisie d'une requête qui émane à l'origine de deux hommes qui vivent ensemble et dont l'un se dit être le père d'une petite fille, et produit son acte de naissance américain, car elle est née à Miami. Je constate que sur l'acte de naissance il y a une maman. On me produit également un jugement dans lequel la mère renonce à ses droits sur la fille, et l'autorise à quitter les US pour aller vivre en France avec le père. Ils produisaient aussi un Certificat de nationalité française (c'était bien avant la circulaire). C'est là où au départ le parquet de Paris n'a pas forcément suspecté une GPA. Mais pendant l'audience on leur a demandé s'ils avaient demandé que l'acte de naissance soit transcrit à Nantes (si les gens ne demandent pas la transcription il y a une suspicion). C'est là où en fonction des réponses, pas très satisfaisantes, que le parquet a décidé de poursuivre des informations et de poser cette question à son collègue à Nantes. Le parquet de Nantes a confirmé qu'ils n'avaient pas demandé. Mais en réalité c'est le greffier qui a établi le CNF qui a saisi Nantes. Donc quand ils ont dit qu'ils n'avaient pas saisi Nantes c'était vrai, sauf que Nantes a été saisi et avait refusé la transcription. Mais le dossier s'était arrêté là, il n'y a pas eu d'autres vérifications. D'ailleurs, il n'y a pas eu d'expertise médicale, mais apparemment c'était le père. Il y avait en outre une double reconnaissance de l'enfant à la mairie et devant le notaire (prénatale). D'autres investigations nous ont informé du fait que la mère était mariée, il avait alors fallu, en raison de la présomption de paternité, que le mari de la mère renonce à ses droits sur l'enfant, pour que figure à l'état civil le père requérant. Il y a une règle en France pour une délégation d'autorité parentale : aucune décision ne peut être prise sans que les deux parents (en l'occurrence le père et la mère) ne soient dans la procédure. De toute façon, pour moi il y avait bien un problème d'irrecevabilité car la mère n'était pas dans la procédure, il n'y avait que deux requérants, le père et son compagnon. Finalement, la mère est intervenue au débat, elle a pris un avocat et elle est arrivée, elle s'est jointe à la demande du père de délégation d'autorité parentale à son

compagnon en particulier (à l'époque il n'y avait pas encore de mariage homosexuel). D'ailleurs, j'ai eu plein d'attestations sur leur couple stable et harmonieux, et comment ils s'occupaient bien de l'enfant. Ce n'était pas un problème de fait, c'était juste un problème de savoir si je pouvais faire produire en France des effets à cette naissance, alors que le parquet a conclu que c'était contraire à l'ordre public (il n'y avait pas encore la jurisprudence de la Cour de cassation sur la fraude à la loi, mais uniquement atteinte à l'ordre public).

Au final : je n'avais pas de précédent et j'ai décidé d'accepter cette délégation d'autorité parentale sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. Ils n'ont pas reconnu l'existence d'une GPA mais c'est moi qui ai établi que, compte tenu des éléments, il s'agissait forcément d'une GPA ».

J3:

« La question est d'abord est-ce qu'on reconnaît le lien de filiation avec les parents intentionnels, après on peut faire ce qu'on veut, comme déléguer l'autorité parentale par exemple ».

J4:

« Je sais que, depuis, le couple s'est marié et qu'un deuxième enfant est né dans les mêmes conditions, mais ils n'ont fait aucune demande, probablement en attente des évolutions. À vrai dire, j'ai attendu que le parquet fasse appel, que cette affaire aille devant la CA et même devant la Cour de cassation, mais cela n'a pas été le cas. Il n'y a pas eu à ma connaissance de décisions semblables ».

(À la question : c'est le seul cas alors où il y avait une demande de délégation d'autorité parentale dans un contexte de GPA. Cela aurait peut-être pu être une solution? En d'autres termes, accorder l'autorité parentale au lieu la filiation, bien que cela puisse ne pas être considéré comme solution satisfaisante aux yeux des juges de la CEDH ?)

J4:

« Dans les conclusions de l'avocat général des arrêts Mennesson et Labassée il a été suggéré de laisser la porte ouverte à la solution de la délégation de l'autorité parentale ».

J3:

« Oui, mais dans l'état actuel des textes, cette solution n'est pas possible. Il faut avoir un lien de filiation pour pouvoir déléguer l'autorité parentale. Sinon, on ne peut pas déléguer quelque chose qu'on n'a pas. Et si on n'a pas de lien de filiation, il faut nommer un tuteur ».

(À la question : comment se fait-il que le parquet n'ait pas fait appel ?)

J4:

« Il s'agissait d'une affaire très particulière avec des gens qui avaient des relations. Ils sont très connus ».

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 qui n'est pas évidente étant donné que « La Cour de cassation n'est pas là pour faire la morale mais pour trancher en fonction des éléments qui lui sont soumis » (**J1**). Plus précisément, ils statuent en fonction des arguments avancés par les parties, en l'occurrence le Ministère public.

Reprenons les choses chronologiquement, à savoir avant le revirement (partiel) de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 et après :

* Avant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015:

Alors qu'en 2011 il s'agissait de l'atteinte à l'ordre public international (les juges disent avoir souhaité que le refus de transcription soit le moins stigmatisant possible), en 2013 l'argument de fraude à la loi (un homme qui est arrivé avec un acte de naissance mentionnant la gestatrice comme mère légale, ce qui correspondait à la réalité) a été invoqué par le Ministère public, alors que la Cour de cassation « n'est pas allée chercher cet argument ». Mais du coup, la fraude s'applique à tous les cas de GPA et « les Mennesson sont devenus des fraudeurs », alors que la manière de réaliser la GPA était différente. En effet, on notera que la plupart des juges que l'on a rencontrés distinguent entre les GPA faites aux États-Unis de celles faites dans les pays où les gestatrices sont plus fragiles (Inde, Ukraine). Nous avons interviewé deux magistrats qui sont intervenus dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

J1:

« Il faut reconnaître qu'il y a une contradiction en droit français : on fait des recherches en paternité contre des hommes qui ne veulent pas assumer leur paternité (tests génétiques), et là on est en face des hommes dont il n'est pas douteux qu'ils sont les pères biologiques et on leur dit non, vous n'êtes pas le père. ...

Avec la jurisprudence de 2013, on a mis la fraude sur le terrain. La fraude ça sert à ça. Ça sert à écarter les effets juridiques des situations qui devraient normalement les produire ».

(À la question : alors les Mennesson n'ont pas eu les passeports et cartes d'identité ? à cause de la médiatisation ?)

« C'est tout à fait possible.

Il y a aussi des Français qui se marient aux US et qui ne demandent pas la transcription aux consulats français aux US. Il n'y a pas de problème.

C'est pour ça quand on nous dit que ces pauvres enfants sont les fantômes de la République ce n'est pas complètement vrai.

On avait dit en 2013 que la filiation ne peut produire aucun effet. On ne l'avait pas dit dans l'affaire Mennesson car on n'avait pas besoin de le dire. En fait, pour les Mennesson, les arrêts suivants (sept 2013) leur ont rendu un très mauvais service : quand on a eu l'affaire Mennesson, on a

tenu à ce que la raison de refus de transcription soit la moins stigmatisante possible- on n'a pas parlé de fraude ni d'indisponibilité de corps humain ».

(À la question : à l'époque, vous avez évoqué la possibilité de justifier ce refus par la fraude ?)

« Ce n'était pas nécessaire. On a dit : il y a une bonne raison : en droit français l'acte de naissance doit indiquer la femme qui accouche. Dans cette affaire, Mme Mennesson, indiquée sur l'acte de naissance, n'a pas accouché. On a dit : ça c'est impossible, c'est contraire à la conception française de l'ordre public international. On ne peut pas reconnaître de filiation. La fois suivante ce sont des hommes qui sont arrivés avec un acte de naissance indien- on ne pouvait plus rien dire car la mère légale était la femme qui a accouché- là on a dû trouver une autre raison et c'était la fraude. Mais du coup, la fraude s'applique à tous les autres cas, aux Mennesson aussi, ils sont devenus des fraudeurs. Alors qu'on peut considérer que, sur le plan éthique, ce n'est pas tout à fait la même chose d'aller aux US (même si on peut émettre des réserves sur ce qui se passe là-bas) et de revenir avec un jugement, et d'aller en Inde ou en Ukraine et enfermer des femmes comme des volailles pendant 9 mois... mais on ne peut pas faire la différence (en droit), donc du coup tout le monde est devenu la même chose- des fraudeurs. Dans l'affaire Mennesson, on avait pu éviter de les stigmatiser. La circulaire Taubira n'a alors plus de sens- car elle dit qu'il faut donner d'effets à la filiation maternelle et paternelle produite à l'étranger, sauf que nous (Cour de cassation) on dit : il y a une fraude donc on ne peut pas donner d'effets. La fraude c'est une notion très particulière en droit, ce n'est pas la fraude fiscale par exemple : la fraude fiscale qui consiste à ne pas déclarer ses revenus n'est pas une fraude, c'est quelque chose qui est interdit par la loi. La fraude est une habileté qui consiste de faire quelque chose qui est totalement permis, mais pour obtenir un résultat qui est ne l'est pas. C'est très habile car, comme le juge fait respecter la loi et que l'acte établi est conforme à la loi, pour établir la fraude c'est le juge qui enfreint la loi en lui laissant produire des effets...

À titre personnel, je n'ai pas d'objection pour que ces enfants puissent vivre normalement en France. Le problème commence si on nous oblige à leur reconnaître la filiation... donner la nationalité sans la filiation n'est pas cohérent, mais bon... ».

(À la question : est-ce possible que la jurisprudence de sept 2013 a influencé les services administratifs pour aboutir à ce qu'ils refusent des demandes de passeports ?)

« Oui, car il s'agit désormais de la qualification de fraude à la loi. Ils ne font qu'appliquer la loi, qui intègre la jurisprudence de la Cour de cassation ».

(À la question : donc ils n'ont pas appliqué la loi en donnant, avant sept 2013, des passeports ?)

« Avant sept 2013 il y avait une ambiguïté, une zone grise.

À la Cour de cassation, on peut avoir des positions personnelles, mais la position est toujours celle de la Cour et il y a le secret du délibéré. Il est impossible de savoir. Moi je sais qu'il y a des collègues plus favorables que d'autres, mais ça ne peut pas se dire. En général, dans la haute magistrature, il y a un courant conservateur, des gens qui sont très opposés... dans le milieu des magistrats, il n'y en a pas beaucoup qui sont pour. La plupart sont comme moi, c'est-à-dire pas virulents d'un côté ou de l'autre, choqués par certaines pratiques plus que par d'autres... en plus, nous à la Cour de cassation, on est plus contraints que d'autres, car on ne décide pas sur la GPA mais sur le cas qui nous est soumis avec les moyens qui sont opposés ».

(À la question : tout cela va-t-il encourager ou décourager les gens à faire une GPA à l'étranger ?)

« Je ne sais pas, mais le but de notre jurisprudence est de les décourager ».

J2:

« La Cour de cassation a été confrontée en 2011 à trois affaires de conventions de GPA conclues par des couples hétérosexuels aux US : la Cour a conclu qu'il y avait une atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes car la mère légale était la mère d'intention, et pas celle qui a accouché. Cela s'inscrit aussi dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation de 1991- atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain- et c'est la raison pour laquelle cette disposition légale est d'ordre public, c'est un interdit très fort.

En septembre 2013 il s'agit des affaires de convention de GPA conclue par un homme en Inde (plus compliqué du point de vue du droit des femmes car il n'y a pas de jugement ou de contrôle de l'État sur les conditions de réalisation comme aux US), la CA nous dit que le tout a coûté 1.500 euros (!), la CA avait conclu à l'existence d'un contrat de GPA. Cette appréciation des faits est souveraine (nous, Cour de cassation, on n'a pas les éléments de fait). On ne peut pas invoquer les mêmes principes qu'en 2011 car sur l'acte de naissance la mère légale est celle qui a accouché- pas de violation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. C'était donc une demande de transcription de la réalité. L'acte est conforme à la réalité biologique. Si on acceptait la transcription cela voudrait dire : qu'il suffit d'aller faire ailleurs ce que la loi nationale prohibe en France ; qu'on est tenu par le fait accompli ; que le juge doit jouer le rôle du législateur ; que les interdictions d'ordre public peuvent tomber etc. On a réfléchi à tout cela, et finalement on a décidé de dire que la Cour de cassation n'est pas là pour valider. On n'a pas accepté la demande de transcription en invoquant la fraude. En droit international privé on peut s'opposer à la traduction juridique d'une situation créée à l'étranger soit par l'argument de l'ordre public international soit par la fraude. On ne pouvait pas invoquer l'ordre public

international (qui consistait, jusque-là, dans le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, il aurait fallu aller chercher un autre principe, mais ce n'était pas invoqué dans notre dossier, on ne peut décider que sur ce qui nous est soumis), donc on a utilisé la fraude pour poursuivre la jurisprudence, surtout que l'élément qui nous a été fourni dans ce dossier était la fraude. Ce n'était pas nous qui sommes allés chercher le principe de la fraude, c'était le Ministère public. Il y avait deux dossiers : dans le premier il y avait un pourvoi du procureur général près la cour d'appel, dans l'autre il y avait un pourvoi du requérant, l'homme demandeur à la transcription. Les deux arrêts de la cour d'appel de Rennes étaient en effet en sens contraire. À l'époque, la doctrine parlait aussi beaucoup de fraude à la loi, car les auteurs vont chercher à l'étranger ce que la loi française prohibe, mais jusqu'alors, la Cour de cassation n'avait pas retenu la fraude, qui n'avait peut-être pas été invoquée. En 2013, l'argument de la fraude a été expressément invoqué par le ministère public. On ne pouvait plus fermer les yeux, on voulait être dans la continuité et la fermeté de la jurisprudence tout en s'adaptant à une situation qui est différente, selon ce qui a été invoqué dans le dossier. Il n'y avait pas une volonté de durcir la jurisprudence ».

(À la question : cet argument de fraude est efficace car il peut s'opposer aux effets d'un acte étranger, traduit et apostillé. La transcription n'est pas obligatoire mais pratique. La fraude a mis à plat les choses, son invocation était quelque part inévitable ?)

« On n'a pas prévu l'attitude de l'administration ».

(À propos du commentaire: en fait, l'administration s'appuie sur vous pour aller plus loin...)

« Oui, ce qui n'avait pas réellement été anticipé.

Pour mobiliser la fraude, il faut quand même atteindre un certain degré d'atteinte à l'ordre public. L'insémination avec donneur est une pratique médicale encadrée en France, contrairement à la GPA qui est interdite. Donc même si l'insémination avec donneur n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels, il n'y a pas d'atteinte à nos valeurs essentielles, telles que l'interdiction de la marchandisation du corps. On n'est pas dans le même ordre de gravité. En plus, on est allé lire les intentions du législateur. On a donc regardé les travaux préparatoires à la loi du 17 mai 2013 et on a compris que le législateur a admis l'adoption dans les couples de femmes, alors qu'en ce qui concerne la GPA, l'intention du législateur était de maintenir l'interdiction. On ne pouvait pas ne pas respecter la volonté du législateur. On peut combler les lacunes mais on ne peut pas aller à l'encontre de la volonté du législateur ».

(À la question : est-ce que pour vous le recours à la GPA à l'étranger, dans les pays où elle est autorisée, est illégal ? Où mettez-vous le curseur ?)

« Le curseur de légalité de la production des effets des actes commis à l'étranger est l'ordre public international, avec une mobilisation éventuelle de la fraude. Le refus de transcription est justifié si nos principes essentiels sont heurtés ».

(À la question : prenons le cas d'une personne qui va aux US, conclut un contrat de GPA et revient en France avec l'enfant ; elle ne demande pas la transcription, en d'autres termes, utilise l'acte de naissance étranger. Est-ce que cela est illégal ?)

« Non, ce n'est pas illégal, mais la situation est très complexe, surtout du point de vue administratif. À la Cour de cassation, on a pensé à leur situation et nous avons conclu qu'il y avait une vie familiale, que les enfants vivaient avec les parents d'intention en France, que personne ne leur interdit l'autorité parentale ou leurs droits à la Sécurité sociale ou à l'école. D'autre part, il faut qu'on exerce notre rôle de contrôle pour marquer les interdits. On interdit la transcription qui matérialise la filiation, mais pour le reste il n'y a pas de différence avec d'autres enfants. On veut montrer qu'on n'est pas d'accord, mais on ne peut pas empêcher, heureusement, les gens de vivre ensemble ».

(À la question : pensez-vous que cette position va décourager les gens de faire une GPA lorsqu'il y a un vrai désir d'enfant ?)

« Non, mais en l'état du droit, le législateur français ne veut ni l'autorisation de la GPA, ni la transcription ».

(À la question : en d'autres termes, la Cour de cassation se trouve « poussée contre le mur » ? En tout cas c'est l'impression que cela donne).

« Tout-à-fait. On est coincé entre la CEDH (dont la jurisprudence a valeur supranationale) et un législateur qui nous dit non. On veut aussi, à la Cour de cassation, ne pas être un gouvernement de juges, de ne pas rentrer dans cette logique de « on sait ce qui est bon et on décide ». C'est très important pour nous. On est très vigilant sur la volonté du législateur.

Le message est clair : c'est le refus de l'instrumentalisation permanente, devant le fait accompli. Il y a des situations où on est obligé d'être ferme, tant pis. C'est aussi une manière de dire que le législateur doit prendre ses responsabilités. La balle est dans son camp.

Je pense que, même si on décidait de transcrire, on n'a pas fini face à toutes les situations qui vont se présenter.

C'est vrai que l'opposition entre les États est très importante mais la situation actuelle est insatisfaisante, car les gens vont en Inde ou en Ukraine et nous, on est devant le fait accompli.... D'un point de vue judiciaire c'est difficile.

Nous, les pourvois, on ne va pas les chercher... Si le Ministère public avait décidé de transcrire, on ne serait pas avisé de tout cela. La Cour de cassation n'est pas là pour faire la morale, mais une fois qu'il y a un dossier, elle est obligée de trancher en fonction de ce dont elle dispose.

La GPA est un sujet très difficile : la Cour de cassation veut respecter la volonté du législateur et les principes essentiels du droit français, mais on est loin de dire que ce sont des situations faciles. On n'a pas la solution non plus ».

* Le revirement (partiel) effectué par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015:

Voici la perspective de l'un des magistrats ayant contribué aux arrêts du 3 juillet 2015.

J5:

« Il y a quand même quelque chose d'assez intéressant en France : le rôle du législateur et de la Cour de cassation. Finalement, la loi n'interdit pas vraiment la GPA ; elle se contente de dire que les conventions de GPA sont nulles. Alors qu'en matière d'inceste, il est légalement interdit d'établir une filiation incestueuse. Ce n'est pas la même chose. Pour la GPA on dit que les conventions sont nulles mais on n'interdit pas d'établir la filiation. Pour les arrêts du 3 juillet 2015, la filiation établie aurait été la même, même sans convention. Au fond, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a empêché l'établissement de la filiation, ce n'est pas la loi française elle-même. Le législateur lui-même n'a pas de position aussi ferme et générale que l'on pense. Il a rendu nulle la convention, pas la filiation.

Nous étions saisis de pourvois contre deux arrêts de la Cour d'appel de Rennes (les dossiers qui remontaient de Nantes). Il s'agissait de la transcription sur les registres d'état civil français de deux enfants nés en Russie d'une mère russe (on ne sait pas d'où venaient les ovocytes mais la femme qui a accouché est russe) et de pères français dans ces deux affaires ; les deux pères ont fait dans chaque cas une reconnaissance préalable de paternité. Donc au regard du droit français c'était bien le père dans les deux cas.

La CA de Rennes dans une de deux affaires a refusé la transcription dans l'état civil en estimant qu'il y avait une convention de GPA. Elle s'est donc alignée sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérait qu'à partir du moment qu'il y avait une convention de GPA cela empêchait une transcription dans l'état civil en raison de la fraude ; il n'y a même pas besoin de se demander si cela est la réalité- si la mère légitime a accouché etc. Impossible de transcrire sur l'état civil français.

Dans l'autre affaire dont les faits sont similaires, la CA a au contraire transcrit l'acte de naissance car, entre les deux affaires, il y avait les arrêts de la CEDH, dont la CA a tenu compte.

La cour de cassation a donc été saisie de ces deux pourvois en sens contraire et a considéré que l'argument selon lequel il y avait une convention de GPA ne pouvait pas empêcher l'art. 47 du code civil de se voir appliquer (selon cette disposition, on doit prendre en compte en France les actes établis régulièrement à l'étranger) ».

(À la question : le ministère public a-t-il demandé l'annulation en raison de la fraude ?)

« Oui.

L'arrêt de la Cour de cassation ne dit pas en effet que la transcription est obligatoire. Il se contente de dire qu'on ne peut pas la refuser parce qu'il y a une convention de GPA, il ne dit pas plus....

À terme, il y a aura une pression pour que cette inégalité cesse, car effectivement on ne peut pas considérer que le père d'intention est bien le père sur l'état civil alors qu'on fait toujours apparaître sur l'état civil la femme qui a accouché alors qu'elle n'avait pas fourni les ovocytes et que de toute manière elle n'a pas l'intention d'élever l'enfant. Un jour cela posera problème, mais ce n'est pas une conséquence immédiate de nos deux arrêts. Nos deux arrêts disent simplement « si l'acte de naissance établi à l'étranger apparaît conforme à la réalité il faut transcrire ». Le problème est de comprendre ce que l'on entend par « réalité ». Pour nos conseillers à la Cour de cassation la réalité était considérée par rapport aux règles du droit français, à savoir que c'est la mère qui a accouché. Mais on pourrait s'imaginer que la notion de réalité de l'art.47 soit la réalité par rapport au droit étranger ; si le droit étranger considère que la femme qui a fourni les ovocytes est la mère ce serait alors la réalité au sens du droit étranger. Mais je crois que dans l'esprit de la plupart des conseillers à la Cour de cassation ce n'est pas la réalité.

De toute manière, dans les affaires dont on a été saisis, la femme qui a accouché était la mère légale ; donc c'était « la réalité ». Il n'y avait pas de problème. Mais le problème se posera lorsque l'acte de naissance fera apparaître non pas la femme qui a accouché mais la mère d'intention ».

(À la question : pourrions-nous dire que ce virement partiel de jurisprudence était-il quand même largement influencé par les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ?)

*« Oui, tout à fait, c'est sûr. Toute la question était de savoir quelle était la portée de ces arrêts, il y avait une grande discussion. Ce que je peux raconter, car c'est dans le rapport public, est que si on prend les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, ils n'imposent pas nécessairement, à mon avis, la transcription des actes d'état civil, même à l'égard du père, car ce que condamne la CEDH c'est l'impossibilité de transcription d'une part et l'impossibilité d'établir la filiation d'une autre manière d'autre part. La jurisprudence de la Cour de cassation était que l'existence d'une convention de GPA s'oppose à la possession d'état, à l'adoption, à la transcription, à la recherche de paternité ou de maternité, à la reconnaissance. C'est tout cela ensemble qui a fait que la CEDH a condamné la France. On pouvait explorer soit la voie de la transcription de l'acte de l'état civil, soit la voie de l'établissement de la filiation par une autre façon. Les deux étaient compatibles, à mon avis, avec la jurisprudence de la CEDH. La Cour de cassation a retenu la voie de la transcription ».*

(À la question : le choix de la transcription a été retenu car cela permet de ne pas changer les textes ?)

« Oui. D'abord, il n'y a rien à changer car il faut se rappeler que c'était la Cour de cassation elle-même qui a apporté des limitations à la reconnaissance des enfants ; elle a ainsi levé un verrou qu'elle a elle-

même installé. Ensuite, car l'établissement de la filiation par une autre voie se heurtait à des difficultés de droit international privé ».

(À la question : dans quelle mesure ?)

« Parce qu'en ce qui concerne la mère notamment, la loi applicable en ce qui concerne la recherche en maternité de la part de l'enfant est celle de la femme dont on chercherait à établir la filiation, ce qui conduirait alors aux yeux du droit français à retenir la loi de la femme qui a accouché qui n'a pas la nationalité française, elle est étrangère. Il va falloir appliquer la loi d'un autre pays et du coup, cela peut amener à désigner la femme qui est la mère d'intention et on retomberait sur le problème de l'atteinte à l'ordre public français. Cela devient très compliqué, comme c'était analysé dans le rapport.

On savait que cela allait arriver. Le 3 juillet, on avait le cas le plus simple finalement, concernant la paternité légale. Au sens du droit français cela correspondait à la réalité, le père et la mère désignés dans l'acte étaient les père et la mère de l'enfant. Finalement, ce n'était pas compliqué. Maintenant que l'Assemblée plénière a posé un principe, c'est à la 1^{ère} Chambre civile d'en faire l'application. La difficulté est qu'il règne une incertitude après les arrêts de l'Assemblée plénière ; la 1^{ère} Chambre civile devra trancher les choses, malgré l'incertitude. En même temps je pense que pour beaucoup de gens cette incertitude n'en est pas une : la réalité est interprétée au sens du droit français. Je pense que cette solution est viable pour un premier temps, mais que les choses évolueront lentement ».

(À la question: les juges de l'Assemblée plénière ont pris cette inégalité en considération, ils savaient qu'un jour ce problème sera soulevé, mais se sont contentés de trancher sur l'affaire qui leur était soumise, à savoir un problème de filiation paternelle ?)

« Oui.

Le cas de figure qu'on avait ne posera pas de problème. Même là, la notion de fraude est discutable, sur le plan rationnel j'ai du mal. C'est l'acte qui correspond à la réalité au sens du droit français. Certes, il y a eu un accord avant et la gestatrice n'avait pas l'intention de garder l'enfant, mais si on commence à vérifier les intentions... dans aucune autre affaire de filiation on regarde quelle est l'intention de la femme qui a accouché de l'enfant ».

Enfin, notre équipe s'est interrogée sur le « dialogue des juges », entre autres entre la Cour de cassation et la CEDH (le juge national a l'obligation d'appliquer la jurisprudence de la CEDH)⁴⁷⁴. L'influence est plus prégnante entre la CEDH et la Cour de cassation qu'avec les juges du fond. Depuis septembre 2014, le nouveau premier Président de la Cour de cassation a prévu des réformes, entre autres pour développer le rapprochement avec d'autres institutions, notamment en ce qui concerne les relations entre la Cour de cassation et la CEDH (il y a d'autres groupes comme celui entre le Conseil d'État et la Cour de

⁴⁷⁴ Art. 46 de la Convention européenne des droits de l'homme.

cassation). C'est une procédure prévue pour les affaires qui concernent deux juridictions et qui impliquent la mise en commun de la documentation et des réunions entre les chefs de juridictions.

Par ailleurs, les magistrats nouvellement nommés à la Cour de cassation doivent effectuer un stage de quelques jours à la CEDH avant leur entrée en fonction.

4.7. Les États

Dans aucun des quatre pays étudiés, il n'y a de loi sur le recours à l'étranger à la GPA, mais toutefois des guidelines en Israël, qui peuvent être considérés comme une première tentative, un premier modèle, de faible juridicité dans la mesure où elles ne sont pas publiées. Cependant, en France, en raison du caractère illicite de la GPA sur le sol national, cela semble avoir une dimension politique, à laquelle les juges sont confrontés, *in fine*, alors qu'ils souhaiteraient au contraire que le législateur assume ses responsabilités ; on rappellera que c'est également la volonté qui se dégage du rapport Détraigne --- Tasca⁴⁷⁵.

Que les États aient prévu un cadre légal pour la GPA sur leur sol national ou non, ils sont tous, par hypothèse, débordés par le recours à la GPA réalisée librement à l'étranger. Au contraire, le détournement d'adoption est plus difficile à organiser (sauf trafics d'enfants sur lesquels on a peu de visibilité).

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**, d'après plusieurs personnes interviewées, « *The HFEA is still reluctant to get involved with surrogacy* ». Cela n'a rien d'étonnant si l'on observe le régime britannique interne de la GPA, où 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.

Les premiers israéliens qui, à partir de 2005, ont eu recours aux services de gestatrices étrangères, ont forcé des autorités, particulièrement les ambassades qui n'y étaient pas préparées, à résoudre le problème du retour des bébés en Israël. Les personnes interviewées ont décrit les actions des parents d'intention israéliens comme mettant au défi les autorités, avec une politique du fait accompli, sans support légal et sans demander *a priori* la permission de réaliser une GPA à l'étranger. Il s'agissait en fait de demander *a posteriori* la nationalité pour des bébés déjà nés. Comme l'ont décrit plusieurs conseillers juridiques :

⁴⁷⁵ V. *supra*.

CJP1:

« It came to us while there were already children standing on the doorstep, meaning, we weren't in some academic debate about how to address the phenomenon, and that's part of the difficulties in dealing with it, that in the end it's about children so we have to decide what to do ».

CJP2:

« If I recall correctly, I simply received a call from our Embassy in India and they said- listen, we don't know what to do, people are showing up here with preemies... what do we do? They are saying it's surrogacy... something... -- and then we didn't know what... I mean, it's like the first time you encounter it ».

CJP3:

« The first requests we received came from Israelis at Israeli consulates abroad who would come and say 'I have a child that was born here'. The first case was in India and in India you cannot enter without a visa, and the children don't receive a travel document. So they would come with a child and say 'I have a child, allow us to bring this child to Israel, give him an Israeli passport, register her as my child' ».

Des délibérations conduites par le Ministère de la justice, en collaboration avec le Ministère de l'Intérieur, le Ministère de la santé, le Ministère des affaires étrangères, et le Ministère des affaires sociales, ont débouché sur une décision selon laquelle, comme la loi israélienne ne prohibe pas la GPA internationale, elle est autorisée. Comme l'explique l'un des conseillers juridiques :

CJP:

«The legal status, as I understand it, is as follows... We have the Surrogacy Law in Israel...The Law is applied, like every law, territorially [meaning – in Israel]. So, it's obvious that all limitations bound within the law do not apply, in my opinion, to surrogacy abroad; it is clear to me that a person does not need to go through our committee of approval and all of those things. I mean, I do not think that I can say that surrogacy that is done abroad is violating the Israeli Surrogacy Law ».

Ainsi, des guidelines non publiées ont été émises par les ambassades (probablement début 2011, sans que l'on puisse avoir de date précise), et celles-ci sont suivies depuis. Les personnes interviewées ont décrit une intense collaboration et coordination, qui continuent entre les différents ministères, étant conduite principalement par les conseillers juridiques. Bien que chaque ministère souligne différents angles (par exemple, le Ministère des affaires étrangères est concerné par les obligations diplomatiques israéliennes ; le Ministère de la justice par les standards internationaux liés au trafic d'humains ; et le Ministère de l'Intérieur par la prévention de l'immigration illégale en Israël), les conseillers juridiques

interviewés n'ont invoqué aucun incident particulier, et ont décrit leur travail harmonieux comme routine, même en période de crise.

En effet, les premières délibérations internes entre les différents ministères ont présumé qu'il y avait un besoin urgent de résoudre quelques cas spécifiques, sans prévoir le développement d'un phénomène massif. Les solutions concrètes sont devenues de précédents qui ont forgé depuis une véritable politique, soutenue par ailleurs par un certain nombre de décisions des tribunaux. Ainsi, la régulation actuelle est le résultat des décisions coordonnées entre les conseillers juridiques des différents ministères, émergeant de solutions *ad hoc*, ensemble avec des décisions des tribunaux et quelques rares arrêts de la Cour suprême, et non d'une politique planifiée et d'une approche normative.

Comme on l'a expliqué⁴⁷⁶, les efforts des conseillers juridiques pour inclure le recours à la GPA à l'étranger dans le mandat du comité Mor-Yosef (pas uniquement le recours interne) ont réussi, mais la proposition de loi n'a pas été votée, en raison d'élections anticipées ayant conduit à l'établissement d'un nouveau gouvernement qui n'a pas poursuivi le projet.

En conclusion, même en présence de guidelines gouvernementales et des décisions de justice qui règlent les situations au cas par cas, nos entretiens soulignent la force de la demande de loi. Par ailleurs, les récentes lois prohibitives des pays qui avaient été d'importants fournisseurs de GPA, ainsi que les avertissements émis par l'État d'Israël qu'il n'assistera pas ses citoyens en cas de recours dans des pays où cette pratique est illégale, ont réussi à arrêter le recours dans des pays où la GPA était pratiquée auparavant. Cependant, la réponse juridique est toujours rétrospective, réaction à des actions engagées par des parents intentionnels et des agences commerciales, et à des situations dans lesquelles les bébés sont déjà nés, et dont l'existence ne peut pas être ignorée.

De manière générale, le fait que la GPA interne soit acceptée légalement et socialement en Israël depuis 1996, que les autorités israéliennes autorisent les demandes d'intégration juridique *a posteriori* de l'enfant (et non préalablement au recours), l'absence de loi, aussi bien au niveau national qu'international, et l'empathie des tribunaux israéliens à l'égard des parents intentionnels, ont conduit comme résultat à une politique permissive, où tous les enfants issus de gamètes de citoyens israéliens et qui ont été conçus par GPA à l'étranger, ont été amenés en Israël et élevés comme citoyens israéliens.

En **France**, presque toutes les personnes interrogées ont émis de doutes sur 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. Ainsi, au terme des entretiens, un consensus semble se dessiner. La majorité des personnes considèrent que de toutes les façons, le recours à la GPA existant, il devient impossible de faire comme si cette pratique n'existait pas et sans doute vain, même pour certains de ses détracteurs, d'essayer de lutter contre. Ce qui n'est pas vraiment abordé, c'est la question de savoir si le fait que cela reste illégal au niveau interne et le fait qu'il existe quelques difficultés, certes mineures, au retour, entraîne certaines personnes à renoncer au projet car, en réalité, on ne voit et on n'entend que ceux qui ont « sauté le pas ».

⁴⁷⁶ V. p. 100 et s.

Nous voudrions maintenant présenter les opinions émises par certaines des personnes interviewées sur le rôle de l'État, puis, dans un deuxième temps, présenter les positions de deux entités publiques importantes, le parquet et la chancellerie.

Tout d'abord, en ce qui concerne la manière dont le rôle de l'État est perçu, plusieurs commentaires méritent d'être relevés :

J1:

« Le droit n'est pas considéré comme il devrait l'être. Les gens ne se rendent pas compte que dans les relations entre les parents et les enfants, le droit c'est important. Ils veulent que le droit vienne après pour concrétiser quelque chose qu'ils ont fait. Ils ne se rendent pas compte qu'une relation parents-enfants fondée sur quelque chose d'illégal ça pose beaucoup de problèmes d'ordre psychanalytique. ...

je n'ai pas dit que c'était illégal, je n'ai pas pensé au cas des Mennesson, j'ai pensé en général au sens de frauder à l'origine d'une relation parents-enfants. Fonder une filiation sur quelque chose qui est interdit en France, ce n'est pas neutre....

il y a une méconnaissance de ce qu'apporte le droit. Un problème d'éducation. Il y a une vague instruction civique mais le droit n'est pas enseigné en tant que tel, sauf pour les étudiants en droit, alors que ça fait partie de la vie, les enfants ont des parents qui divorcent etc. En plus, les sociologues sont très mauvais avec ça, pour la plupart d'entre eux, le droit c'est une norme comme les autres, alors que ça ne l'est pas.

Ce n'est pas illégal d'aller à l'étranger faire une GPA, en revanche, il est illégal de la faire reconnaître en France. Mon opinion est qu'on ne peut pas obliger la France à la reconnaître après. Le fait de revenir en France sans demander la reconnaissance d'un lien de filiation n'est pas légal ou illégal, c'est un fait ».

J2:

« Si le législateur français autorise un jour la GPA, l'encadre, ce cadre sera inévitablement contourné. C'est comme pour l'insémination des femmes. À partir du moment où on encadre, on perd quelque part le contrôle. Au nom de l'intérêt de l'enfant, on serait obligé de valider les contournements ».

A2:

« Si on voulait considérer le fait de la GPA comme une infraction pénale, on aurait pu trouver un élément de territorialité avec tous les échanges qui commencent en France, même par internet. Si on ne le fait pas c'est qu'on ne veut pas, ce n'est pas parce qu'on ne peut pas. Ce serait tenable comme argument, mais je ne pense pas que cela arrivera.

Je pense qu'il y a un tel désir d'enfant que les digues vont lâcher. C'est la sociologie qui va entraîner la loi sur ce problème-là et pas l'inverse. ... Je pense que le curseur de l'ordre public est d'autant plus important qu'il y a d'autres digues qui lâchent, par exemple : on ne contrôle plus la loi qui est applicable par le droit étranger ; pour moi, en matière de GPA, le

point choquant est le sort de la mère porteuse, et c'est là où le contrôle doit être effectué ».

MA1 (membre de l'association CoRP):

« L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 nous a embêtés car il n'a même pas rappelé les grands principes fondamentaux, tel que l'indisponibilité du corps humain... Il faut que la loi précise cette situation, car on se trouve dans une situation de gouvernement des juges.

Ce qui me donne l'espoir est qu'il y a toujours une possibilité de retournement d'opinion, même dans un contexte financier fort, comme pour la prostitution. Malgré le lobby fort et les grands désirs en jeu, cette pratique ancestrale est mise en question par la dernière loi qui pénalise les clients. C'est une véritable bouffée d'oxygène. On a réussi avec des militants désintéressés à bouger les choses.

Du moment où la loi va déclarer que la GPA est contre la dignité des femmes, après il s'agit d'une question technique comment régler les cas présents, le fait accompli. C'est une autre logique. Il faut qu'il y ait un rappel à la loi, un rappel que la France n'est pas d'accord. Il faut protéger l'enfant mais dénoncer la démarche de la GPA. On ne peut pas dire que le contrat est illégal mais que tous les effets sont légaux ».

Quelles sont ensuite les positions des juristes qui travaillent au service de l'État, d'une part le Ministère public (CJP1) et d'autre part la Chancellerie (CJP2 ; CJP3 ; CJP4)?:

Le parcours des parents intentionnels (en couple homosexuel ou hétérosexuel, personnes seules) commence par les consulats de France à l'étranger, sollicités pour obtenir la transcription de l'acte de naissance. Comme le relate une personne travaillant au Ministère public :

CJP1:

« Les premiers dossiers qui sont apparus « dans le monde juridique » dans les années 2000 ont commencé aux USA, surtout à Los Angeles : le consulat s'est interrogé sur ces couples qui ne résident pas aux USA, et pour lesquels, pour une raison curieuse, la maman a indiqué qu'elle venait accoucher aux USA, qu'elle prend l'avion à 8 mois de grossesse... La plupart du temps, c'était comme cela que le couple se présentait. Comme ils se savaient en fraude par rapport à la loi, ils présentaient une version « édulcorée » pour ne pas éveiller les soupçons. Mais inmanquablement, face à des Français domiciliés en France et qui se déplacent à l'étranger sans raison apparente pour permettre à la femme enceinte d'accoucher, cela attire nécessairement l'attention. Sans que les postes consulaires ne soient investis de pouvoir particulier d'investigation, dès lors que ceux-ci sont requis pour transcrire un acte étranger sur le registre d'état civil, ils sont légitimes sous notre contrôle, en raison de la tutelle du parquet de Nantes sur les officiers d'état civil consulaires, à poser quelques questions pour vérifier qu'il n'y a pas eu de fraude à la loi. Pour les premiers dossiers, les couples ont confirmé qu'ils

avaient eu un parcours de stérilité et qu'ils se déplaçaient aux USA pour recourir à un contrat de mère porteuse. À partir du dossier Mennesson en 2000, qui a permis de forger une doctrine, l'ancien responsable du parquet civil à Nantes, a été immédiatement sollicité par le service central d'état civil à Nantes, en tant qu'interface avec les postes diplomatiques. En retenant la fraude, il a ordonné tout de même la transcription des actes de naissance tout en suspendant leur exploitation. Cela revient à ne pas délivrer les actes aux parents d'intention, et donc à ne pas les inscrire dans leur livret de famille. Il a ensuite transmis le dossier au parquet de Créteil, compétent à raison du domicile des époux Mennesson sur le fond du contentieux, c'est-à-dire sur la question de la filiation. Le procureur de la République de Créteil a donc demandé l'annulation partielle de la transcription des actes de naissance car ceux-ci laissaient apparaître Madame Mennesson comme mère légale alors qu'elle n'avait pas accouché. Cette procédure a ensuite connu un parcours long et complexe allant jusque devant la Cour de cassation.

Avant 2000, avant les Mennesson, c'est le point aveugle car aucun des acteurs de la chaîne n'était assez sensibilisé à ce tourisme procréatif. Je n'ai donc pas de souvenirs antérieurs à l'affaire Mennesson. Mais il est évident que de nombreux couples sont passés à travers les mailles du filet : en effet, dès lors qu'ils apportent un acte de naissance conforme à l'art. 47 du Code civil, c'est-à-dire rédigé dans les formes locales et que le discours est cohérent (le couple dit qu'il travaille entre la France et les USA, qu'ils ont autant d'intérêts en France que là-bas, voire des français qui sont installés aux USA), les postes ont pu légitimement transcrire. Cela attire moins d'attention pour un couple qui est installé aux USA depuis très longtemps, qui vit là-bas, et qui se soumet à la loi locale. Certes, l'ordre public français est violé mais pas de la même façon. On parle de l'ordre public atténué dans ce cas-là.

Il y a quand même une fraude, ce qui veut dire que la loi n'a pas été respectée, c'est hors la loi quelque part, mais ce ne sont pas les enfants qui sont hors la loi, ce sont les parents qui le sont. Ils sont innocents de ce qui s'est passé. Ce sont quand même des français qui violent sciemment la loi et veulent mettre au pied du mur la France en disant que c'est anormal. On invoque sa propre turpitude.

Il fallait un signal fort pour attirer l'attention sur des comportements qui vont vraiment à l'encontre de la loi française. Ces personnes qui violent sciemment la loi française ont souvent des moyens financiers relativement importants ; ceux qui ont une certaine aisance financière s'autorisent à violer la loi et ensuite invoquent l'intérêt de l'enfant, contrairement à d'autres, également en désir d'enfant mais font face à leur problème d'infertilité en recourant légalement à l'adoption. Notre position s'adresse aussi à ces personnes qu'il convient de respecter ».

Par ailleurs, la doctrine du Ministère public semble avoir évolué au fil du temps :

CJP1:

« Dans un premier temps, il y avait beaucoup de couples hétérosexuels. Puis on a vu arriver des hommes célibataires, parfois officiellement pacsés avec un partenaire de même sexe ou sans indication sur leur statut personnel. À chaque fois, l'idée c'était : oui, je suis allé en Inde parce que je travaille avec ce pays, j'ai fait une rencontre fortuite avec une jeune indienne, on a eu des relations sexuelles, et quelques semaines plus tard j'ai reçu un coup de fil de Mme X qui m'a dit qu'elle portait un enfant de moi, qu'elle ne voulait pas avorter car c'était contraire à ses valeurs... J'ai suivi mes convictions et j'ai assumé mon rôle de père... J'ai reconnu l'enfant à la mairie de mon domicile, j'ai contacté la maman dont j'ai payé tous les frais d'accouchement. D'ailleurs, la maman a contacté un notaire indien devant lequel elle a déclaré qu'elle abandonne ses droits sur cet enfant à naître, et en plus je vous transmets les résultats d'un laboratoire prouvant que je suis bien le père biologique. C'est ce « kit », tout à fait préparé qui a fait évoluer la pratique. Car on s'est dit qu'il était impossible de réserver un sort juridique différent (plus favorable) aux hommes célibataires par rapport aux couples hétérosexuels. Par conséquent, il devenait juridiquement inopérant de contester la filiation maternelle car ce n'était plus une femme française qui figurait dans l'acte, mais une femme de nationalité étrangère (indienne; ukrainienne; russe..). Nous sommes donc partis sur le terrain de la fraude qui affecte donc les deux filiations- maternelle et paternelle, car les deux parents ont ensemble contracté une convention contraire à l'ordre public français. Nous nous sommes fondés sur l'article 3 du Code civil qui dispose que le statut personnel est régi par la loi nationale de chaque personne quel que soit le lieu de l'acte juridique passé, en France ou à l'étranger: le Français doit donc se soumettre à la loi française, même s'il se transporte à l'étranger. Partons de ce constat- là, couple ou personne seule, il y a fraude à la loi ; le fait de se déplacer à l'étranger ne change rien. Partant de ce point de vue, on a conservé à Nantes toute la compétence sur les dossiers de GPA contractées à l'étranger. Nous sommes partis sur une position de refus de transcription, fondée sur la fraude à la loi avec des instructions très claires aux postes consulaires français installés à l'étranger, États-Unis principalement mais aussi l'Inde, la Russie, l'Ukraine, le Canada etc. Nous avons autorisé les officiers d'état civil consulaires à entendre nos ressortissants, voire la mère porteuse si celle-ci l'acceptait et à nous transmettre toutes les pièces d'état civil, afin de disposer des preuves suffisantes en cas de contentieux judiciaire. Le parquet de Nantes a pu parfois donner des instructions de transcription quand les éléments rassemblés par les postes étaient insuffisants sur le terrain de la preuve ».

Concernant l'application de la jurisprudence de la CEDH de 2014:

CJP1 (cet entretien a eu lieu avant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015):
« Est-ce que nous, parquet de Nantes a priori, le parquet le plus impliqué sur la question, sommes obligés par la CEDH de transcrire ? Ma réponse est non. La CEDH ne dit pas que la France doit transcrire les actes. Elle dit qu'il y a eu violation de la vie privée des enfants, et que la France (pas le parquet de Nantes) doit assurer des droits équivalents, quelle que soit l'origine de la filiation. Il faut traiter ces enfants comme les autres. Le lien de filiation est établi par l'acte de naissance étranger. Il n'est pas contesté. Ces enfants, depuis la circulaire Taubira, ont droit au certificat de nationalité française (CNF), ils sont donc français. Ils ont un acte étranger conforme à l'art. 47 du code civil. Tant qu'il n'y a pas eu de jugement français qui dit que l'acte a été obtenu en fraude et qui l'annule ou le déclare inopposable, il est présumé opposable. Une autorité juridique comme un notaire, ne peut pas dire qu'il considère que cet enfant n'est pas français et qu'il n'y a pas de filiation à l'égard du parent décédé parce qu'il n'y a que l'acte étranger. Le droit français accorde une force juridique à ces actes étrangers qui, par eux-mêmes, établissent la filiation. L'enfant vit avec ses parents et a accès à tous les droits. Il n'a pas été démontré que leurs droits ont été atteints. Beaucoup de Français vivent avec des actes étrangers sans transcription et sans que cela ne génère de problème. La transcription n'est pas obligatoire et la CEDH ne peut pas obliger la France à transcrire. C'est une formalité non obligatoire. C'est à l'État, à travers ses administrations, de s'adapter à ces circonstances. Le refus de transcription est ce qui nous reste, au niveau du droit français, pour dire qu'il y a une fraude à la loi effectivement. Le rôle du parquet est de veiller au respect de la loi ; la simple transcription violerait cet interdit légal. Mais évidemment, si la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence de la CEDH, la transcription se fera ». En d'autres termes, il y a deux hypothèses pour accorder la transcription: modification de la jurisprudence de la Cour de cassation ou des instructions de la Chancellerie ».

En effet, Le Ministère public est hiérarchiquement soumis au Garde des Sceaux et donc aux instructions générales ou aux circulaires que ce dernier peut lui adresser dans tel ou tel domaine. Il peut donc y avoir, également en matière civile, des instructions données pour adapter une politique par rapport à une problématique particulière (par exemple, la circulaire de 2010 sur le transsexualisme, selon laquelle le parquet ne doit pas systématiquement réclamer la preuve d'une opération chirurgicale ou solliciter des expertises psychiatriques si les pièces médicales fournies sont satisfaisantes), cette instruction s'impose. Sur certaines autres questions, la direction des Affaires civiles et du Sceau a estimé qu'elle devait transmettre au parquet des instructions de manière à avoir une approche cohérente sur le plan national. Pour tous les autres domaines du droit qui n'ont jamais donné lieu à instructions de la chancellerie, le Ministère public dit agir conformément à la loi, celle-ci étant le seul guide.

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 :

A1:

« Le seul problème est idéologique, il n'est pas juridique. Le fait même de s'opposer à la transcription, qui ne confère pas de droits, montre que c'est idéologique.

Le refus de transcription ne vient pas d'une règle de droit ; c'est une interprétation de l'art. 47 du Code civil par la Cour de cassation, qui a été posée le 6 avril 2011 et réitérée le 13 septembre 2013. Il me semble que le Procureur --- adjoint mène un combat personnel, idéologique en ce qui concerne les couples hétéro et homo à la fois, dès qu'il y a une suspicion de GPA. Sauf qu'il n'est pas juge de cela, il n'a pas la libre disposition d'application de l'art. 47- si les justiciables lui demandent l'application de l'art. 47 et que les conditions sont réunies, à savoir que l'acte de naissance est traduit et apostillé, il ne peut légalement refuser, sauf à décider de manière idéologique en tordant le droit positif⁴⁷⁷ ».

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. C'est ce que dit l'un des juges :

J2:

« On ne peut pas généraliser sur les idées des personnes qui en font partie. C'est un positionnement, on se rend compte que la fonction fait la personne. Ce ne sont pas des militants, ce sont les défenseurs de l'ordre public, c'est une démarche conservatrice parce que leur fonction est de contrôler l'application de la loi. Par ailleurs, c'est très hiérarchisé : il y a le Procureur de la République au sommet, c'est un travail d'équipe et il faut se conformer au Procureur de la République. Globalement, il y a des consignes qui sont données et qui doivent être appliquées ».

L'un des membres du Ministère public nous fait ensuite part de la façon dont il perçoit son rôle :

CJP1:

« On découvre au fil des années la portée du rôle du procureur de la République en matière civile : Il fut un temps où c'était uniquement en matière pénale. On a beaucoup de mal à faire passer des messages, les gens méconnaissent les problématiques qu'on a à traiter. Il y a des dossiers délicats, en dehors de la GPA. Moi j'ai une activité qui ressemble beaucoup à celle du magistrat de siège, je rédige beaucoup d'assignations, de conclusions, car la procédure est écrite. En matière de mariage (on a « la police des mariages ») qui est une des

⁴⁷⁷ Sur l'interprétation de l'article 47, v. p. 68 et s.

compétences nationales du parquet de Nantes qui entraînent des enquêtes judiciaires systématiques. Tout ce qui est projet de mariage d'un français à l'étranger, le Ministère public peut être saisi dès lors qu'il y a une possible fraude ou alors le non-respect de la loi française (minorité, bigamie, mariage par procuration...). Le Consulat connaît bien la loi française et nous saisit pour éventuelle opposition à mariage ou à transcription ».

Donnons ici quelques éléments sur le fonctionnement du Ministère de la justice, plus précisément sur sa composition en « deux étages » : l'étage politique qui prend des décisions d'orientation politique, puis « les petites mains » qui sont les services techniques, qui eux sont divisés en réseaux (par exemple jeunesse, pénitentiaire) qui mettent en œuvre les politiques. La direction des affaires civiles et du Sceau a essentiellement une vocation législative (ses compétences sont fixées par des textes réglementaires), ses membres sont nommés par décrets. Au sein de cette direction, il y a des bureaux qui collaborent à l'œuvre législative. Un des points importants est qu'un certain nombre sont des magistrats, qui font un passage à la Chancellerie avant de partir en juridiction. Il y a des magistrats judiciaires, mais aussi des magistrats administratifs. Les membres de la Direction des affaires civiles et du Sceau se définissent comme des technocrates, qui gèrent les problématiques juridiques qui leur sont soumises. Les réponses qu'ils doivent porter sont d'ordre juridique, pas politique. Ils doivent dire si quelque chose est conforme au droit ou non.

Cependant, même si leur rôle est majoritairement législatif, ils sont aussi en relation avec le parquet. Les propos suivants ont été exprimés dans un entretien collectif ayant eu lieu avec trois membres de la Chancellerie (**CJP2, CJP3, CJP4**):

« En matière pénale il n'y a pas d'instructions individuelles car tout est dans les textes ; en matière civile, il n'y a pas d'instructions individuelles car c'est le choix de la ministre. Elle ne donnera pas des instructions par exemple sur quoi faire avec les Mennesson, mais ce qui est concevable sont des instructions de politique générale, on en fait régulièrement, sous forme de circulaires ou de dépêches, afin de clarifier l'état du droit. Quand c'est une loi il y aura une circulaire ; lorsqu'il s'agit de la jurisprudence ou d'une question de politique générale ce sera une dépêche. Par exemple, lorsque la question de la possibilité d'adoption après une AMP au sein de couples de femmes s'est posée il y avait une dépêche après l'avis de la Cour de cassation de septembre 2014 demandant au parquet de donner des avis favorables dans ces cas. C'est une dépêche de politique générale ».

En matière de GPA, pour la première fois, à la suite de l'arrêt du 3 juillet 2015, une dépêche de politique générale a été diffusée pour dire qu'il est nécessaire de transcrire dans les cas inscrits dans le cadre de cet arrêt. Pour ce faire, il faut un cas de figure identique, en d'autres termes un acte probant. Pour nos acteurs, ce texte ne dit pas plus que « merci d'appliquer l'arrêt de la Cour de cassation ». Jusqu'à l'arrêt du 3 juillet il n'y a jamais eu d'instructions.

CJP2, CJP3, CJP4:

« Quand Nantes s'oppose à la transcription, il le fait tout seul. Le champ d'intervention de la Chancellerie est résiduel par rapport à celui du parquet. Le parquet agit dans le droit commun, il n'a pas besoin d'instructions. C'est quand les choses sont compliquées que la Chancellerie peut parfois donner des instructions ponctuelles. Mais encore une fois, la dépêche du 6 ou 7 juillet ne va pas au-delà de dire d'appliquer cette jurisprudence, on n'a pas donné plus d'instruction que ce qui a été dit par la Cour de cassation ».

De l'avis de ces personnes, 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. Phénomène récent dans sa version actuelle, la GPA continue de diviser et il est difficile d'élaborer une ligne claire.

« En ce qui concerne la jurisprudence de la CEDH, il y a eu une décision politique à savoir de ne pas demander le renvoi en Grande chambre ce qui signifie qu'on s'inscrit dans une logique d'exécution de ces arrêts. Après, il y a eu tout un débat sur l'exécution de ces arrêts ... nous on a une difficulté, qu'on a indiquée à la CEDH, liée à l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour de cassation qui ont été condamnés par la CEDH. La transcription des actes des Mennesson et des Labassée pose un problème en raison de l'autorité de la chose jugée. Plus concrètement, si en matière pénale il y a une procédure de révision permettant de revenir, suite à une condamnation de la CEDH, sur ce qui a été dit par la Cour de cassation, cela n'est pas le cas en matière civile, on n'a pas l'équivalent procédural.

En réalité, les arrêts de la CEDH ont un effet juridique vis-à-vis des États qui doivent prendre les mesures nécessaires pour que la législation etc. soit conforme aux arrêts de la CEDH ; à défaut il y aura une condamnation pécuniaire. Mais on ne peut pas, sur la base de l'arrêt de la CEDH, demander que soit rejugée une affaire. Ce qui pose en matière civile un certain nombre de difficultés, car peu importe la position tenue par la CEDH ; revenir en arrière reviendrait à remettre en question l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour de cassation. Se pose alors la question de savoir s'il faut instaurer une procédure pour ce cas de figure. Ce cas de figure est lié à la question du remède. S'il s'agit d'une indemnisation cette question procédurale ne se pose pas ; on indemnise et le dossier est clos. Par exemple, en matière civile familiale on a déjà été condamné en matière de succession (ex : enfants adultérins- discrimination) – cela a donné lieu à une indemnisation. Ça se résout. C'est rare que quelque chose ne puisse pas se résoudre par l'argent, comme la question de la transcription.

La transcription n'est pas possible dans tous les cas. Pour les Mennesson, concrètement, il y a eu une décision de refus dans l'ordre juridique interne ; cette décision a autorité de la force jugée et ne concerne

qu'eux, pas les autres affaires qui sont en train de remonter à la Cour de cassation.

Il y avait un cas avec une problématique semblable, mais qui a été résolu : celui du transsexualisme ; à l'époque, on ne s'est pas posé cette question. En 1992, la France a été condamnée par la CEDH pour un refus de changement de sexe ; la question de la modification de la mention de sexe était en cause. On a modifié sans prévoir une procédure spéciale et on ne s'est pas posé cette question.

Ici, on est dans un rare cas en matière civile où il y a une atteinte à un droit fondamental, car il s'agit du droit à l'identité de l'enfant.

Le problème concernait la transcription dans les registres d'état civil français d'une pratique interdite en France. Cela, pour laisser un sens à l'art. 16-7. Le dernier rempart. C'est la raison pour laquelle, nous, au lendemain des arrêts du 26 juin 2014 de la CEDH, on s'est posé la question de savoir s'il n'y avait pas une autre solution que la transcription pour sécuriser la situation de l'enfant. Mais c'était trop compliqué, car cela nécessite des changements législatifs.

En tout état de cause, des explications devront être données à la CEDH concernant la manière dont leurs arrêts sont appliqués en France. Un bilan de l'exécution des États devra être dressé ».

Enfin, à ce jour, les actes de naissance des jumelles Mennesson n'ont toujours pas été transcrits sur les registres français. : le 3 décembre 2015, le Tribunal de Grande instance de Nantes a écarté l'argument du parquet sur l'autorité de la chose jugée et a donné suite à la demande de mettre en conformité l'état civil des filles Mennesson avec l'arrêt de la CEDH. Cependant, le 9 décembre 2015, le parquet de Nantes a fait appel de cette décision⁴⁷⁸.

4.8. La société civile

Il faut en premier lieu distinguer l'opinion publique, sur laquelle on sait fort peu de chose, de la société civile, ou plutôt la « société civile organisée », soit l'ensemble des ONG s'intéressant à la question, sur laquelle il est plus facile d'avoir des éléments.

Concernant l'opinion publique, notre groupe de recherche n'a obtenu quasiment aucun résultat, sauf en **France**. Dans ce pays, on dispose d'un sondage IFOP⁴⁷⁹ réalisé du 29 septembre au 1er octobre 2014 auprès d'un échantillon de 1.000 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. Il convient de relever que ce sondage a été réalisé sous l'impulsion de l'Association des familles homoparentales (ADFH), qui milite pour une « GPA éthique ». Selon ce sondage, la majorité des personnes interviewées (55%) serait favorable à l'autorisation de la GPA dans un cadre réglementé. 51% des sondés approuvent la décision de la CEDH ayant condamné la France parce qu'elle refusait de transcrire dans son état civil les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par mère

⁴⁷⁸ <http://claradoc.gpa.free.fr/index.php?page=histoire>

⁴⁷⁹ *Les Échos*, « GPA : la majorité des Français favorable à l'autorisation de la GPA dans un cadre réglementé », 5 octobre 2014.

porteuse. Toujours selon ce sondage, six personnes sur dix (61%) considèrent qu'un couple d'homosexuels ou de lesbiennes vivant avec ses enfants constitue une « famille à part entière ». Quelque 54% des sondés considèrent qu'un enfant peut s'épanouir de la même manière dans une famille avec deux mères, 52% avec deux pères, des chiffres stables par rapport à une précédente enquête de mars 2013. Enfin, 64% des sondés ont une bonne image d'une femme qui accepterait d'être gestatrice sachant qu'elle ne porterait pas son propre embryon, dès lors qu'elle interviendrait dans un cadre réglementé et qu'elle choisirait de porter l'enfant d'un couple infertile.

En **Israël**, dans un sondage réalisé pour le journal *Haaretz* en 2013⁴⁸⁰, 64% étaient pour et 29% étaient contre la possibilité d'accès aux couples homosexuels à la GPA interne. On constate aussi l'importance du rôle des célébrités dans l'acceptation par l'ensemble de la société « s'ils le font, alors qu'y a-t-il de mal à ça ? ». Cependant, ce qui a été appelé en Grande Bretagne the « *Elton John effect* » peut provoquer un sentiment que ces célébrités ont les moyens de « s'acheter » des enfants, ce qui peut aussi discréditer la GPA. Cela est clairement ressorti, notamment dans les entretiens en **Grande Bretagne** :

TS2:

« I think there is a growing acceptance of surrogacy. Thinking back many years, to the early 90s there were very few favourable views towards it – now there has been quite a major shift in attitudes – very definitely. Celebrities play a role in this. It is becoming much more acceptable generally. Also by politicians, the media as well as fertility professionals. 'Most clinics now would not bat an eyelid' if asked to do surrogacy.

Is this also related to gay rights, equality legislation? Gay People now doing this very openly – e.g. Elton John. "People think if they are doing it, then what's wrong with it." When I first started researching this my mother said– can't you do something more respectable! Now this has changed ».

TS1:

« Cultural acceptability of surrogacy? Certainly for some it became a matter of fact – it's now on peoples' radar, 20 years ago this was not so. There has been an influence of high profile cases – the Elton John effect. Has been very much a change, but there is still an element of the « Yuk factor » – maybe less so than with donor sperm ».

A3:

« It is seen in the media as commodification especially with same sex couples. It is associated with the celebrity who is spoiled with an easy life ».

⁴⁸⁰ *Haaretz*, 15 décembre 2013.

Concernant la société civile organisée, 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**, plusieurs associations agissent:

➤➤ *Israel National Council for the Child, Hamoaza Leshlom Hayeled* (principale ONG impliquée dans les aspects juridiques à l'égard des enfants); l'activité de cette association ne concerne pas véritablement la GPA, sauf l'affaire mentionnée du père intentionnel pédophile⁴⁸¹.

➤➤ L'association féministe à Haïfa, *Isha L'isha* (Woman to Woman), qui parmi d'autres sujets de société qui concernent les femmes (telles que la justice, la prostitution etc.), s'est consacrée à la GPA. L'association a publié en 2010 un rapport d'état des lieux de la GPA en Israël, présenté par Nuphar Lipkin et Eti Samama⁴⁸² :

« It is our belief that perceiving pregnancy and childbirth for another couple or individual solely as a financial business transaction is inappropriate and unthinkable. The fact that surrogacy is a complex relationship which might be fertile ground for harm and exploitation must be recognized, especially when private organizations with financial interests are allowed to become involved. We believe, that surrogacy in Israel should be prohibited. In the least, surrogacy must not be allowed to become an accepted, routine procedure, and should provide a solution only in rare, very extreme cases ».

L'organisation reste très critique devant la GPA, et œuvre désormais pour que les conventions soient altruistes, dépourvues de dimensions commerciales⁴⁸³.

➤➤ Des associations pro-gay qui soutiennent le recours à la GPA à l'étranger, telle que « *Men Having Babies* »⁴⁸⁴.

Il semble que ces deux dernières positions conflictuelles se rapprochent progressivement. Les associations pro-gay ont commencé récemment à initier un discours de « GPA éthique » et de « GPA responsable » dans l'objectif d'assurer une démarche légale, volontaire et digne pour toutes les parties impliquées⁴⁸⁵. En attendant, il semble aussi que les féministes israéliennes acceptent la GPA, notamment le recours à l'étranger, comme une donnée qui ne peut pas être éliminée ; ainsi, elles ont déplacé leur discours d'une approche abolitionniste qui n'existe plus en Israël, en faveur d'un débat sur la liberté du choix, le

⁴⁸¹ V. p. 92.

⁴⁸² http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

⁴⁸³ Pour *Isha L'isha*, voir <http://isha.org.il/english/>.

⁴⁸⁴ Voir, par exemple, leur implication dans la « foire de la GPA » de 2015, <http://www.menhavingbabies.org/surrogacy-seminars/israel-2015/hebrew/>

⁴⁸⁵ Voir <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/GovInfo/Documents/tp230216.pdf>; <http://www.r-surrogacy.org/%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%A4%D7%A8%D7%95%D7%99%D7%A7%D7%98-2/>

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 enfants⁴⁸⁶.

Dans l'ensemble, ces associations 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.

Il est intéressant de noter que les tentatives d'engager un contact avec la communauté internationale n'étaient pas uniquement réalisées par des acteurs officiels. Deux chercheuses -- activistes féministes notables, Hedva Eyal et Carmel Shalev, ont été impliquées dans la réunion internationale à la Haye, afin d'encourager une collaboration internationale et protéger les gestatrices. À leur grande déception, alors que le groupe était diversifié et intéressant, les objectifs des participants sont restés très différents, aucune feuille de route ne pouvant être formulée, en raison de profondes divergences parmi les féministes de différents endroits du monde. Comme le décrit l'une des militante associative interviewée:

MA:

« It was the women who dealt with surrogacy [particularly in India], that were inclined to ban it, mostly because studies showed that the women [the surrogates] were not interested in banning it. But there were also voices that said that we [as researchers and policy makers] should distinguish ourselves from the voices of the women [the surrogates], which I think is an important voice. [...] That we, in our role in relation to the next generations, and not only how we can assist this or another particular woman – the bigger picture, how children are made, the use of women for that matter... the damage is greater than the benefit, and that is why international surrogacy should be prohibited ».

En **Belgique**, plusieurs conférences et débats publics sur la GPA ont eu lieu au sein de la société civile, notamment une conférence à l'Université Catholique de Louvain en avril 2012, une séance d'information (avril 2012), une table ronde (novembre 2012) et un débat (mai 2015) par l'association Homoparentalités⁴⁸⁷, ainsi qu'un débat au Parlement par Ecolo Nous Prend Homo (janvier 2015). Par ailleurs, l'association américaine « *Men Having Babies* » organise le 3 mai 2015 à Bruxelles une conférence qui propose des séances d'information sur la GPA et facilite le contact avec des cliniques et des agences commerciales. Cette initiative est à l'époque vivement contestée par plusieurs organisations opposées à la GPA.

Plus récemment, l'Université des Femmes, une des principales associations féministes en Belgique, a organisé une journée d'étude sur la GPA le 19 janvier 2016⁴⁸⁸. Celle-ci précédait l'organisation d'une « bourse aux mères porteuses » organisée à Bruxelles les 29 et 30 janvier 2016 par *Babybloom Homoparentalités*, une agence commerciale étrangère facilitant le recours à la GPA aux États-Unis. Cet événement a été finalement annulé face à certaines protestations et à la menace d'une possible manifestation de protestation.

⁴⁸⁶ Observation, « Surrogacy: Feminist Dimensions », conférence, Université Hébraïque de Jérusalem, 2 décembre 2015.

⁴⁸⁷ <http://www.universitedesfemmes.be/events-universite-des-femmes/a-ne-pas-manquer/-26>.

⁴⁸⁸ <http://www.universitedesfemmes.be/events-universite-des-femmes/a-ne-pas-manquer/-49>.

Plusieurs membres des deux associations principales sur la GPA ont organisé un ou plusieurs événements publics sur ces enjeux : trois responsables de l'association Homoparentalités (dont l'un d'eux est juriste) et un membre de l'Association Féministe Sophia.

Il semblerait qu'il n'existe pas en Belgique d'associations spécifiques de parents ayant eu recours à la GPA. L'association Homoparentalités regroupent des parents et futurs parents gays et lesbiens dont plusieurs hommes gays qui sont devenus pères suite à une gestation pour autrui à l'étranger. Il s'agit de la principale association belge qui ait manifesté une volonté explicite de réguler la GPA pour en faciliter l'accès.

L'intérêt de Homoparentalités pour la question de la GPA se renforce autour de 2010 lorsque, à la suite d'une affaire concernant un couple gay ayant fait une GPA en Ukraine, l'un des membres de l'association rédige une première ébauche de proposition de loi visant à réguler la GPA. L'objectif de cette initiative est de proposer une réponse politique appropriée pour faire face aux problèmes rencontrés en la matière, en particulier concernant l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention, tout en évitant les 'bricolages au cas par cas' face aux pratiques qui augmentent progressivement. À l'époque, l'Association Homoparentalités reçoit en effet de plus en plus de demande d'informations sur les aspects légaux et pratiques sur la GPA.

En 2012, l'association organise plusieurs séances d'information et de témoignages sur le sujet, y compris une table-ronde où plusieurs experts des questions familiales sont invités à commenter le texte proposé. La version initiale de la proposition de loi est révisée plusieurs fois afin de prendre en considération les commentaires et critiques soulevés par différents intervenants, en particulier concernant les droits et obligations de la gestatrice pour autrui. Une nouvelle version de la proposition de loi sur ce que l'association nomme à l'époque « le don de gestation » est ensuite présentée lors d'une conférence de presse le 17 mai 2013 à l'occasion de la *Belgian Pride* qui a pour thème cette année-là les « *Rainbow Families* ».

La proposition de loi prévoit notamment « l'interdiction de toute exploitation commerciale de la pratique ; elle limite l'ouverture du don de gestation aux PMA de haute technologie (les gamètes utilisés ne proviennent pas de la femme porteuse), organise le recours à des centres de don de gestation agréés, fixe les conditions auxquelles les femmes porteuses et parents d'intention doivent répondre, stipule l'établissement de conventions liant les femmes porteuses et les parents d'intention et prévoit des sanctions en cas d'infraction ». La proposition repose sur l'établissement de deux conventions, l'une plus « technique » qui se calque sur le type de convention établie pour les PMA et qui fixe la relation des parties avec le Centre de fertilité (mise en œuvre et accompagnement), et l'autre qui règle tous les aspects non médicaux de la GPA (compensation, contacts entre les parents d'intention et la gestatrice, décisions en cas de problèmes, etc.). Cette seconde convention doit surtout faciliter le dialogue entre les parents d'intention et la gestatrice et permettre de garder une trace de leurs accords. Elle n'est toutefois pas contraignante. Par ailleurs, l'association souhaiterait qu'il existe, en parallèle, la possibilité « d'accoucher dans la discrétion » afin de faciliter l'inscription des parents d'intention sur le certificat de naissance, tout en préservant l'identité de la gestatrice dans un registre spécifique. Cela permettrait ainsi au futur enfant d'obtenir des informations sur la gestatrice s'il le souhaite.

À la suite des discussions sur la GPA qui reprennent au Sénat début 2015, l'association Homoparentalités participe à un débat sur le sujet organisé par le parti vert Ecolo. Elle

organise également une journée d'information et de débats inter-associatifs sur le sujet le 2 mai 2015. Plusieurs représentants d'associations et de partis politiques interviennent durant cette journée, ainsi qu'un professeur de droit, Patrick Wautelet, qui passe en revue les différents problèmes juridiques posés par l'état actuel du droit en matière de GPA.

L'insécurité juridique importante rencontrée par tous les protagonistes impliqués dans une GPA, en particulier l'enfant, constitue l'une des raisons principales pour laquelle les représentants de Homoparentalités insistent sur le fait que la GPA doit être régulée. Le vide juridique actuel entourant la GPA pousse certains hommes gays à recourir à l'étranger puisqu'ils ont très peu d'accès à la GPA en Belgique. Cela produit néanmoins, comme l'expliquent les représentants de l'association, des situations très injustes car seuls les individus les plus aisés financièrement peuvent se permettre cette démarche très coûteuse.

En ce qui concerne plus particulièrement le recours à la GPA à l'étranger, la proposition de loi n'indique rien de spécifique. Les représentants de l'association ne sont pas opposés à cette pratique tant qu'elle ne se fait pas de manière « exploitante ». Idéalement, il serait souhaitable, selon eux, d'avoir un organisme qui pourrait homologuer les centres de GPA à l'étranger qui respecteraient l'éthique et l'esprit de la loi belge en matière de GPA. Ils pensent que la régulation de la GPA en Belgique devrait toutefois permettre de réduire le recours à la GPA à l'étranger car moins de couples, en particulier de couples de même sexe, devraient se rendre à l'étranger pour avoir un enfant par GPA puisque cela pourrait leur être accessible en Belgique.

Le conseil d'administration de Homoparentalités a récemment été renouvelé et la nouvelle équipe a l'intention de continuer à travailler sur le sujet. Il n'y aura certainement pas, selon les membres du conseil d'administration interrogés, de vote sur les propositions de loi avant au moins 2019 car le sujet ne figurait pas dans l'accord du Gouvernement actuel. Néanmoins, l'association souhaite entre-temps renforcer l'information sur le sujet, diffuser un message positif sur la GPA et clarifier sa position et ses divergences, par exemple par rapport à des agences commerciales telles que Baby Bloom, qui a été vivement critiquée et parfois malencontreusement associée avec l'association Homoparentalités. Les membres de l'association insistent par ailleurs sur le fait qu'il ne doit pas s'agir d'un « combat homo » car la GPA va au-delà des enjeux liés à une minorité et concerne bien plus de monde.

Parmi les associations féministes en Belgique, l'association Garance qui lutte contre les violences basées sur le genre (cf. supra) est la première à avoir pris position sur la GPA. L'association s'oppose à la GPA car elle estime que la grossesse est un acte trop important, trop engageant pour les femmes et que leur retirer l'enfant doit être considéré comme une violence. L'association ne souhaite pourtant pas une interdiction de la GPA mais plutôt le statu quo.

Au moment de la reprise des débats autour du statut du 'co-parent' (2014, cf. supra), Irène Kaufer, membre de Garance, encourage l'Université des Femmes (UF) à prendre également position sur le sujet. Dans un communiqué de presse, l'UF explique qu'elle soutient l'idée du statut de 'co-parent' qui vise à établir la parenté de la partenaire de même sexe de même sexe après une PMA mais que cette mesure doit se limiter aux couples lesbiens afin d'éviter d'être utilisée par des couples d'hommes gays dans le cadre d'une GPA. L'Université des Femmes estime en effet que l'« on ne peut pas mettre sur le même plan un don de sperme et une grossesse de 9 mois, ni en termes d'implication personnelle, ni pour ce qui est des risques sur la santé, la vie professionnelle, ou d'éventuelles complications à long terme ». Elle demande dès lors que « toute allusion aux mères porteuses soit retirée de la proposition de loi » qui la sous-entendait.

Cette opposition à toute forme de GPA se situe en ligne avec la position abolitionniste que défend l'Université des Femmes sur les questions qui touchent à l'exploitation des spécificités du corps des femmes en matière de droits sexuels et reproductifs (ex. la prostitution). Bien que l'UF défende une position constructiviste du genre, elle estime qu'on ne peut pas nier la réalité et les enjeux spécifiques de la grossesse et de l'accouchement qui n'engagent pas le corps de la femme de la même manière que celui de l'homme.

Non seulement l'association souhaite interdire la GPA interne mais propose aussi de décourager activement la GPA à l'étranger, si nécessaire en retirant aux parents d'intention les enfants conçus par GPA à l'étranger. La personne interrogée, membre de l'UF explique que plusieurs solutions pourraient alors être envisagées. Ces enfants pourraient par exemple être adoptés par d'autres couples ou bien certaines 'parades juridiques' pourraient être utilisées, par exemple en faisant des parents d'intention les 'tuteurs' de ces enfants. Ainsi, les enfants ne seraient pas séparés des parents, mais cette mesure permettrait de décourager certains d'entre eux. Selon elle, ces solutions ne sont pas idéales, et font toujours l'objet de discussion au sein de l'association. Elles risquent toutefois de s'avérer nécessaires si l'on veut éviter des cas de jurisprudences qui ouvrent la porte à l'acceptation et la reconnaissance de ce type de situations.

Déçue de ne pas avoir été consultée lors des discussions sur la GPA qui se déroulent début 2015, l'UF envoie un avis au Sénat dans lequel elle explique pourquoi elle se positionne clairement contre toute forme de GPA et insiste sur l'importance de considérer les positions de féministes sur ces questions. Cette interpellation n'aura toutefois pas de suite.

En mai 2015, l'UF participe à débat sur la GPA organisé par l'association Homoparentalités (cf. supra). Selon la directrice de l'UF, l'événement se passe mal, accentuant les tensions et divergences importantes qui existent entre les représentantes d'associations féministes ou féminines opposées à la GPA et certains membres de l'association gay et lesbienne. Ceux-ci auraient eu des « positions extrêmement libérales », voire « masculinistes » qui ne tenaient pas compte des droits de la gestatrice et des femmes plus généralement. La directrice de l'UF raconte qu'elle s'est fait répondre que « certaines femmes souhaitaient la GPA et qu'il fallait respecter leur volonté ». Il ne s'agira toutefois jamais là, selon elle, d'une position féministe.

L'activiste membre de l'UF explique également que les discussions durant la journée portaient souvent sur la manière de faire rentrer ces enfants conçus ainsi en Belgique. À cet égard, l'UF estime que réguler l'accès à la GPA risquerait de « créer un appel d'air » en créant et en favorisant des demandes supplémentaires car il n'y aura pas assez de gestatrices disponibles en Belgique pour répondre à la demande en la matière. L'UF estime également que l'on ne peut parler de « discrimination » à l'égard des hommes gays dans le cas de la GPA et qu'il s'agit d'une mauvaise compréhension du principe d'égalité de droit. Il n'y a pas de parallèle à faire, selon l'association, avec les règles qui s'appliquent aux couples hétéros et lesbiens.

À la suite des auditions réalisées au Sénat et en réaction au fait que les associations féministes n'avaient pas été consultées, l'UF organise une journée d'étude le 19 janvier 2016 sur la GPA dont la plupart des intervenants sont opposés à la GPA.

Entre-temps, plusieurs autres associations féministes ou féminines se sont également positionnées à l'encontre de la GPA, par exemple le conseil des femmes francophones de Belgique. Certaines associations proposent d'interdire toute forme de GPA, alors que

d'autres proposent plutôt une série de recommandations à suivre si la GPA venait finalement à être encadrée légalement.

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 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.

Les principales associations s'opposant à la GPA sont :

--- Le Collectif pour le respect de la personne, CoRP (MA1 fait partie de notre groupe de personnes-ressources). Le Collectif CoRP, fondée à l'initiative notamment d'Éliette Abécassis, Marie Jauffret, Marie-Jo Bonnet, Sylviane Agacinski, est un « Collectif de femmes et d'hommes, universitaires, scientifiques, philosophes, qui mettent leurs compétences et leur expérience au service de la promotion des droits et du respect de la personne humaine dans son intégrité physique et psychique en France, en Europe et dans le monde »⁴⁸⁹. Cette association a organisé plusieurs manifestations qui seront décrites par la suite.

--- L'association Juristes pour l'enfance (présidée par Aude Mirkovic). Cette association, composée de juristes venant de divers horizons (universitaires, magistrats, avocats...), « poursuit la défense des enfants, dans tous les domaines et par tous les moyens de droit »⁴⁹⁰. L'association a fait des interventions volontaires dans plusieurs dossiers comme par exemple, les procédures d'adoption de l'enfant du conjoint.

--- L'association « *No Maternity Traffic* », initiative lancée par « l'Union Internationale pour l'abolition de la gestation pour autrui » (*International Union for the abolition of surrogacy*). L'association a pour objet d'œuvrer par tous les moyens légaux en vue de la prohibition internationale de la marchandisation du corps, en particulier par la gestation pour autrui (GPA). Elle appelle les instances du Conseil de l'Europe à s'engager pour l'abolition et l'interdiction effective de la GPA. Cette Union a été « fondée à l'initiative d'associations nationales et européennes agissant pour le respect de l'enfance, des femmes, de la dignité et des droits humains, notamment le *European Center for law & justice*, l'Appel des professionnels de l'enfance, Alliance VITA, FAFCE, La Manif Pour Tous, l'Agence Européenne des Adoptés, *Care for Europe*, *European Dignity Watch*, *Fondazione Novae Terrae*... »⁴⁹¹.

Les principales associations défendant le recours à la GPA semblent regrouper les parents intentionnels selon qu'ils sont hétérosexuels ou homosexuels:

- CLARA⁴⁹²- association fondée par les Mennesson, regroupant principalement des couples hétérosexuels. L'association vise à encadrer la GPA en France.

⁴⁸⁹ <https://collectif-corp.com/>

⁴⁹⁰ <https://juristespourlenfance.com/>

⁴⁹¹ <http://www.nomaternitytraffic.eu/>

⁴⁹² <http://claradoc.gpa.free.fr/index.php?page=accueil>

--- Association des familles homoparentales (ADFH)⁴⁹³ (MA2 fait partie de notre groupe de personnes-ressources), dont les 1500 adhérents sont principalement des couples d'hommes. Cette association semble être la première association homoparentale pour la GPA.

--- Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens (APGL)⁴⁹⁴, dont les membres sont principalement des couples de femmes, donc plutôt intéressées par l'insémination à l'étranger.

Le 17 décembre 2014, une tribune publiée dans *Libération* annonce la pétition signée par 170 personnalités qui demandent la reconnaissance des enfants nés de GPA. Les personnes signant cette pétition sont très variées : la sociologue Irène Théry, la philosophe Elisabeth Badinter, l'écrivaine Geneviève Brisac, l'ancienne ministre Roselyne Bachelot, l'acteur Daniel Auteuil et l'avocat et codirecteur de *Témoignage chrétien* Pierre Mignard par exemple. Cette mobilisation fait donc intervenir différents acteurs de la société civile.

En ce qui concerne les associations féministes, auxquelles il faut ajouter la CoRP qui concerne spécifiquement la GPA, la plupart d'entre elles se positionnent contre la GPA et certaines disent se situer plutôt à la gauche de l'échiquier politique: « Osez le féminisme »⁴⁹⁵ (jeunes féministes) ; « Collectif national pour les droits des femmes »⁴⁹⁶ (contre la violence faite aux femmes), les FEMEN⁴⁹⁷, le lobby européen des femmes⁴⁹⁸, et les effrontées⁴⁹⁹. Marie-Anne Frison Roche (professeur de droit économique à l'IEP de Paris) et Marie-Jo Bonnet (qui a participé au MLF et à la fondation du Front homosexuel d'action révolutionnaire (FHAR) au début des années 1970) ont organisé en décembre 2014, à Paris, à Sciences Po, un colloque intitulé « La maternité face au marché » où interviennent notamment Sylviane Agacinsky et Jacques Testart qui s'opposent à la GPA⁵⁰⁰. Par ailleurs, Muriel Fabre-Magnan, professeur de droit à l'Université de Paris 1 (Panthéon- Sorbonne), a publié un livre, « La gestation pour autrui. Fictions et réalité »⁵⁰¹.

D'autres intellectuelles françaises se prononcent à l'inverse pour une GPA « éthique ». Parmi elles, Elisabeth Badinter⁵⁰², Antoinette Fouque⁵⁰³, Jennifer Merchant⁵⁰⁴ et Irène

⁴⁹³ <https://adfh.net/>

⁴⁹⁴ <http://www.apgl.fr/>

⁴⁹⁵ <http://osezlefeminisme.fr/>

⁴⁹⁶ <http://www.collectifdroitsdesfemmes.org/>

⁴⁹⁷ <http://femen.org/>

⁴⁹⁸ <http://www.womenlobby.org/?lang=fr>

⁴⁹⁹ <https://effrontees.wordpress.com/>

⁵⁰⁰ Voir le programme sur <http://mafr.fr/fr/article/direction-scientifique-du-colloque-la-maternite-fa/>. Dans son blog consacré au droit de la régulation, une attention particulière est accordée par Marie-Anne Frison-Roche à la GPA, notamment par une analyse de la jurisprudence et les enjeux mercantiles de cette pratique.

⁵⁰¹ Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013. Dans la quatrième de couverture, on peut lire que ce livre « décrit la réalité de sa mise en œuvre, en particulier en droit américain... donne à voir l'étendue de l'emprise consentie par la mère porteuse sur son corps et sa vie intime, les droits et libertés fondamentales auxquels elle renonce au profit du couple commanditaire, la modification juridique de la notion de filiation à laquelle la gestation pour autrui conduit, ou encore les nouveaux rapports de classe que celle-ci introduit ».

⁵⁰² Elisabeth Badinter, « Je suis pour une GPA éthique », *Elle*, 8 mars 2013 ; Elisabeth Badinter et Irène Théry, « Mariage pour tous : la gestation pour autrui ne doit pas être le bouc émissaire. Légalisons la filiation des enfants nés par GPA à l'étranger », *Le Monde*, 19 décembre 2012 :

Théry⁵⁰⁵. Cette dernière a pris l'initiative d'un colloque scientifique sur la GPA, qui a eu lieu à Paris en novembre 2016. Y intervenaient des chercheurs de nombreux pays, autorisant ou interdisant la GPA, montrant qu'il y a finalement autant de GPA que de pays : « La GPA est plurielle, diverse ». Si en France le sujet suscite de virulents débats de société, il n'en va pas de même par exemple au Brésil ou en Israël, comme ce rapport l'explique d'ailleurs. L'un des enjeux de ce colloque était d'apporter « de nouvelles connaissances sur une pratique qui est finalement peu connue et essentiellement mobilisée par les médias ».

En effet, la question de la GPA divise les féministes⁵⁰⁶ : certaines d'entre elles considèrent que défaire la gestatrice de son rôle maternel dans le processus d'engendrement risque de réduire la femme à son utérus, à un simple « four », outil qui accomplit la fonction procréative⁵⁰⁷. Cette pratique peut être considérée comme une forme capitaliste et patriarcale d'exploitation de femmes, « la marchandisation des corps » comme c'est le cas de la prostitution et de l'esclavage⁵⁰⁸. La mise à disposition de corps de femmes, y compris leurs ovocytes est dangereuse ; elles subissent la pression de leur entourage de s'engager dans ce type de prestation ; on constate toujours que les gestatrices sont plus pauvres que les parents intentionnels

À l'opposé, limiter le rôle à la fonction revient à considérer comme mère toutes les gestatrices. On peut concevoir que la GPA rentre dans le spectre du pouvoir de la femme sur son corps : au même titre que l'avortement, elle peut envisager de porter l'enfant de quelqu'un d'autre. Il faut juste s'assurer que cela est fait de sa propre volonté et en connaissance de cause, notamment lorsqu'il s'agit d'une rémunération, c'est-à-dire s'assurer que la femme n'a pas été forcée par son mari dans cette démarche. Les recherches sociologiques de Sunita Reedy en Inde par exemple montre que les femmes ne sont pas dupes des rapports inégalitaires et que porter un enfant pour des parents d'intention est plus rémunérateur que de travailler à l'usine. Pour autant, il ne faut pas négliger les conséquences que peuvent avoir des grossesses multiples sur des corps fragilisés⁵⁰⁹. Les

http://abonnes.lemonde.fr/idees/article/2012/12/19/mariage-pour-tous-la-gestation-pour-autrui-ne-doit-pas-etre-le-bouc-emissaire_1808271_3232.html

⁵⁰³ Antoinette Fouque, « Les enjeux de la gestation pour autrui », *Le Débat*, 2009, 157, pp. 145-157.

⁵⁰⁴ Jennifer Merchant, « Une gestation pour autrui 'éthique' est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n°28, pp.183-189.

⁵⁰⁵ Irène Théry, « GPA : pour un débat argumenté et respectueux des personnes », *Libération*, 23 juillet 2014 http://www.liberation.fr/societe/2014/07/23/gpa-pour-un-debat-argumente-et-respectueux-des-personnes_1069037

⁵⁰⁶ J. Callahan, D. Roberts, « A feminist social justice approach to reproduction assisting technologies », *Kentucky Law Journal*, 1996, 84, 1197; L. Purdy, « Surrogate mothering: exploitation or empowerment », *Bioethics*, 1989, 3, 18 ; Diane Roman, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012, 28(2), pp. 191-197.

⁵⁰⁷ Gena Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper and Row, 1985; J. Raymond, *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, Harper Collins, New York, 1993.

⁵⁰⁸ Naomi Pfeffer, « Eggs-ploiting women: a critical feminist analysis of the different principles in transplant and fertility tourism », *Reproductive biomedicine online*, 2011, n°23, pp.634-641; Sylviane Agacinski, *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2009; Gena Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, *ibid.*

⁵⁰⁹ Sunita Reedy, « Saga of surrogacy in India : Journey from commercialization to altruism », communication au colloque international, « La gestation pour autrui : resituer la France dans le monde. Représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

femmes ont la capacité de faire des enfants et il n'y a pas de raison de s'en priver : l'activité physique fait souvent partie d'un métier.

Enfin, nous souhaitons ici restituer quelques propos des représentants des deux camps. Le premier appartient à l'association CoRP (MA1) ; le deuxième à l'association ADFH (MA2) :

MA1 (membre du CoRP):

« Nous avons des relations avec ces associations-là (les féministes), tout en restant apolitique. Les deux associations avec lesquelles nous travaillons le plus c'est « La coordination lesbienne en France » qui rassemble une quarantaine d'associations lesbiennes, et qui a pris une position dès 2001 contre la GPA, et la CADAC (Coordination des associations pour le droit à l'avortement et à la contraception). ...

La logique des militants pro GPA est de discréditer tous les abolitionnistes en les faisant passer pour des réactionnaires ; quand ils ne peuvent visiblement pas les faire passer pour des réacs, ils les ignorent délibérément. Pour nous, il s'agit de droits humains fondamentaux et on agit pour une prise de conscience que cela n'est pas possible, comme pour la prostitution ou l'esclavage. Alors l'esclavage ça paraît évident car on ne l'a pas vécu mais en ce qui concerne la prostitution il y a actuellement un retournement de pensée, on comprend que ce n'est pas contre la prostituée qu'il faut agir mais contre le client. Pour nous c'est ça. Souvent, il n'est pas possible d'engager une discussion avec des gens pro GPA, dont la tactique est de tout de suite relier cela au mariage pour tous et ainsi nous discréditer comme étant réactionnaires.

Cette association a été fondée en juin 2013 ; parmi ses membres on trouve Eliette Abécassis, Marie Jauffret, Marie-Jo Bonnet, Sylviane Agacinski, Marie-Anne Frison-Roche, Monette Vacquin, Alice Ferney (écrivain), Marie Balmay, et des médecins comme Manuel Maidenberg. On est toutes totalement bénévoles, et manquant de temps on n'a pas encore de financement. Notre force c'est qu'il n'y a aucune intérêt professionnel ou personnel en jeu. La GPA remue quelque chose de très profond chez nous.

Concrètement, voilà nos principales activités (à part la participation dans des colloques avec des associations féministes):

- La lettre au Président de la République, publiée au Libération le 14 juillet 2014, signée par Lionel Jospin, Jacques Delors, et d'autres personnalités comme Marie-George Buffet ou Christine Angot. Ça a fait boule de neige, on en a beaucoup parlé, car c'était après l'arrêt de la CEDH.*
- Colloque à Sciences Po organisé par Marie-Anne Frison-Roche (pas le CoRP)*
- Document envoyé à la Haye le 20 mars 2015, car ils travaillent sur la reconnaissance multinationale de la GPA ; ils n'ont auditionné que des gens pour la GPA (médecins, avocats, agences de GPA, parents ayant recours), rien de la société civile. On leur avait écrit qu'il faudrait écouter*

les féministes -- notre document de fond faisait 20 pages, assez juridique (c'est un juriste qui a fait ce travail), co-signé par plusieurs associations féministes, pas que françaises, comme le Lobby européen des femmes (grande association européenne). C'est un fonctionnement très opaque, non démocratique.

- ... Assises pour l'abolition universelle de la GPA- 2 février 2016, en traduction simultanée en anglais, c'est sur internet intégralement⁵¹⁰, on a fait venir des personnalités politiques de Grande-Bretagne, de Suède, d'Allemagne et d'Inde. On a fait signer une charte par des personnalités politiques comme Elisabeth Guigou et Benoît Hamon, José Bové.

L'association a pris position aussi contre la GPA non commerciale, comme la GPA intrafamiliale, « car on ne peut pas « maîtriser la famille » ; la famille c'est le lieu de l'inceste, c'est le lieu des pressions familiales, personne ne peut garantir qu'il n'y a pas de pression... je pense que l'inceste c'est aussi entre frère et sœur – et donc aussi en un sens de sœur à sœur. Et surtout, il n'y a pas que ça. Je pense qu'on ne peut pas légiférer pour des cas si rares, et que cela est dangereux car qu'est ce qui empêcherait ensuite l'adoption entre deux sœurs etc. Puis, où cela s'arrête ? Sœur, cousine, amie proche ? Il y a eu des témoignages, aux USA, d'une femme qui a été mère porteuse pour son frère et cela s'est très mal passé⁵¹¹.

Il faut inverser le raisonnement : je pense qu'une femme qui aime sa sœur n'acceptera pas que sa sœur le fasse pour elle, il y a trop de dangers. Il y a aussi la séparation après. Même si la biologie n'est pas tout, on ne peut pas délibérément décider de séparer un bébé après la naissance, alors que toutes les études montrent qu'il y a des liens forts pendant la grossesse. Est-ce la peine de rajouter des problèmes à ceux qui existent déjà dans toutes les familles ?

Il faudrait commencer par interdire aux Français d'avoir recours à la GPA à l'étranger. On devrait faire des conventions bilatérales avec d'autres pays, pour qu'ils n'acceptent pas les Français. Pour les enfants qui sont déjà là, il faudrait régulariser au cas par cas, surtout pas de manière automatique. Voir les situations au cas par cas, car il n'y a pas deux cas pareils. Par exemple un cas comme celui soutenu devant la CEDH des Italiens qui sont allés faire une GPA en Russie et que leur lien génétique avec l'enfant n'a pas été prouvé... il y a quand même des pédophiles qui peuvent aller à l'étranger. Si demain on fait une loi en France, selon laquelle un Français qui ira faire une GPA à l'étranger pourra systématiquement demander la filiation, comment on fait pour empêcher un pédophile de le faire aussi ? si on régularise tous les enfants on se fait complices de n'importe quel système à l'étranger. On ne peut pas penser qu'aux enfants français, il faudrait penser aussi aux enfants étrangers.

⁵¹⁰ <http://www.abolition-gpa.org/>

⁵¹¹ <http://nypost.com/2014/06/16/as-the-demand-for-children-skyrockets-surrogates-speak-out/>

Les États-Unis ne vont jamais signer une telle convention avec la France, mais l'Inde pourrait le faire, l'Ukraine peut être aussi. Les États-Unis n'ont pas signé la convention de La Haye sur l'adoption... vous avez vu les histoires récentes aux US ? Un quart des enfants adoptés, dont les parents adoptifs ne veulent plus, est mis dans un marché de seconde main. Il y a un documentaire qui montre ces pauvres gamins, souvent adolescents, qui défilent sur un podium... aux USA il y a des agences privées d'adoption. Et c'est la raison pour laquelle les États-Unis n'ont pas signé La Haye. ...

Je ne parle de faire du cas par cas que pour régler les cas problématiques déjà là, sur fond abolitionniste, et je ne parle de régler ces cas qu'une fois qu'une loi vraiment dissuasive serait mise en place... Je ne propose du cas par cas que dans un pays où l'abolition serait activement défendue, plus qu'aujourd'hui... Je ne parle que des enfants déjà nés, pas des enfants à venir. Car on ne peut faire une loi rétroactive. En gros, il faudrait fermer le robinet, et une fois fermé on peut éponger – mais cela ne sert à rien d'éponger tant que le robinet fuit, au contraire... Il faudrait punir les parents aussi. Je ne sais pas comment, c'est au politique d'agir – ce peut être par des amendes, des travaux d'intérêt général... En tous cas il faudrait taper plus fort sur les intermédiaires qui agissent sur le sol français. Ce sont des transgressions légales claires ».

Le témoignage d'un représentant du second de ces camps fait entendre une autre voix:

MA2 (membre de l'ADFH):

« On va parler majoritairement des GPA qui se passent aux États-Unis et au Canada : dans notre association, c'est 85% aux USA ; 10% au Canada ; 5% au Mexique...

La vocation au départ était d'aider les familles homoparentales, de représenter toutes les familles homoparentales, composées en 5 groupes : familles composées par l'adoption d'un enfant délaissé ; familles composées par AMP à l'étranger (Belgique, Espagne surtout) pour les femmes lesbiennes ; familles composées par GPA pour les hommes ; familles où il y avait une union hétéro puis un des parents est devenu homo ; familles en co-parentalité (1 ou 2 hommes gay avec 1 ou 2 femmes lesbiennes).

Après la séparation avec l'APGL, les hommes sont venus chez nous et les femmes vont chez eux. Aujourd'hui, à l'APGL 85% des membres sont des femmes, chez nous 85% des membres sont des hommes. On est la première association homoparentale pour la GPA du fait de notre plus grand retour d'expérience.

On n'a pas des hommes célibataires hétéro, uniquement des hommes célibataires homo, si l'homme n'est pas homo il va chez Clara. On renvoie chez Clara et Clara nous renvoie aussi.

La problématique juridique n'est pas pareille pour les couples homo et hétéro.

Nous, on est là dès le projet parental pour faire profiter du retour de l'expérience. On a un forum spécial privé pour la GPA pour les adhérents, des réunions. Ce n'est pas du conseil, on n'a pas le droit de conseiller, on ne fait que répondre aux questions. On ne recommande pas des agences ou des pays. On n'a pas le droit de donner des conseils, c'est une infraction pénale. On ne fait que des retours d'expérience, de la restitution. Par contre, s'ils commencent à mettre sur notre forum des messages de type « c'est moins cher ici ou là-bas », on va enlever ces messages, les censurer. Tous les messages sont modérés, pour éviter aussi la publicité. On régule.

Nous, ce qu'on préconise à l'association est d'avoir un Birth Certificate avec la mère porteuse et le père biologique, ensuite d'avoir le jugement de retrait des droits de la mère, puis le jugement de l'adoption. Comme cela, on peut vraiment reconstituer le chemin et de dire « voilà ce qui s'est passé ».

Le point central c'est le livret de famille. Aujourd'hui, la loi de mariage pour tous ne marche pas, car il n'y a aucune adoption intraconjugale pour les hommes (il n'y a que pour les femmes -- ce que la Cour de cassation a validé en septembre). Pour les hommes cela ne marche pas car les enfants sont nés par GPA. On peut adopter par adoption simple les enfants du conjoint quand il ne s'agit pas de GPA (ex. adoption à l'étranger)... Ils sont les fantômes de la République car ils n'existent pas sur le livret de famille.

Le livret de famille, c'est l'identité de l'enfant. C'est l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. On vous le demande tout le temps.

Notre association présente 1500 adhérents (=650 couples, plus des célibataires). Le cas de GPA concerne 70% de nos adhérents. Dans notre association il y a environ 70 naissances par GPA par an. Mais bien entendu, il y a plein de parents qui font la GPA et qui veulent rester discrets et ne sont donc pas adhérents à des associations, y compris quelques personnalités connues.

72% des Français veulent reconnaître les enfants nés par GPA. Ce n'est pas un sujet clivant comme le gouvernement veut l'entendre. Le gouvernement ne peut pas dire que c'est une pratique esclavagiste à l'égard des pays comme les USA. ..

On est les premiers qui veulent faire respecter la dignité de la femme et du corps humain. Quand c'est encadré et éthique c'est une expérience extraordinaire. Elle (la gestatrice) n'est pas la mère génétique, car sinon on ne peut pas parler de gestation pour autrui. On lui prête un patrimoine génétique, et elle le rend ; c'est ce que disent les gestatrices américaines « I give it back ».

Au gouvernement, c'est Taubira qui est pour les transcriptions, et Valls contre. Je veux entendre Fabius dire à Obama et à la reine d'Angleterre qu'il considère qu'ils ont des pratiques esclavagistes sur leur territoire... Je veux entendre ça.

Dans mon association, on a des GPA éthiques et d'autres qui ne le sont pas, mais la grande majorité des GPA sont éthiques. Il y a des personnes qui sont allées en Ukraine, en Russie, en Inde. Ça, ce n'est pas éthique. Ils ne viennent pas dans notre association. Il y a aussi des gens qui le font sans avoir jamais vu leur gestatrice, ou des GPA où il n'y a pas de lien biologique avec aucun des parents intentionnels...

Il y a plein de facteurs, c'est dans nos revendications. Par exemple, que la mère porteuse ait déjà eu un enfant, qu'elle n'en ait jamais perdu (y compris en ayant eu recours à l'avortement), que financièrement elle soit indépendante (que l'indemnisation ne vienne pas rembourser un emprunt), en d'autres termes, qu'elle puisse continuer de bien vivre sans cette GPA ; il faut bien une indemnisation (de même qu'il faut pour un don d'ovocyte). Je voulais aussi dire : dans la GPA éthique c'est la gestatrice qui choisit le couple, ce n'est pas l'inverse. Il y a une mère porteuse qui recevra 10 couples et va décider. C'est comme ça en tout cas aux USA.

Il faut arrêter de faire l'autruche et mettre la tête dans le sable ; il faut encadrer, sinon on finit par favoriser le marché de GPA. Il faut faire au cas par cas. À partir du jugement américain qui a vérifié auparavant les conditions de la GPA, on transcrit. S'il n'y a pas eu de jugement, qu'on n'a pas pu vérifier la conformité éthique d'un jugement c'est au cas par cas : ça va se faire mais ce sera plus long, ça sera fait avec la possession d'état. Cela sera difficile pour beaucoup de gens. L'enfant sera protégé, ça ne va pas décourager mais freiner ».

4.9. Les interactions entre acteurs

Notre étude le confirme, c'est en **France**, qu'à propos de la GPA, les tensions sont les plus fortes. Tout d'abord comme on vient de le voir, entre les associations (leurs échanges se trouvent aussi sur les réseaux sociaux), ainsi qu'entre les avocats d'une part et certains juges et membres du Ministère public d'autre part. Contrairement aux autres pays étudiés, la GPA est un véritable et virulent débat de société en France, débat constant en raison de l'évolution de la jurisprudence, nationale et européenne.

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 les clivages traditionnels droite/gauche. En décembre 2010, *Le Monde* publie une tribune favorable à l'encadrement de la GPA, signée par 60 personnalités dont la ministre de l'éducation Najat Vallaud-Belkacem, Elisabeth Badinter, François Rebsamen, Aurélie Filipetti et Irène Théry⁵¹². Un peu plus tard, en juillet 2014, *Libération* publie une lettre ouverte signée par Nicole Notat, Catherine Tasca, Yvette Roudy, Jacques Delors et Lionel Jospin, demandant à François Hollande de prendre position contre « l'admission par le droit des contrats de mère porteuse »⁵¹³. Puis vient la pétition de décembre 2014 évoquée plus haut

⁵¹² http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/12/13/gestation-pour-autrui-un-cadre-contre-les-derives_1451958_3232.html

⁵¹³ http://www.liberation.fr/societe/2014/07/13/gpa-monsieur-le-president-de-la-republique_1063256

demandant la reconnaissance des enfants issus de GPA. En mai 2015, *Le Figaro* fait état, dans un article qui souligne combien la gauche est divisée sur cette question, d'une pétition internationale, signée par exemple par une activiste indienne Ruchira Gupta, Alice Schwarzer, cofondatrice du MLF, mais aussi des mères porteuses «repenties» qui se battent désormais pour l'abolition de la GPA⁵¹⁴. Interviewée dans *Les Inrockuptibles* à l'occasion de la sortie du documentaire d'Etienne Chaillou et Mathias Théry, *La sociologue et l'ourson*, consacré au « mariage pour tous », Irène Théry explique : « Il est donc bien trop tôt pour parler de légaliser la GPA en France : c'est une question très complexe sur laquelle il faut avancer très prudemment. Ce n'est pas rien de porter l'enfant d'autrui, il y a des risques importants, et tout doit être soigneusement réfléchi. Mais si vous voulez mon avis, oui, je souhaite à terme qu'on y arrive, car pour le moment seuls les couples qui en ont les moyens ont accès aux GPA éthiques très bien organisées dans certains pays démocratiques, comme aux États-Unis »⁵¹⁵.

Les débats se poursuivent, chaque camp défendant ses positions. Ainsi, *Le Monde* du 3 février 2016 évoque les « Assises pour l'abolition universelle de la maternité de substitution », organisées par le Collectif pour le respect de la personne (CoRP)⁵¹⁶. Les personnalités politiques, académiques, associatives ou de la société civile font des médias les relais indispensables de leurs positions tranchées et divergentes qui sont ainsi diffusées et alimentent ce débat continu.

En **Grande-Bretagne**, les tensions concernent d'autres acteurs qui entrent en jeu en raison de l'autorisation de la GPA interne, à savoir les travailleurs sociaux. Ainsi, dans l'avis publié par la PROGAR en 2004 concernant le recours à la GPA à l'étranger⁵¹⁷, le mécontentement des travailleurs sociaux, dont la voix est écrasée par celle des médecins, des avocats, des agences commerciales et des parents intentionnels, a été évoqué : « *Social workers are the professionals with arguably the greatest experience in child welfare matters. To date, the dominant voices in debates about surrogacy have been from doctors, lawyers, ethicists, brokers and commissioning parents. Social work needs to assert its expertise and contribution to domestic and international research, policy and legislation to ensure a better understanding and management of the risks and benefits of surrogacy as they relate to the interests of children and families* ».

Ce mécontentement des travailleurs sociaux s'exprime également dans les entretiens menés :

TS1:

« *At the Hague there are good people working on it and did that survey which was badly designed and so a poor response rate and too much geared to lawyers – since it's about private law, but we need to get the child welfare voice in there. The EU study only gathered the views of lawyers. Child welfare people are not on the whole involved in surrogacy,*

⁵¹⁴ <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2015/05/12/01016-20150512ARTFIG00377-des-personnalites-de-gauche-s-engagent-contre-la-gpa.php>

⁵¹⁵ <http://www.lesinrocks.com/2016/04/16/actualite/irene-thery-souhaite-qua-terme-on-arrive-a-gpa-11820186/>

⁵¹⁶ http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/02/03/les-opposants-de-gauche-a-la-gpa-tentent-de-se-mobiliser_4858490_3224.html

⁵¹⁷ http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf

so they are effectively ignored. It's on the radar of the National Association of Social Workers and it's on their radar because of child trafficking issues – which it can blur into ».

TS2:

« There Could be a way forward via the Hague convention – the social workers are concerned that there need to be lobbying by non-lawyers as well – in case something gets missed out. But it's a bit stalled at the Hague at the moment – they are planning to do something but they are not sure what or when – probably several years, maybe 10 years ahead ».

Enfin, comme le résumé TS1: *« The Right to parent is being fuelled by LAWYERS (and private healthcare people) »*⁵¹⁸.

En **Israël**, le tableau ci-dessous décrit graphiquement les acteurs majeurs israéliens impliqués dans la question du recours à la GPA à l'étranger, comme cela ressort de cette étude.

Tableau 3: Le terrain en Israël

⁵¹⁸ Ce passage a déjà été cité avant, dans la partie consacrée au droit à la parentalité, mais il est pertinent ici également.

5. Revendications symboliques et militantes

Dans les quatre pays étudiés, les revendications militantes dépendent, bien entendu, du contexte. On distinguera celles qui concernent la démarche même d'intégration juridique (5.1.); celle d'avoir accès aux informations sur le processus souvent complexe ayant conduit à la conception, la gestation et la naissance (5.2); et celles qui sont propres au contexte britannique, où il s'agit de revendications d'adaptation des conditions requises pour obtenir un *Parental Order* (5.3.).

5.1. Les revendications concernant la démarche d'intégration juridique

En **France**, où la nationalité semble être aujourd'hui l'objet d'un droit qui n'est plus contesté, l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger sera définitive une fois que le lien de filiation entre eux et les parents intentionnels sera établi. À cet égard, on l'a déjà souligné, il est intéressant de relever l'importance accordée par les parents intentionnels au Livret de famille. Ce document administratif n'est que le regroupement de divers actes civils, un outil pratique, afin de ne pas avoir à présenter les actes de naissance étrangers à chaque démarche administrative. Pourtant, les parents intentionnels qui en sont privés le vivent très mal, car il est devenu l'incarnation de leur revendication d'une vie familiale institutionnalisée, à part sa dimension pratique évidente.

Mais même en dehors de la France, dans les pays où la GPA est autorisée, les actes judiciaires impliqués dans la procédure d'intégration des enfants ainsi conçus jouent un rôle symbolique, comme c'est le cas pour le *Parental Order*, que certains considèrent préférable à l'*Adoption Order*. La différence entre ces démarches administratives semble importante pour les parents intentionnels en Israël et en Grande-Bretagne, qui vivent mal le fait de devoir, par exemple, adopter un enfant qu'ils estiment être leur. Est-ce la lenteur et l'efficacité de ces procédures qui est déterminante, ou peut-être aussi l'obligation de devoir se soumettre à une investigation plus intrusive. Pour certains parents adoptifs, un *Welfare rapport* fait dans le cadre d'une procédure d'adoption est intrusif mais il est justifié par le fait qu'on laisse un enfant à la fois sans défense et sans attache biologique avec un couple ; cela suppose qu'une attache biologique est considérée comme une présomption de bons traitements.

En **Israël**, les épouses et les partenaires homosexuels des pères intentionnels-génétiques ont revendiqué leur droit de recourir à un *Parental Order* plutôt qu'à une procédure d'adoption afin de ne pas avoir à adopter « leurs propres enfants ». Ici, c'est à la fois symbolique puisque cela signifie que ce sont leurs enfants dès l'origine, et pratique car les conditions posées à l'acte d'adoption ne sont pas requises, la procédure est moins exigeante.

En effet, jusqu'à l'arrêt *Tabak-Aviram* de 2014⁵¹⁹, un ordre d'adoption a été nécessaire pour transférer les droits parentaux, une fois que le test génétique du père génétique-intentionnel a confirmé le lien de parenté entre ce dernier et l'enfant. Depuis cet arrêt, où le Conseiller juridique du Gouvernement a changé sa position en renonçant à l'obtention d'un ordre d'adoption au profit d'un *Parental Order* (comme celui du père génétique-intentionnel, et comme en GPA interne), cette démarche a été acceptée, jusqu'à la mise en place d'une loi concernant le recours à la GPA à l'étranger, qui n'a toujours pas été votée. En

⁵¹⁹ Cour suprême, *Tabak-Aviram contre le Ministère de l'Intérieur*, 28 janvier 2014, n°6569/11.

l'espèce, il s'agissait d'un couple d'hommes qui a eu recours à la GPA aux États-Unis, et un lien génétique entre l'un d'entre eux et la fille a été établi. Le partenaire du père génétique-intentionnel a demandé de passer outre la procédure de l'adoption en raison de l'acte judiciaire américain établi avant la naissance considérant les deux hommes comme parents légaux, tout comme l'acte de naissance ultérieur.

Cependant, cette jurisprudence n'est pas systématiquement appliquée : dans une affaire de recours à la GPA par des parents intentionnels hétérosexuels ayant utilisé un don d'ovocyte, le Tribunal aux affaires familiales de Kfar-Saba⁵²⁰ a déclaré que la paternité sera établie suivant un test génétique, alors que la maternité légale de la mère intentionnelle ne pourra être établie que par une procédure d'adoption. *A contrario*, dans un cas n'impliquant pas un recours à la GPA, mais une insémination artificielle d'une femme homosexuelle, un *Parental Order* a été considéré comme suffisant pour établir la parenté légale de la partenaire de la mère génétique⁵²¹.

5.2. La revendication d'avoir accès aux informations sur le mode de conception et de gestation, ainsi que sur la gestatrice

En **Grande-Bretagne**, cette revendication a été intégrée dans la prise de position de la PROGAR concernant le recours à la GPA à l'étranger :

« *Social workers have long understood the importance to children of knowing about and having access to information about their biological relatives and their biographical and cultural story. This is also acknowledged in the UN Convention on the Rights of the Child and is a central principle of UK family law. However, some countries that permit surrogacy do not require clinics to maintain robust and transparent records for the child to access in years to come of who gave birth to them and whether a gamete donor was also used. Even in the UK, the surrogate child's birth certificate will always record the woman giving birth as the legal mother but neither this certificate nor the Parental Order (if one is granted) indicate whether a donor was also involved.... Emerging evidence suggests that outcomes are best for surrogate children when good relationships are built between surrogates and commissioning parents both during and following pregnancy. Such opportunities are more difficult to achieve in adoption and in surrogacy across borders. Both practices share the potential for secrecy and for false or misleading information to be provided about birth circumstances, and there will be at least one adult involved in the pregnancy and birth who is not involved in raising the child* »⁵²².

Ainsi, une attention particulière a été accordée à ce sujet par la Cafcass⁵²³.

Cette prise de conscience a été également exprimée lors des entretiens :

⁵²⁰ Tribunal aux affaires familiales de Kfar Saba, *S. contre le Conseiller juridique du gouvernement*, n°21535-09-11.

⁵²¹ Tribunal aux affaires familiales de Tel-Aviv, *S. contre le Conseiller juridique du gouvernement*, 4 sept. 2014, n°35043-06-12.

⁵²² M. Crawshaw, P. Fronek, E. Blyth, A. Elvin, « What are children's 'best interests' in international surrogacy ? », avril 2014 :

http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf

⁵²³ <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/surrogacy/after-surrogacy-how-to-speak-to-your-child-about-their-origins.aspx>

TS1:

« In surrogacy there are two additional people for children to get their head around – donor and surrogate – that they potentially want to meet. In the UK, children can access PO register – but they don't know that they may be donor conceived and go to the donor register at HFEA. There is no route to do it.

The PO changes the Birth Certificate. The Surrogate child Birth Certificate would designate the child born to surrogacy arrangement (would have surrogate and husband as legal parents). It's a PO birth certificate which is not the same as the standard BC.

Potential parents are not told to look forward to see the complications.

The PROGAR wants to mention surrogacy in the birth certificate. There are some members who are lobbying for more detail on birth certificate if donor egg or sperm is used. This has not been accepted though ».

En **France**, cette question a été invoquée également, mais uniquement par la militante de l'association CoRP :

MA1:

« Est-ce que ces enfants ont intérêt à ce que leur état civil soit complètement transcrit sans trace de la mère porteuse ?... symboliquement il faudrait la mère porteuse quelque part ; on pourrait imaginer un système de délégation d'autorité parentale, d'adoption simple. Il faudrait s'assurer que l'enfant se sente en sécurité et qu'il ait accès à la vérité ».

5.3. Les revendications d'adaptation des conditions du *Parental Order* en Grande Bretagne

En **Grande Bretagne**, comme on a vu, la reconnaissance juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger se fait dans la grande majorité des cas par un *Parental Order*⁵²⁴. Les conditions de son obtention après un recours à l'étranger ont été assimilées à celle du régime interne. Progressivement, des revendications d'adaptation de ces conditions ont été exprimées, concernant ainsi aussi bien le recours interne qu'international:

5.3.1. Revendication d'autorisation du double don de gamètes

Pour certains, cet ensemble double don de gamètes et gestation pour autrui n'est pas autre chose que la fabrication d'enfants destinés à une adoption privée qui ne passe ni par les conditions légales de l'adoption, comme la vérification de l'aptitude des adoptants, ni par la médiation des services sociaux ; pour d'autres, ce n'est qu'une extension de la liberté d'avoir recours à toutes les modalités techniques disponibles pour créer une famille, et ne pas en exclure les parents intentionnels dont les deux peuvent être infertiles.

⁵²⁴ Comme expliqué avant, il est également possible d'engager une démarche d'adoption, mais celle-ci est plus lente et compliquée.

Revendiquer l'autorisation du recours à la GPA impliquant un double don de gamètes, ce qui implique que l'enfant n'a aucun lien génétique avec ses parents intentionnels, n'est pas nouveau dans le paysage britannique⁵²⁵; en effet, il a été soutenu que la condition de lien génétique avec au moins l'un des parents intentionnels n'est pas éthiquement justifiée si les deux parents intentionnels sont infertiles. Plus récemment, les auteurs du rapport Horsey se sont exprimés dans ce sens⁵²⁶.

Plusieurs réactions à cette question ont été accueillies pendant nos entretiens :

A1:

« Double donation is blocked (by statute). So I am using Adoption law but it is very challenging so there are no cases yet. It doesn't make sense.

In the US this is not an issue. They don't understand Double Donation ban there – parental intention is more important to them. Adoption is not an easy alternative ».

A3:

« In the last month I had a single woman who cannot use her own egg AND a Franco-Spanish couple who had not managed to adopt. They were in their mid 40s and the man was infertile. You could not read down s54 for that (as there could not be a genetic relationship with either the man or the woman)– just because you are adding surrogate. So this is not ideal – like buying a baby – but it is unfortunate for couples ».

TS2:

« Why is the genetic connection condition necessary – if we are applying the child welfare principle – no reason why that should be the case. Genetic relationship is not that crucial in that lots of children are being brought up by people who are not genetic parents. Though do need to guard against child trafficking issues. But are other ways that should be policed ».

Qu'il s'agisse d'éviter les contraintes d'une procédure d'adoption ou bien parce que le critère de l'intérêt de l'enfant n'est guère pertinent dans ce contexte, la condition d'un lien génétique ne fait plus consensus.

5.3.2. Revendication d'autoriser le recours à la GPA à des personnes seules

En **Grande-Bretagne**, le §54(2) de la *HFEA Act 2008* stipule que les parents intentionnels doivent être un couple (hétérosexuel ou homosexuel) mais pas une personne seule (les personnes seules doivent passer par la procédure d'adoption). Comme on a vu plus tôt, cette disposition légale a donné lieu à une déclaration d'incompatibilité avec la

⁵²⁵ K. Horsey, S. Sheldon, « Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy », *Medical Law Review*, Winter 2012, 20, pp. 67-89.

⁵²⁶ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*, p. 33.

Convention européenne (art.14 combiné avec l'art.8), très rare dans le paysage juridique britannique.

L'aspect militant du processus d'obtention de cette décision, émise par la *High Court of Justice, Re Z*⁵²⁷, est très intéressant : le père intentionnel-génétique dont l'enfant est né par GPA en Illinois (USA) a demandé un *Parental Order* en sa faveur, engageant les services d'un cabinet d'avocats qui est également impliqué dans une agence de GPA. Sur le blog de ce cabinet on apprend que l'équipe a été soutenue par des « *leading professionals and researchers from the USA, Canada, Australia and Cambridge University who gave expert evidence in support of our case* ».

Mais même en ce qui concerne le contenu de la décision, il est intéressant d'observer qu'en fait, non seulement le *Guardian* a soutenu la position du père célibataire (§10), mais il en a été de même pour le Gouvernement: « *The Secretary of State (for Health) accepts that, in light of the evidence filed and the jurisprudential developments both domestic and in Strasbourg, including for example Mennesson v. France (Application No 65192/11) taken with Wagner v. Luxembourg (Application No 76240/01), this difference in treatment on the sole ground of the status of the commissioning parents as a single person versus being part of a couple, can no longer be justified within the meaning of Article 14* » (§12). En d'autres termes, le Ministère de la santé ne s'opposait pas à cette action, position qui semble très rare. L'absence d'opposition des autorités publiques nous conduit à penser que la condition selon laquelle seul un couple peut obtenir un *Parental Order* ne fait plus consensus, ce qui a été confirmé dans le récent rapport Horsey⁵²⁸. La principale raison qui est souvent avancée est que les personnes seules peuvent avoir recours à la GPA et entamer une procédure d'adoption (comme le cas qu'on a vu d'un homme seul qui a adopté l'enfant porté par sa propre mère, à savoir son frère⁵²⁹). La différence des conditions d'éligibilité entre ces deux actes judiciaires, adoption et *Parental Order*, ne semble pas être justifiée par des raisons de fond, surtout par l'intérêt de l'enfant de sécuriser sa relation avec la personne qui l'élève. Cette conclusion a été également tirée par certaines personnes interviewées :

CJP:

« *Parental Orders should be extended to single people in the same way that they can adopt. It is ludicrous that there is currently a difference* ».

TS1:

« *No obvious reason to deny single people – inconsistent with other parenting law e.g. adoption* ».

TS2:

« *There is no reason why they should be excluded – as long as child welfare test is applied. It's perfectly reasonable – it's just an anachronism. Does not seem any justification for not allowing PO for single people* ».

⁵²⁷ *Re Z (A Child)(No 2)(2016) EWHC 1191 (Fam)*.

⁵²⁸ K. Horsey, *Surrogacy in the UK, supra*, pp. 32-33.

⁵²⁹ *B, C, D & A and the Local Authority (2015) EWFC 17*.

A1:

« *Some dads just try to stay under the radar and not get a PO...It makes no sense denying security to children when you can't stop single parents having children* ».

Notons qu'une affaire interne de GPA, fort médiatisée⁵³⁰, a sans doute influencé les opinions : en l'espèce, une mère (avec l'accord de son mari) a porté une grossesse en faveur de son fils, avec le sperme de ce dernier et un don d'ovocytes, qui a adopté l'enfant. En d'autres termes, un père célibataire a adopté son enfant biologique né de sa propre mère. La *High Court of Justice* a déclaré qu'il pouvait adopter l'enfant, considéré par ailleurs comme son frère. Le fondement principal de cette décision était que « *The strength of these familial relationships, and the consequent support they provide now and in the future, will ensure (the child) lifelong welfare needs are met* ». Une clinique agréée par la HFEA a dispensé le traitement. Après de nombreuses consultations, elle avait procédé au préalable à une évaluation de l'intérêt de l'enfant, et la juge Theis a estimé que ce processus, bien que très inhabituel était « *entirely lawful* ». Le raisonnement est le suivant : la femme qui accouche est la mère légale (la mère du père intentionnel)⁵³¹ ; le mari de la gestatrice a consenti au traitement et il n'est donc pas considéré comme le père légal de cet enfant⁵³² ; le donneur de sperme (le père intentionnel) ne peut pas être considéré comme le père légal⁵³³ ; une personne célibataire peut demander un ordre d'adoption après un recours à la GPA (sur le sol national ou à l'étranger)⁵³⁴ ; l'intérêt de l'enfant dans cette adoption est confirmé par les services sociaux. La possibilité d'utiliser la procédure d'adoption dans ce cas extrême a du assimiler la procédure de l'adoption à celle du *Parental Order* pour les cas de recours à la GPA, et de surcroît, la possibilité que les personnes seules y accèdent.

5.3.3. Revendication de mettre en place une procédure d'autorisation préalable (*Pre-birth Parental Orders*)

Pour les pays qui veulent légaliser la GPA, on se demande si l'obligation de faire un pré-évaluation des parents intentionnels pourrait être un moyen de mieux contrôler le projet parental ? Paradoxalement, en Grande Bretagne, où le régime interne de GPA ne prévoit pas de mécanisme d'autorisation préalable, ce débat a actuellement lieu, alors qu'en Israël, aucune des personnes interrogées n'a invoqué cette option, pourtant existante dans le cadre du recours sur le sol national.

En **Grande Bretagne**, la pré-autorisation des *Parental Orders* lorsque la convention est réalisée comme prévu, afin que la parenté légale soit transférée aux parents intentionnels dès la naissance, a été l'une des recommandations du rapport Horsey⁵³⁵. Selon les auteurs de ce rapport, cette possibilité éviterait un recours à l'étranger car les citoyens britanniques se sentiraient plus en sécurité. Cette possibilité a été également invoquée dans le débat du

⁵³⁰ *B, C, D & A and the Local Authority* (2015) EWFC 17.

⁵³¹ §33(1), *HFEA Act 2008*.

⁵³² §35(1), *HFEA Act 2008*.

⁵³³ §38(1) et (2), *HFEA Act 2008*.

⁵³⁴ §92, *Adoption and Children Act 2002*.

⁵³⁵ K. Horsey, *Surrogacy in the UK, supra*, p. 39.

14 décembre 2016 à la Chambre des Lords, où il a été demandé au Gouvernement de légiférer afin de mettre en place une telle procédure⁵³⁶.

Relevons ici quelques extraits d'entretien sur ce thème :

A3:

« I'm not too keen on the prebirth parental order system, i.e. preconception agreements like in South Africa and Israel. I would like to see a quicker process though. It would help if they permitted professional surrogacy agencies. A prebirth order system needs checks in place like psychological and medical screening whereby the courts approve of that particular surrogacy procedure, but only with a light touch assessment of parents (as surrogacy is not like adoption – though there is the potential for exploitation of surrogates) ».

TS1:

« There should NOT be pre-birth orders. I would be in favour of something more similar to adoption – prior to surrogacy process – parents be pre-approved as appropriate to go through the process – not a fait accompli after the fact.

I am in favour of a home study and prior approval for surrogacy. "Uncertainty and anxiety is part of the deal" it cannot be avoided so this is not a reason not to do this.

Things that need to be looked at:

- *Early assessment of child welfare.*
- *Need to make change to make child welfare more central – it should not be about making being a parent easier, but what do you need to do to make child welfare more important.*
- *Commercial issues – we should not allow commercial surrogacy – this is not the answer to the reasonable expenses issue, but we could have a financial arrangement cleared as part of the pre assessment process ».*

TS2:

« There are those trying to advocate for enforceable pre conception contracts. I am not personally in favour. Its a slippery slope --- might lead to danger to the child, or child taken away without consent. It's a decision that needs to be taken by the women after the birth.

Pre birth orders as in California would not solve the problems – there has been a case in California where baby was kept. We cannot deny women (surrogates) that opportunity to make that decision – we have six weeks (that was the case with adoption that's why it's 6 weeks) – and this seems reasonable.

⁵³⁶ « House of Lords debates UK surrogacy law reform », Ryan Ross, *BioNews* 882, 19 décembre 2016.

Even if it's not her genetic child, this does not make any difference in my view: she has carried the child and given birth, that's enough for me. I certainly don't think that this (pre-birth order) is a way forward – not done anywhere else in the world other than US. The Only pressure for this is from academic lawyers – they are the only ones who are pushing for this ».

Ex government adviser:

« Reform of UK surrogacy law needs doing soon. Israel and some US states have prenatal decision orders. I'm not sure if they would make things clearer or solve problems by establishing legal status before birth. I do not like the Israeli exclusion of single and gay people. I would be interested to hear from surrogates who have gone through pre-birth orders. You will still have people who don't want to be assessed going abroad ».

Pour cette étude, les personnes interrogées semblent donc bien plus hésitantes que celles de l'étude Horsey mentionnée plus haut.

6. Le marché

Dans son livre, *The Baby Business : How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*⁵³⁷, Debora Spar décrit la manière dont, en dépit de lois prohibitives, la demande d'enfants à travers le monde connaît une croissance importante, créant ainsi un marché plus vaste. Porté par les avancées médicales rapides et de très nombreux parents qui souhaiteraient avoir un enfant, le fait de pouvoir avoir un enfant- que ce soit par dons d'ovocytes, locations d'utérus ou adoption interétatique, est devenu une industrie multimillionnaire, en profonde contradiction avec la loi et l'éthique. Selon Spar, il est temps de prendre acte de cette vérité commerciale de la procréation et d'établir des règles et normes pour gérer les transactions. Cette étude présente une recherche pionnière et des entretiens avec les scientifiques en pointe de cette industrie, afin d'explorer la manière dont cette industrie fonctionne : qui sont les « baby-makers », qui en tire profit, comment les prix sont fixés, et comment la clientèle est définie.

Plus précisément, la GPA internationale comporte plusieurs caractéristiques qui sont liées au phénomène du marché. Le recours aux contrats pour organiser la procréation est en soi même une preuve. Ainsi, le type de marketing rejoint les demandes des parents d'intention, particulièrement en matière de liberté et étendue du choix des gestatrices et des donneuses d'ovocytes ainsi que de « garanties » (IMG, nombre d'embryons implantés, recours à la réduction embryonnaire, suivi médical de la gestatrice, etc.); le rôle des agences commerciales, notamment l'implication des agences locales dans l'internationalisation du phénomène. Le rôle de ces agences est souvent perçu comme négatif (excès divers) mais il semble impossible de les remplacer par des agences à but non lucratif, notamment parce que le type d'agences qui existent déjà exerce une pression ; enfin, d'une manière générale, le recours à la GPA à l'étranger est étroitement lié aux moyens financiers des parents intentionnels, et de leur capacité à engager des avocats et des professionnels médicaux.

Les caractéristiques liées au phénomène du marché ont été étudiées par l'anthropologue australienne Andrea Whittaker, qui les résume ainsi⁵³⁸ : la GPA internationale est flexible; elle réagit rapidement aux changements et aux occasions; elle est multinationale et compte de nombreux intermédiaires et cliniques ; elle assimile les gestatrices et les donneuses d'ovocytes à des prestataires indépendantes afin d'optimiser la flexibilité et de minimiser leur degré de protection ; elle utilise les réseaux sociaux pour développer son marché ; elle extrait de la valeur des corps en exploitant les écarts économiques entre les gestatrices et les parents d'intention, mais également en alimentant

⁵³⁷ Debora Spar, *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business Review Press, 2006.

⁵³⁸ Andrea Whittaker, « Nouvelles destinations pour la GPA internationale en Asie du Sud-Est », Colloque « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016. D'autres de ses travaux portent sur ce sujet: « Reproductive Travel », in Hodges J et Kimball (eds), *Medical Tourism: Risks and Controversies in the Exploding Industry of Global Medicine*, Praeger: Santa Barbara, 2012; « Merit and Money: The Situated Ethics Of Transnational Commercial Surrogacy In Thailand », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* (à paraître); « Cross-border assisted reproductive care in Asia: implications for access, equity and regulations », *Reproductive Health Matters*, 2011, 19(37), pp. 107-116; Chee et Whittaker, « Why is medical travel of concern to global social policy? », *Global Social Policy*, 2010, décembre, 10(3), pp. 287-291.

les économies morales locales qui valorisent les femmes dans leur rôle de gestatrice et de porteuse d'enfants. Comme de nombreuses industries contemporaines, cela génère des perturbations en mettant sur le marché de nouvelles options en matière de GPA et d'ovocytes et en créant une demande renouvelée pour ce qui était une ressource limitée. Enfin, le secteur est prospère grâce à l'absence de réglementation. Cette industrie « perturbatrice » a présidé au développement massif de services de GPA, passant de relations cliniques négociées individuellement à un volume élevé de services facilement accessibles, disponibles et abordables qui n'hésitent pas à innover, avec notamment le recours à plusieurs gestatrices menant des grossesses « parallèles », le remplacement immédiat d'une gestatrice en cas d'échec du cycle, l'importation d'ovocytes ou d'embryons congelés, le déplacement des gestatrices dans d'autres juridictions, des forfaits associés à une « garantie » de repartir avec un bébé et, dans certains cas, le transfert aérien de personnel médical. Dans le cadre de ce modèle, les gestatrices sont des sous-traitantes qui ont peu de pouvoir pour négocier les modalités de leur travail. De la même manière, les parents d'intention ne reçoivent quasiment aucune attention personnalisée et sont traités en consommateurs et clients. Andrea Whittaker conclut que cette nouvelle organisation de la GPA, passée de relations intimes individuelles à une industrie peu réglementée et gérant un volume élevé de transactions qui s'appuient sur des femmes pauvres, exacerbe le risque d'exploitation et de pratiques dangereuses.

En **Grande Bretagne**, plusieurs phénomènes analysés dans cette étude attestent de la constitution d'un véritable marché:

- La jurisprudence *contra legem* concernant la condition de résidence d'au moins l'un des parents intentionnels sur le sol britannique⁵³⁹ ;
- L'autorisation rétroactive du dépassement de paiement (aussi bien pour les conventions de GPA internes et internationales)⁵⁴⁰ ;
- L'anticipation par le législateur du problème du consentement de la gestatrice, parfois introuvable étant donné que la convention de GPA est médiatisée par les officines (comme tel est le cas en Inde)⁵⁴¹.

Selon le rapport Horsey⁵⁴², recourir à la GPA à l'étranger coûte beaucoup plus cher que de choisir une GPA interne (environ 60 000£ *versus* 15 000£). Ainsi, selon les auteurs de ce rapport, la GPA interne est altruiste (la somme de 15 000 correspond à la compensation de la gestatrice mais ne peut pas être considérée comme une rémunération), sous entendant que l'activité à l'étranger correspond à un véritable marché.

Par ailleurs, dans sa position de 2004 concernant le recours à la GPA à l'étranger⁵⁴³, la PROGAR a attiré l'attention sur les pressions exercées par les médecins, les agences commerciales, le lobby de consommateurs et l'industrie de la fertilité pour desserrer les contraintes internationales et domestiques pesant sur le recours à la GPA. L'association souligne qu'une attention particulière doit être portée à l'intérêt de l'enfant.

⁵³⁹ §54(4)(b), *HFEA Act 2008*.

⁵⁴⁰ §54(8), *HFEA Act 2008*.

⁵⁴¹ §54(6), *HFEA Act 2008*.

⁵⁴² K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*, p. 25.

⁵⁴³ http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf, *v. supra*.

Plusieurs éléments du discours de travailleurs sociaux pendant les entretiens ont attiré notre attention, notamment l'incidence du recours au don d'ovocyte, encouragé par les cliniques en raison de l'aspect pécuniaire (les GPA traditionnelles, à savoir dans lesquelles l'ovocyte de la gestatrice est utilisé sont moins compliquées techniquement mais semblent moins intéresser les cliniques anglaises).

TS1:

« -- *I Doubt that there is much appetite for international standards among professional community – because too many people have hands in the pie.*

-- *The right to parent is only there for people who can afford it. The market is there because people can make money out of it. Probably most surrogates are doing it for money. It is another form of dealing with poverty without dealing with causes of poverty -- this is not the way to deal with poverty*⁵⁴⁴ ».

En Israël également, le recours à la GPA à l'étranger constitue un véritable marché, mais contrairement à la Grande Bretagne, ce fait est pleinement assumé. Le rôle crucial joué par les agences commerciales qui explorent de nouveaux marchés et qui gèrent de fait cette activité de recours à l'étranger en est une preuve irréfutable.

À cet égard, il est intéressant de relever certaines des considérations présentées dans le rapport Mor-Yosef⁵⁴⁵. Dans la partie concernant la GPA interne, l'éventuelle ouverture aux hommes seuls est débattue⁵⁴⁶: comme la pratique de la GPA est une pratique sensible pour la gestatrice, les membres du comité considèrent qu'il ne faudrait pas étendre significativement le nombre de gestatrices au-delà des échelles existantes. Une extension significative nuirait forcément au respect des conditions nécessaires à la protection des gestatrices, et augmenterait la dimension commerciale de la GPA, car, selon les données disponibles, peu de femmes peuvent être gestatrices sans que cela leur porte atteinte, ou à leurs enfants. Une ouverture en faveur des hommes seuls peut aboutir à une concurrence entre parents intentionnels. En effet, dans ce cas, l'offre ne suivrait pas la demande, ce qui peut faire fortement augmenter les prix, et, comme conséquence, d'une part à un accès limité aux personnes très aisées financièrement, et d'autre part, à une tentation aux femmes de devenir gestatrices. Actuellement, la commission israélienne de GPA a les capacités de contrôler qu'il ne s'agit pas d'une tentation des femmes qui ne sont pas aptes à passer ce processus, mais dans un contexte de pressions de prix et de surenchère, elle ne serait plus en mesure. Par conséquent, le comité recommande⁵⁴⁷ de prévoir, à côté du recours existant à la GPA par les couples hétérosexuels, une possibilité d'accès aux hommes seuls mais uniquement sur une base altruiste. Il s'agirait ici de s'engager avec une personne proche et connue de longue date, ce qui ôterait les craintes de commercialisation. On constate donc

⁵⁴⁴ Ce passage a déjà été cité avant, dans la partie consacrée au droit à la parentalité, mais il est pertinent ici également.

⁵⁴⁵ Ministère de la santé, *Recommandations du comité public d'évaluation de législation en matière de fertilité et de naissance*, mai 2012 (hébreu).

⁵⁴⁶ *Ibid*, pp. 60-61.

⁵⁴⁷ *Ibid*, pp. 63, recommandation n° 2.

une conscience du risque du facteur commercial. Pour parer à ce risque, l'accès à la GPA serait limité aux couples hétérosexuels qui souffrent d'une pathologie médicale, ce qui restreindrait le nombre de demandes.

7. Ignorance plus ou moins forte sur l'ampleur exacte du phénomène

Dans les quatre pays, on connaît mal le nombre d'enfants nés par GPA. Néanmoins, deux constats peuvent être faits : premièrement, dans les quatre pays, la demande est en croissance constante. Cela est surtout visible en Israël et en Grande Bretagne. Deuxièmement, le nombre de GPA réalisées à l'étranger est très supérieur au nombre de GPA réalisées dans le cadre interne. Ces deux affirmations ressortent des deux enquêtes, britannique et israélienne.

Cette situation rend difficile l'assurance d'un suivi des protagonistes et du phénomène lui-même, qui doit être d'autant plus surveillé qu'il est en augmentation. Cependant, les chiffres ne sont pas pour autant considérables, de sorte que ce ne peut pas être considéré comme un phénomène courant.

En **Grande Bretagne**, les chiffres du recours à la GPA à l'étranger par des citoyens britanniques n'est guère fiable⁵⁴⁸ car les différentes agences publiques ne disposent que d'informations partielles sur tel ou tel aspect du processus (par exemple, les autorités d'immigration collectent l'information concernant le nombre de demandes de passeports pour des enfants nés à l'étranger, mais cela ne correspond pas à ceux conçus par GPA) et la HFEA ne collecte pas les données concernant l'activité de la GPA, ni au niveau interne ni au niveau international . Par ailleurs, aucune obligation légale n'existe de demander un *Parental Order*, ni d'indiquer, dans le cas où les parents intentionnels déposent une telle requête, le pays d'origine ou la nationalité des adultes impliqués par la naissance ; le lieu de naissance de l'enfant ne fournit pas d'information concernant la gestatrice ; et il n'y a pas de collaboration au niveau international pour échanger les données⁵⁴⁹.

En effet, on estime qu'environ la moitié des enfants nés en 2011 en Inde par GPA étaient destinés à des parents intentionnels britanniques⁵⁵⁰. Mais en ce qui concerne des données venant de la Grande Bretagne même, à notre connaissance, uniquement deux sont disponibles :

Tout d'abord, l'étude de 2012, menée par Marylin Crawshaw, Eric Blyth et Olga Van Den Akker⁵⁵¹, approfondissant la dimension quantitative du recours par des citoyens britanniques à la GPA, sur le sol national et à l'étranger, en croisant des informations fournies par les *UK General Register Offices*, le *Child and Family Court Advisory and Support Service for England (CAFCASS)*, et quelques agences de GPA, telles que *COTS*, *Surrogacy UK*, et *British Surrogacy Centre*. Les auteurs constatent une forte augmentation du nombre de *Parental Orders* à partir de 2008, mais qui concerne aussi bien la GPA interne (où la réforme de la *HFEA Act 2008* ouvrant l'accès à des couples homosexuels peut également expliquer l'augmentation des chiffres) qu'internationale. En ce qui concerne le recours à l'étranger, en 2011, environ 26% des *Parental Orders* concernaient des naissances à l'étranger, alors qu'en

⁵⁴⁸ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*; M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *supra*.

⁵⁴⁹ M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *ibid*.

⁵⁵⁰ « Britons paying up to £25,000 for Indian surrogate babies », Jessica Ware, *BioNews* 659, 6 juin 2012.

⁵⁵¹ M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *supra*.

2010, ils s'élevaient à 13%, en 2009 à 4%, en 2008 à 2% et en 1995 à 0%⁵⁵². En tout état de cause, les auteurs de cet article, professeurs en travail social et en psychologie, déplorent le manque de données et forment un appel aux autorités publiques de commencer à collecter les données de manière systématique et cohérente.

Ensuite, une étude plus récente et déjà mentionnée, le rapport Horsey de 2015⁵⁵³, qui fait constat de la même impossibilité d'avoir des données fiables, mais qui soutient que « *It is not the case that thousands from the UK are going overseas for surrogacy... There is no 'ticking time bomb' (i.e. large numbers of people not applying) in respect of POs* »⁵⁵⁴.

Par ailleurs, dans le débat du 14 décembre 2016 à la Chambre des Lords, il a été demandé à la HFEA de collecter des données sur la GPA⁵⁵⁵.

Des entretiens menés par notre équipe britannique, il ressort une incertitude concernant les chiffres:

CJP:

« *The most important thing is the need for proper data and statistics. We know Parental Orders are awarded, but that's not the whole picture. How many surrogacy arrangements are being made internationally? Until we have more data, we can't say* ».

A3:

« *The figures of people using surrogacy abroad are higher than people think, judging from the evidence of the number of people applying to the High Court for a visa for a child born abroad. This is usually a heterosexual couple who have a birth certificate from the country abroad where the child was born such as the USA and have come back to the UK. No mention is necessarily made by the parents of surrogacy in this sort of scenario, and therefore this could just be a child born abroad. Parents do not realize they are not recognized as parents if they are not on the birth certificate.*

There are no official figures for those going overseas from the UK for surrogacy, since data collection methods are unsystematic (though this is said to be improving) and so the actual numbers are contested. Existing data on surrogacy is inadequate. In a Westminster Hall debate in October 2014, it was cited an estimated 1,000-2,000 children born to surrogates for UK-based IPs per year, with 'up to 95%' of these being born overseas. However, reliable data does not currently exist regarding the number of people from the UK undertaking surrogacy arrangements (in the UK or elsewhere), how and where they do so and for what financial cost. Figures purporting to show the incidence of surrogacy and/or where surrogacy arrangements take place differ considerably by source in relation to how many people enter surrogacy

⁵⁵² M. Crawshaw, E. Blyth, O. Van Den Akker, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *ibid.*

⁵⁵³ K. Horsey, *Surrogacy in the UK*, *supra*.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁵⁵ « House of Lords debates UK surrogacy law reform », Ryan Ross, *BioNews* 882, 19 décembre 2016.

arrangements, how many travel for surrogacy, where they go and whether they apply for parental orders ».

A1:

« There is no 'official' route so figures of people going abroad are not certain, but I think that the number is probably in the thousands and it is certain that we need a better tracking system. Immigration is complicated and there are about ten different routes to take. Neither the UK Passport Office nor the Home Office necessarily catch or cover all these routes. I believe that the Surrogacy UK report (Horsey 2015), does not reflect the true picture. Many British people using international surrogacy are homosexual couples, older people, or single men. A smaller number of single women also use international surrogacy, though they find it difficult ».

A2:

« I think that the numbers as reported in the press (thousands per year) are likely to be an overestimate. It is a myth that 'international' or 'cross-border' surrogacy has become commonplace for intended parents from the UK. The actual number of POs in relation to surrogacy arrangements conducted overseas is unclear and, though increasing, appears to be far lower than the numbers cited in Parliament in October 2014. Births recorded in the Parental Order register 2003-2013 are 1098, of which 269 were non-UK (24.4%). Surrogacy is increasing both in the UK and overseas, but the numbers are likely to be in the hundreds not thousands ».

TS2:

« It is hard to know numbers of surrogacies, but I estimate it as in the thousands. The system of data collection for international surrogacy by UK parents is now improving, as the Foreign Office, Department of Health, and the Passport Office are working together on this issue more ».

TS1:

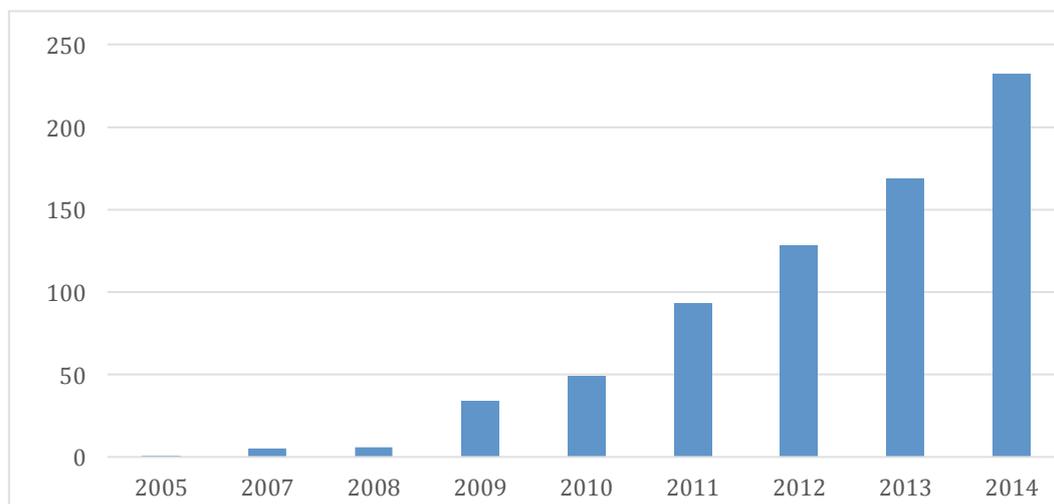
« I accept the estimation of 'thousands', but do agree that there is no hard evidence ».

En conclusion, il est difficile d'avoir des chiffres précis et exacts sur les enfants nés de GPA faites à l'étranger, et les estimations sont contestées. Néanmoins, toutes les personnes interrogées s'accordent à dire que le phénomène croît.

En Israël, il n'existe pas de statistiques publiées concernant le nombre de bébés nés de GPA à l'étranger, le Ministère de l'Intérieur de collectant pas ces données. Cependant, il y a des données disponibles quant au nombre de requêtes déposées devant les tribunaux aux affaires familiales israéliens par des parents intentionnels qui ont besoin d'un ordre judiciaire pour faire un test génétique qui permettra l'entrée du bébé en Israël, en tant

qu'enfant génétique d'un citoyen israélien. Le nombre d'enfants est plus élevé que le nombre de requêtes, car une requête peut concerner plus d'un enfant. Ces données, indépendamment de leur inexactitude, reflètent une augmentation constante du phénomène. Par ailleurs, elles placent Israël comme un acteur relativement majeur de la GPA internationale par rapport aux autres pays. En 2013, par exemple, 169 requêtes liées aux enfants nés par GPA à l'étranger ont été soumises aux tribunaux (en plus des 58 affaires de GPA interne), alors que 167 requêtes ont été soumises devant les tribunaux britanniques, concernant la GPA interne et internationale à la fois⁵⁵⁶. Certes, le nombre de requêtes déposées en Grande Bretagne ne reflète pas la réalité du recours à la GPA à l'étranger par des citoyens britanniques, mais ces chiffres sont néanmoins étonnants si l'on prend en compte le fait que la population britannique est 8 fois plus importante que la population israélienne (environ 63 millions *versus* 8 millions).

*Tableau 4: nombre de requêtes soumises aux tribunaux israéliens concernant de tests génétiques des enfants nés par GPA à l'étranger*⁵⁵⁷



En **France**, en raison du caractère illicite de la GPA en droit interne ainsi que la résistance à l'égard de l'intégration juridique des enfants conçus ainsi à l'étranger, les chiffres ne sont pas clairs. C'est une question qui a été abordée durant les entretiens, et les réponses étaient les suivantes :

CJP1:

« Les dossiers de GPA sont peu nombreux; en tout cas, en termes de signalements, car il y a un chiffre noir beaucoup plus important. Les cas signalés sont une centaine depuis le début, depuis 12 ans environ, c'est peu ».

⁵⁵⁶ <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/revealed-surrogate-births-hit-record-high-as-couples-flock-abroad-9162834.html>

⁵⁵⁷ Données fournies à l'équipe israélienne par le Ministère de l'Intérieur.

(Sur la question: et le chiffre de 400 enfants par an, souvent avancé dans les médias)?

« C'est possible. Il y a des gens qui ont obtenu la transcription car ils n'ont pas éveillé les soupçons du Consulat, ou ceux qui ont fait le choix de ne pas solliciter la transcription, mais qui ont obtenu un laissez-passer pour simplement vivre en famille (l'enfant peut ne pas avoir la nationalité française si ses parents ne réclament pas de certificat de nationalité française)».

MA2:

« Au total, je pense qu'il y a entre 300 et 500 par an ».

L'équipe **belge** pour sa part n'a pas communiqué d'éléments quantitatifs car elle n'a pu en trouver de façon précise.

8. Circulations

La GPA à l'étranger procède d'un phénomène protéiforme de circulation. Cette circulation a de multiples dimensions (8.1.) qui permettent de cartographier les pratiques étudiées dans le cadre de ce rapport (8.2.) et qui conduisent à s'interroger sur la manière dont elle est appréhendée par le droit (8.3.).

8.1. Les dimensions protéiformes de la circulation

Le fait de circulation --- Au premier niveau, la GPA à l'étranger met en scène ce que l'on peut appeler un fait de circulation entre différents territoires nationaux et éventuellement régionaux (situations intra ou extra-européennes par exemple). Cette circulation peut prendre de multiples formes : circulation des commanditaires d'aller (sauf s'ils sont déjà sur place) et de revenir, des gamètes, de la mère porteuse éventuellement, de l'enfant, de documents privés ou publics, de décisions de justice, d'argent le cas échéant, etc.

Ces faits de circulation traduisent tous une volonté des acteurs, spécialement des commanditaires, d'aller chercher ailleurs, souvent à l'étranger, un résultat qu'ils ne peuvent obtenir dans les mêmes conditions sur place, c'est-à-dire sur leur sol national (résidence et/ou nationalité). L'opération se décompose potentiellement en trois temps : s'extraire d'une situation locale, soumettre la situation à un environnement étranger et réintroduire la situation dans l'environnement d'origine.

Sur le premier point, les obstacles nationaux que les commanditaires cherchent ainsi à contourner sont multiples. Comme cela a été indiqué dans ce rapport⁵⁵⁸, ils peuvent tenir à des données purement factuelles (pénurie de l'offre ou prix excessif de la GPA locale) ou à des données plus juridiques (interdiction pure et simple de la GPA localement ou conditions strictes d'accès à la GPA locale).

Sur le deuxième point, les facilités recherchées à l'étranger par les commanditaires peuvent être également purement factuelles (disponibilité de l'offre) ou plus juridiques (légalité de l'offre, facilités offertes par le droit étranger pour couper le lien entre l'enfant et la mère porteuse, facilités pour obtenir des documents de voyage et d'état civil, des décisions de justice permettant d'établir un lien avec les commanditaires et de faire voyager l'enfant dans le pays d'origine de ses parents d'intention, etc.)⁵⁵⁹.

Sur le troisième point, l'opération de « retour » peut être confrontée, on l'a vu, à des difficultés factuelles ou juridiques, à l'étranger parfois mais surtout dans le pays d'origine des parents commanditaires⁵⁶⁰.

Cette démarche tendant à provoquer un fait de circulation peut s'analyser juridiquement de différentes manières.

Elle peut traduire l'exercice d'un droit fondamental d'aller et venir (liberté de circulation) et d'un droit de demeurer groupé familialement (droit à une vie familiale).

Elle traduit également une pratique de *law shopping* (et éventuellement de *forum shopping* en cas de recherche de la compétence d'un juge étranger). En pratiquant une GPA à l'étranger, les commanditaires cherchent potentiellement à provoquer l'application d'une solution juridique étrangère qui n'aurait pas trouvé à s'appliquer sans le fait de circulation. La question de savoir si cette solution leur est ou non « plus favorable » dépend des

⁵⁵⁸ V. p. 59 et s.

⁵⁵⁹ V. p. 48 et s.

⁵⁶⁰ V. p. 59 et s.

circonstances de chaque cas d'espèce. Les commanditaires peuvent, en effet, se méprendre sur la portée des solutions qu'ils aspirent à rechercher à l'étranger, sous-estimer les difficultés qu'ils vont rencontrer, les facteurs de complications, etc. La question de la légalité de la pratique dépend également de la situation en cause : existence ou non d'un droit qui sous-tend la circulation, manière dont le système d'origine contrôle ou non l'exercice de cette circulation et accepte ou non la solution étrangère ainsi produite, etc.

La circulation juridique --- La GPA à l'étranger fait naître un deuxième phénomène de circulation qui a une dimension proprement juridique. Chaque fois que la situation étrangère, constituée par le fait de GPA à l'étranger, renferme des solutions juridiques, notamment en matière de filiation, que l'on peut transporter par un mécanisme de reconnaissance dans le pays d'origine des parents commanditaires, alors on peut parler de circulation juridique.

Ces mécanismes de reconnaissance (jugements étrangers, situations constituées juridiquement à l'étranger) qui permettent cette circulation ont été présentés dans ce rapport⁵⁶¹. Il existe, notamment en Europe, un véritable « droit à la reconnaissance », considéré comme le corollaire d'une liberté fondamentale de circuler. Mais ce droit n'est pas absolu. Sa portée est géographiquement limitée aux situations intra-européennes qui ne sont que partiellement concernées par les pratiques de GPA à l'étranger. Par ailleurs et surtout, il est relativement peu utilisé en matière de GPA à l'étranger : peu de demandes de reconnaissance de décisions étrangères ou d'actes publics équivalents ; la question porte plus souvent sur la possibilité de reconnaître juridiquement des situations créées à l'étranger.

En effet, dans ce domaine de la GPA à l'étranger, c'est, nous l'avons vu⁵⁶², une autre circulation qui est l'œuvre : la circulation des documents de voyage et d'état civil et, naturellement, par voie de conséquence, la circulation primordiale des enfants. Notons que la circulation des gamètes, pourtant essentielle à cette technique, est invisible à travers les sources dont on dispose. Ces circulations produisent des effets juridiques qui vont bien au-delà de ce qu'autorise un mécanisme de reconnaissance des décisions étrangères et des situations juridiques constituées à l'étranger. On parle volontiers ici de reconnaissance *de facto*. C'est cette reconnaissance de fait qu'il faut essayer d'expliquer si l'on veut comprendre pleinement le phénomène de GPA à l'étranger. Nous y reviendrons⁵⁶³.

La circulation des modèles juridiques --- Un dernier point permet d'approcher le phénomène de circulation quand il a trait à la GPA à l'étranger. Il concerne ce que l'on peut appeler la circulation des modèles juridiques.

Deux remarques s'imposent sur ce sujet. D'une part, il est très difficile de dire aujourd'hui que les circulations de fait ou juridiques précédemment décrites, produisent un effet de modélisation de la GPA à l'échelle mondiale ou même régionale. Comme cela a été relevé à différentes reprises dans ce rapport, le sujet est sans doute trop confidentiel pour mobiliser d'importants efforts de la communauté internationale ou des intégrations régionales et les points de clivage demeurent extraordinairement forts, mais aussi changeants, tant pour les pays de l'offre de GPA que pour les pays de la demande.

⁵⁶¹ V. p. 126 et s.

⁵⁶² V. p. 17 et s.

⁵⁶³ V. p. 257 et s.

D'autre part, à rebours de cette première remarque, on observe une convergence des modèles, non sur la GPA elle-même, mais sur les conditions dans lesquelles les pratiques de GPA à l'étranger doivent être appréhendées. La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à une vie familiale, envisagés de manière univoque si l'on excepte l'affaire *Paradiso*, jouent un rôle de premier plan dans le traitement de ces pratiques. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi mis en avant par un système britannique qui multiplie les adaptations du droit national pour permettre à l'enfant né par GPA d'avoir un statut en droit national, avec une préférence donnée au maintien chez les parents d'intention et, le plus souvent, des appréciations positives en faveur des couples aisés, bien éduqués comme des gestatrices professionnelles. D'une autre manière, le droit à une vie privée mobilise une jurisprudence prégnante de la CEDH, qui, sans jamais remettre en cause frontalement la possibilité pour un État d'interdire la GPA, va introduire un contrôle de proportionnalité qui est à l'origine, dans différents États parties et notamment en France, d'un traitement fragmenté des situations de GPA. L'enfant né sous GPA est ainsi amené à vivre pleinement la construction de son identité qui implique qu'il obtienne ce que les droits des parents d'intention ne leur permettaient pas d'obtenir en leur nom propre⁵⁶⁴.

L'intervention des droits fondamentaux, leur déploiement de manière autonome, hors de la stricte sphère étatique, produit un effet très important de transformation des solutions juridiques en matière de GPA à l'étranger. On peut parler d'un modèle de droits fondamentaux qui exerce une influence sur les pratiques de GPA à l'étranger. Dans le contexte européen de la CEDH, ce modèle juridique a vocation à circuler à l'évidence dans les différents États parties.

8.2. Une cartographie des pratiques autour du phénomène de circulation

Approche unitaire, approche fragmentée et circulation --- Si l'on revient aux pratiques étudiées dans le cadre de cette recherche, on observe l'alternative suivante : soit la GPA à l'étranger est traitée d'un bloc, de manière unitaire et la référence au phénomène de circulation est marginale pour le juriste ; soit la GPA à l'étranger est envisagée de manière fragmentaire et le phénomène de circulation occupe une place significative dans les constructions juridiques.

Cette grille de lecture permet de dessiner deux familles de solutions, qu'il faut à leur tour distinguer selon que l'analyse est menée dans un contexte de licéité ou d'illicéité.

Approche unitaire licite ou illicite et circulation : cas du Royaume-Uni et de la France jusqu'en 2013/2014 - L'étude des pratiques du Royaume-Uni a montré que la GPA à l'étranger y est traitée de manière unitaire dans un environnement qui lui est favorable. Les éléments de fait qui se sont déroulés à l'étranger sont le plus souvent internalisés. Concrètement, cela veut dire qu'en ce domaine, le traitement juridique de la situation ne diffère pas fondamentalement selon que cette dernière présente des liens ou non avec un territoire étranger. Dans ces conditions, le fait de circulation ou la circulation juridique sont absents des raisonnements. Par exemple, on évoque très peu l'hypothèse d'une reconnaissance d'une décision étrangère ou d'une situation juridique créée à l'étranger. Tout est traité localement avec, si nécessaire, une forte adaptation du cadre réglementaire national par la jurisprudence, notamment sur la question du niveau de rémunération versée par les parents d'intention à la mère porteuse.

⁵⁶⁴ V. les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, p. 114 et s.

La situation de la France était jusqu'en 2013/2014 à la fois très différente et très proche du cas britannique. Très différente, puisque, contrairement au Royaume-Uni, le droit français baigne dans un fort contexte d'illicéité de la GPA fondé sur un principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Mais également proche, dans la mesure où, jusqu'en 2013/2014, la GPA à l'étranger y était saisie d'un bloc et toute entière soumise à l'interdit de la loi française via l'ordre public international puis la fraude à la loi. Cette soumission au droit français de l'ensemble de la situation partiellement localisée à l'étranger a longtemps fait échec à la prise en considération juridique du fait de circulation. Toute demande de reconnaissance de la situation étrangère était, en effet, systématiquement refusée, sous réserve de l'existence de liens avec le territoire français. Ce refus constituait un obstacle infranchissable à la circulation des décisions de justice étrangères ou plus généralement à la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger, au moins sur le terrain de la filiation de l'enfant.

Approche fragmentée licite ou potentiellement licite et circulation : cas d'Israël, de la Belgique et de la France depuis 2013/2014 --- L'examen des pratiques en Israël, en Belgique et en France depuis 2013/2014 conduit à une analyse différente en termes de circulation.

Dans le cas d'Israël, qui définit un cadre contraignant mais licite pour la GPA à l'étranger, la circulation est juridiquement appréhendée par une distribution de l'application des règles juridiques étrangères et nationales selon que les questions abordées ont lieu dans le pays étranger ou sur le sol national. Certes, il existe un fort déséquilibre entre les deux droits, la part belle étant faite au droit israélien avec un rapatriement d'un certain nombre de questions traitées nationalement (comme, par exemple, la pratique du test génétique). Mais il n'en ressort pas moins que cette application distributive traduit une capacité de la pratique juridique à saisir la situation dans son mouvement. La dissociation entre ce qui relève de la loi du pays où la GPA est pratiquée et de la loi du pays des commanditaires traduit une forte prise en considération du déplacement de la situation d'un pays vers l'autre, avec toutes les conséquences juridiques que cela implique en termes de droits applicables.

Dans le cas de la France depuis 2013/2014 où la GPA demeure illicite, et de la Belgique où sa licéité est discutée, la situation est différente en termes de circulation. Celle-ci n'est pas organisée juridiquement en amont, comme dans le cas d'Israël. Elle intervient par « voie de conséquence » d'une circulation d'éléments de fait ou de droit d'origine étrangère qui sont amenés à produire des effets juridiques sur le territoire national. Ces éléments (jugements ou autres actes publics étrangers, documents de voyage et d'état civil) circulent d'un territoire à un autre. Le pays récepteur, la France dans une certaine mesure et la Belgique dans une proportion semble-t-il plus importante, sont amenés à tirer au plan local des conséquences juridiques de ces éléments venus d'ailleurs. Cette réception de l'élément étranger, qui va, notamment, de la reconnaissance du jugement étranger à, par exemple, la transcription d'un acte de naissance étranger à l'état civil national, est une manière de traduire juridiquement une circulation entre deux territoires. Elle sera nécessairement organisée quand la technique juridique de la reconnaissance est mobilisée. Elle le sera dans une moindre mesure pour la réception du fait étranger. Mais dans tous les cas, il y a une porosité entre les espaces juridiques mobilisés par la circulation et le droit accompagne ce processus de circulation.

8.3. L'appréhension juridique de la circulation

Une circulation qui échappe au contrôle des acteurs --- L'opération de GPA à l'étranger est marquée par une incapacité des acteurs institutionnels ou privés à prétendre pouvoir empêcher le fait de pratiques à l'étranger. Le désir d'enfant est tel, les processus pratiques pour y parvenir sont si nombreux et organisés, qu'il est impossible d'enfermer cette réalité dans le jeu de règles juridiques, de politiques publiques ou même privées qui viendraient interdire leur accomplissement à l'étranger avec une véritable efficacité.

Cet état des choses vaut pour les pays où l'offre est légale et où des dispositifs ont été mis en place pour faire face à des situations de GPA à l'étranger, banalisées comme des cas de GPA interne (Royaume-Uni) ou traitées en tant que telles par des dispositifs propres (Israël). Il vaut également pour les autres pays étudiés où la GPA n'est pas légale (France) ou pas clairement légale (Belgique) et qui ont dû malgré tout trouver des solutions pour traiter certaines conséquences des GPA pratiquées à l'étranger.

Une circulation qui en cache une autre --- La question se pose de savoir ce que traduit cet état des choses. Parmi les explications que l'on peut livrer (défaut d'efficacité des règles juridiques, marchandisation de plus en plus grande du corps humain, affaiblissement des choix nationaux sous emprise de constructions du droit européen notamment, mouvements favorables à la « globalisation » vue comme un progrès), il en est une qui occupe ici une place tout à fait importante : le fait de circulation de l'enfant né sous GPA.

Tout le monde s'accorde à considérer que la délocalisation de la GPA prend une tournure particulièrement grave, compte tenu de la présence de l'enfant né sous GPA sur un territoire autre que celui de ses parents commanditaires ou de son déplacement vers territoire autre que celui de la mère porteuse. Il s'ensuit que le déplacement de l'enfant devient une question clé dans le traitement juridique de la situation de GPA à l'étranger. En effet, si les commanditaires parviennent à faire de ce déplacement de l'enfant l'enjeu juridique recevable de leurs revendications, chaque jour qui passe et qui implique la création des liens affectifs avec les parents d'intention rend le retrait de l'enfant plus inconcevable, (spécialement quand un lien biologique existe avec l'enfant). De la même manière, si l'enfant n'est pas déplacé après sa naissance ou s'il l'a été pour une trop courte durée avant d'être rendu à son pays d'origine, parce que la mère porteuse et les autorités de son pays y parviennent légalement, le processus engagé de GPA à l'étranger sera littéralement stoppé.

En d'autres mots, ce n'est pas tant le fait de GPA à l'étranger --- « fait incontrôlable de circulation » qui doit être considéré ici comme l'objet de l'intervention juridique. Ce qui est au cœur des constructions juridiques, c'est *le fait que l'enfant soit amené à circuler ou ait circulé sur le territoire des parents commanditaires* qui conditionne la plupart des solutions⁵⁶⁵.

La traduction du phénomène de circulation en cause dans la règle de droit --- Face à cette situation où le cœur de la difficulté est précisé, la règle de droit doit faire de la circulation de l'enfant né sous GPA à l'étranger le cœur de ses préoccupations. Cette considération implique un niveau de construction juridique bien plus élaboré que celui qui

⁵⁶⁵ Notons que le fait de circulation de l'enfant n'est ici appréhendé que par voie de conséquence. En bonne logique, il devrait être appréhendé en tant que tel par le biais du contrat de GPA qui organise cette circulation. Mais dans un système fragmenté, le contrat à l'origine de la situation n'est pas considéré dans le pays des parents commanditaires, seules les conséquences sur la situation personnelle de l'enfant sont envisagées.

existe actuellement en France, en Belgique ou, même, au Royaume-Uni. Le cas d'Israël peut être donné en exemple pour l'effort de combinaison des droits du pays d'origine et du pays d'accueil qu'il propose. Mais de nombreuses combinaisons autres peuvent être envisagées, au gré des préférences nationales et des contraintes régionales, dès lors qu'elles traduisent dans la règle de droit une volonté d'appréhender le fait de circulation de l'enfant né sous GPA à l'étranger.

Conclusion générale

Afin de ne pas redoubler la note de synthèse qui a tenté de reprendre l'ensemble des résultats de cette recherche, nous avons voulu, dans la conclusion, permettre à chacun des auteurs, de mettre l'accent sur un ou plusieurs points particuliers, ceux qui lui paraissent les plus marquants. Ce sont donc des conclusions personnelles, élaborées à partir de nos disciplines respectives et nos façons de considérer la GPA.

La première conclusion, celle de Séverine Mathieu, est d'ordre sociologique. Les autres sont d'ordre juridique : celle de Karène Parizer, sur le phénomène général du recours à la GPA à l'étranger; puis celle de Marie-Angèle Hermitte, concernant plus particulièrement ce qui a été qualifié de liberté de second rang ; enfin celle de Jean-Sylvestre Bergé, qui concerne le phénomène de circulation en droit international privé.

Repenser les configurations familiales- Séverine Mathieu

À mesure que cette recherche pluridisciplinaire sur l'intégration des enfants conçus par GPA à l'étranger dans des espaces juridiques nationaux, la France, La Belgique, la Grande-Bretagne et Israël progressait, force fut de constater pour la sociologue que je suis qu'il n'y a pas d'unanimité sur ces questions. Ce que bouleverse la GPA, c'est l'idée que désormais, pour avoir un enfant, il peut y avoir dissociation entre la personne qui procréé (ici la donneuse d'ovocytes), celle qui met au monde (la mère porteuse) et celle qui l'élève (la mère d'intention). Quel que soit le régime juridique de la GPA, le recours à cette pratique en dehors du territoire national est une réalité, avec laquelle nos interlocuteurs composent.

Les entretiens menés avec les professionnels du droit, les avocats, les magistrats, les conseillers juridiques, les militants associatifs, les travailleurs sociaux permettent de montrer que sur le recours à la GPA, les hésitations demeurent. Parmi ceux qui s'opposent à la GPA, l'intérêt et le souci de l'enfant, au centre de ces nouvelles configurations familiales, prévalent. Et parmi ceux favorables à l'acceptation de la GPA, dans des modalités éthiques, c'est également cet enfant issu de GPA qui est le centre des préoccupations. Le désir d'enfant est ici mis en avant, témoignant de la place centrale que cette dimension occupe désormais⁵⁶⁶.

Nombreux sont les travaux de sciences sociales, et tout d'abord d'histoire, qui montrent qu'aujourd'hui, la famille contemporaine est le produit d'un mouvement de privatisation, où le sentiment occupe une place primordiale et où l'enfant devient un individu à part entière⁵⁶⁷. Dans ce contexte, la famille devient un espace de réalisation personnelle, où les deux conjoints tentent de s'épanouir personnellement au sein de l'entité familiale. De sorte que, analysant le désir d'enfant, Nicoletta Diasio considère qu'il « prend forme alors au croisement des exigences de réalisation personnelle, des souhaits de consolidation du couple, du besoin de conformité aux modèles culturels de fécondité, des

⁵⁶⁶ S. Mathieu, « Quelle nature du désir ? Assistance médicale à la procréation, désir d'enfant et transmission », *Anthropologie et Société*, 41-2, 2017, sous presse. Voir également M. Gaille, *Le désir d'enfant*, Paris, PUF, 2011.

⁵⁶⁷ Voir notamment pour les travaux d'E. Shorter, *Naissance de la famille moderne. XVIII-XXème siècles*, Paris, Point Seuil, 1977 et de Ph. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien régime*, Paris, Point Seuil, 1975 et pour la sociologie, le livre de F. De Singly, *Le soi, le couple, la famille*, Paris, Nathan, 1996.

volontés de transmission »⁵⁶⁸. Pour les partisans comme pour les opposants à la GPA, ce désir d'enfant est central.

La dimension politique doit ici également être prise en compte. On le voit ici, l'opposition à la GPA, ou son acceptation, s'inscrivent aussi dans une démarche politique. Il est intéressant de relever à cet égard, que les responsables politiques eux-mêmes ne savent souvent pas quoi faire de cette question de la GPA qui transcende le clivage traditionnel droite/gauche.

D'un point de vue sociologique, ce qui est en jeu ici ce sont les représentations de la famille contemporaine. Cette famille, dont certains annoncent le déclin, est pourtant une valeur centrale. La famille a changé certes mais, les unions ont beau être fragiles, les géniteurs et les parents se multiplier, la famille connaît un processus d'individualisation, les enquêtes européennes (*European Values Surveys*)⁵⁶⁹ montrent l'importance d'avoir des enfants pour l'accomplissement personnel. Même transformée, avec notamment l'affirmation d'un « idéal du couple essentiellement centré sur le cocon familial, les sentiments et le bien-être qu'il abrite »⁵⁷⁰, la famille reste de loin la valeur la plus importante pour près de 9 français sur 10 et elle est assez idéalisée, puisqu'elle « serait le lieu du bonheur, expérimenté au sein d'un cocon de chaudes relations affectives »⁵⁷¹.

C'est ainsi que l'on peut interpréter l'attachement de nos interlocuteurs français par exemple à la transcription des actes de naissance des enfants issus de GPA. Elle est un moyen de s'inscrire dans une configuration familiale normalisée, qui dépasse l'attachement à la représentation d'une famille fondée sur le biologique. Accepter la transcription, c'est alors considérer ici que la parenté n'est pas seulement génétique mais aussi sociale.

Nos interlocuteurs sont ainsi représentatifs autant des divergences des conceptions de la parenté que des mutations à l'œuvre. Les bouleversements de la famille dite « traditionnelle » les travaillent. La réalité de la GPA, que l'on soit pour ou contre, donne à voir de nouvelles configurations familiales, où la parenté sociale est désormais reconnue. Les personnes rencontrées, dans leurs hésitations et leurs affirmations, participent de ce mouvement.

⁵⁶⁸ N. Diasio, « Comment l'enfant fait-il la famille ? », *Revue des Sciences Sociales*, « Désirs de famille, désirs d'enfant », N°41, 2009, p. 9.

⁵⁶⁹ Voir Bréchon P., (dir.), *Les valeurs des Français. Evolutions de 1980 à 2000*, Paris, Armand Colin, 2000, et Bréchon P., Tchernia J-F., *La France à travers ses valeurs*, Paris, Armand Colin, 2009.

⁵⁷⁰ Nathalie Dompnier, « Un idéal très romantique du couple et de la famille : les habits neufs du couple traditionnel », in P. Bréchon, J-F. Tchernia, *La France à travers ses valeurs*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 145-149 (p. 147).

⁵⁷¹ P. Bréchon, J-F. Tchernia, « Conclusion générale », in P. Bréchon, J-F. Tchernia, *La France à travers ses valeurs*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 316-320 (p. 318).

Parmi les quatre pays étudiés, c'est en France que l'intégration juridique des enfants conçus par GPA à l'étranger est la plus discutée, suscitant un véritable débat de société.

Les difficultés sont plus liées à l'illicéité de cette pratique dans l'espace national qu'à la conception générale du droit de la filiation. En d'autres termes, contrairement à ce qui est parfois avancé, la conception civiliste du droit de la filiation, plus structurée que celle qu'en *Common Law*, n'est pas un obstacle en soi à cette intégration, comme on a pu le constater avec le régime belge, où cette intégration s'opère dans la très grande majorité des cas par le biais de l'adoption. Ainsi, dans les pays où la GPA a été autorisée et encadrée, telle qu'en Grande Bretagne et en Israël, même en l'absence de loi concernant le régime juridique des enfants conçus à l'étranger, ces derniers ont été presque toujours intégrés par le biais du mécanisme légal utilisé au niveau interne, à savoir le *Parental Order*. Mais, si en Israël, le recours à l'étranger a été souvent perçu comme une soupape nécessaire pour ne pas étendre les conditions d'éligibilité du recours interne à la GPA, principalement aux personnes homosexuelles, donc comme un phénomène pas forcément négatif, en Grande-Bretagne, au contraire, ce phénomène, tout en étant progressivement facilité par une jurisprudence toujours plus tolérante, voire *contra legem*, est considéré comme bien moins souhaitable que le recours interne, celui-ci étant souvent présenté par les juges et les praticiens du droit comme une meilleure alternative.

Il est incontestable que le fait que cette pratique soit considérée comme illicite en France explique en grande partie la résistance à intégrer les effets des conventions de GPA conclues à l'étranger. Mais le débat de société provoqué par cette question peut également provenir d'une certaine appréhension du phénomène de la globalisation en général. La transnationalisation des pratiques liées à la sphère intime, celle de la famille, et, de surcroît, l'émergence des forces du marché dans ce contexte, sont très mal vécus en France, plus que dans d'autres pays européens où la GPA n'est pas autorisée non plus, telle que l'Allemagne ou l'Espagne.

En même temps, les choses ne sont pas aussi irréversibles qu'elles paraissent ; en d'autres termes, on ne peut pas constater une tendance à l'augmentation du nombre de pays qui seraient intéressés par le développement de ce secteur d'activité. En effet, pendant les deux années de recueil des données et de rédaction de ce rapport, les choses n'ont pas cessé d'évoluer, mais pas forcément dans le sens d'une ouverture croissante : l'Inde et la Thaïlande, qui étaient des destinations très convoitées, ont décidé de fermer leur porte. Ainsi, il convient de réfléchir à la mise en place de nouvelles études pour mieux soulever et comprendre l'énigme des forces qui ont réussi à défier avec succès le capitalisme international, et à mettre fin à cette pratique dans des pays qui en ont pourtant profité substantiellement, du point de vue économique.

Cela nous emmène à constater une double pression : d'une part, celle « d'en haut », émanant des pays souverains qui, comme on a vu, ont décidé d'interdire cette pratique, parfois contrairement à la volonté de leurs ressortissants, ou celle des autorités supranationales, telle que la CEDH, qui, tout en laissant aux États membres la liberté d'autoriser ou non cette pratique, les a contraints à intégrer juridiquement les enfants conçus à l'étranger. D'autre part, la pression « d'en bas », à savoir celle des parents intentionnels à intégrer juridiquement le fait accompli, en l'occurrence, les enfants. À cet égard, plusieurs forces « *bottom up* » convergent : celles des avocats, des agences et des militants, chacun de ces acteurs définissant à son tour ce qu'il considère être une « GPA éthique ». Cette voie est

souvent portée par les juges qui, face à une demande concrète d'intégration juridique d'un enfant, l'admettent sur le fondement du critère de l'intérêt de l'enfant, car, en tout état de cause et fort heureusement, rares sont ceux qui demandent à ce que l'enfant soit retiré du foyer des parents intentionnels.

Cette double pression fait que, quelque soit le cadre mis en place, il sera probablement dépassé, pour des raisons juridiques d'éligibilité, ou pour des raisons économiques, le désir d'enfant étant un facteur extrêmement puissant. Sur la plan juridique, il s'agit d'un équilibre qui est en cours de définition. La position de la France, qui, avec l'Italie, est l'un des derniers pays à résister à l'intégration des effets de conventions de GPA conclues à l'étranger, peut évoluer très prochainement, la Cour de cassation devant statuer en la matière le 5 juillet 2017.

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de l'évolution récente : premièrement, le nombre de pays qui autorisera des étrangers à recourir à cette pratique sur son sol national n'est pas censé s'accroître significativement, mais resterait plutôt stable. Actuellement, les destinations les plus courantes sont les États-Unis auquel s'ajoutent quelques pays de l'Europe de l'Est et la Grèce. Deuxièmement, nous doutons des chances de réussite d'un consensus international donnant lieu à une convention, du type de celle qui régit l'adoption internationale. Les deux contextes ne sont pas comparables, et les pays où la GPA est encadrée n'ont pas intérêt à participer à un tel accord avec ceux où cette pratique est considérée comme illicite. Ainsi, troisièmement, seule l'intégration des enfants conçus par GPA à l'étranger pourrait donner lieu à un consensus dans les pays occidentaux, d'autant plus que, même dans les pays où la GPA n'est pas autorisée, elle ne constitue pas une infraction pénale en soi (ce qui est le cas de la France, où seuls les intermédiaires sont pénalement sanctionnés ; les parents intentionnels ne le sont que dans un contexte de simulation ou de dissimulation d'enfants). Enfin, et en tout état de cause, le critère d'intégration qui semble le plus pertinent, aussi bien dans les différents espaces nationaux que dans la jurisprudence de la CEDH (affaire *Paradiso*) est le lien génétique avec au moins l'un des parents intentionnels, ce qui émane de la volonté d'éviter un trafic d'enfants déguisé sous forme de GPA.

La gestation pour autrui est une réalité bien plus importante que ne le laisse penser le nombre d'enfants ainsi nés, nombre au demeurant mal connu. En effet, elle dissocie pour la première fois dans l'histoire de l'humanité la maternité ovocytaire et la maternité gestationnelle au bénéfice d'une maternité sociale ou d'un double paternité ; elle peut associer cinq personnes différentes dans la conception et la mise au monde d'un enfant qui devra relier toutes ces origines pour construire l'unité de sa propre personne⁵⁷² ; elle fait courir un risque rare mais vital à la gestatrice, et différents risques de santé tant pour la gestatrice que pour la vendeuse d'ovocytes, pour satisfaire le désir d'enfant des parents intentionnels ; elle rebat les cartes de cette antique institution qu'est l'adoption : en effet, si d'un côté, le parent non biologique revendique une parenté sociale comme n'importe quel parent adoptif, il revendique aussi le caractère essentiel du lien biologique de son compagnon ou de sa compagne puisque le couple crée l'enfant pour que ce lien biologique existe, et ils souhaitent, dans un certain nombre de cas, effacer la gestatrice et la vendeuse d'ovocytes de l'histoire juridique de l'enfant. Cet ensemble, déstabilisant pour certains observateurs, est par ailleurs le résultat d'une volonté d'amour qui déplace toute limite. Enfin, l'opération ne se réalise que de manière très exceptionnelle en dehors du cadre d'un marché des produits du corps d'un certain nombre d'adultes et du corps de l'enfant lui-même ; seule la transnationalisation de ces marchés semble à même de satisfaire la demande qui se nourrit, non seulement du désir mais aussi de l'offre disponible, dans un phénomène classique de rétroaction.

Certains États, ayant choisi de permettre la GPA sur leur propre territoire sous certaines conditions, voient les offres étrangères comme un complément à leur propre marché, ce qui ne froisse leur souveraineté qu'à la marge⁵⁷³. D'autres, et c'est le cas de la France, y voient une atteinte à des valeurs essentielles et des choix effectués de manière démocratique du point de vue de la démocratie représentative. Dans la mesure où une large liberté de circulation des personnes et des choses permet d'aller faire légalement dans un autre pays ce qui est interdit dans l'espace national, la question du retour est essentielle. Si l'aller et le retour peuvent être effectués sans difficulté majeure, l'absence de liberté de faire dans l'espace national, s'accompagne d'une liberté de le faire ailleurs sans avoir à subir de sanction – c'est ce que nous avons appelé, faute de mieux, une « liberté de second rang », et que je souhaite approfondir dans cette conclusion.

I. Les choix des souverains : légiférer ou pas, en tenant compte du marché international ou pas ?

Chaque État jouit de plusieurs choix : légiférer selon sa culture ou laisser faire (A) ; organiser le retour des enfants en entérinant tous les choix des parents commanditaires ou certains d'entre eux seulement⁵⁷⁴ ; laisser des traces de l'opération et, si oui, lesquelles (B) ?

⁵⁷² Double don de gamètes, une gestatrice et deux parents intentionnels.

⁵⁷³ Même si certains courants, en Grande-Bretagne, souhaitent faire évoluer le droit anglais pour rapatrier plus de GPA.

⁵⁷⁴ Cf. le chapitre du rapport sur les « tabous » que sont à ce jour et dans certains États seulement, le refus des GPA avec double don de gamètes et la gestion des cas de pédophilie.

A. L'autonomie de choix du législateur national : une souveraineté d'ordre culturel ?

Le premier constat est que, quel que soit le régime législatif adopté par un État pour organiser la GPA selon les critères ⁵⁷⁵ qu'il a choisis par un processus démocratique, **l'observation des pratiques a montré qu'il existe toujours des circulations ayant pour but de faire ailleurs ce que l'on ne peut faire dans son pays**, que ce soit pour des raisons juridiques ou des raisons économiques, ou du fait d'une insuffisance du nombre de gestatrices.

Il paraît donc rationnel de ne pas modifier les choix internes dans le but d'éviter les circulations. Ils doivent rester autonomes, fondés sur une pesée des finalités, des valeurs et des intérêts en présence, qu'il convient de hiérarchiser : enfants, gestatrices, vendeuses d'ovocytes, parents commanditaires ; enfin la société en général qui choisit le type de monde dans lequel vivre : un monde qui satisfait un maximum de désirs mais organise la commercialité du corps humain ou un monde qui extrait les gamètes et la grossesse du marché, mais frustré certains désirs.

Les disparités entre les choix législatifs allant de l'interdiction assortie d'une sanction pénale jusqu'à une liberté contractuelle très étendue, montrent que l'accueil, ou non, de la GPA est un choix **culturel** : les gestatrices qui revendiquent leur satisfaction aux États-Unis donnent une vision du monde où s'articulent la nécessité d'une rémunération permettant de réaliser des projets de vie irréalisables autrement, le désir d'offrir quelque chose d'incommensurable qui doit générer une reconnaissance à la hauteur du cadeau, l'assentiment de la religion ⁵⁷⁶ et « l'estime de soi » que l'ensemble de ces éléments procure, la marchandisation du corps n'étant qu'une juste reconnaissance de l'opération. Ces justifications restent étrangères à d'autres cultures (cf. toutefois II A sur l'évolution des idées), sauf le déclencheur financier, dont la nécessité est universelle, mais génère plus ou moins de gêne selon les cultures.

Pour les États, la protection de tels ancrages culturels s'est longtemps traduite en droit par l'exception d'ordre public international (cf. aussi lois de police, ou lois d'application impérative). Mais si, dans le cas des affaires de GPA, la CEDH reconnaît le principe de la légitimité de cette catégorie juridique, elle en a supprimé quasiment toutes les conséquences : la colorisation sans autorisation de l'auteur d'Asphalt jungle, autorisée aux États-Unis, fut considérée comme portant atteinte au droit moral de l'auteur en France, ce qui conduisit à y interdire la projection du film car la loi française était, sur ce point, « d'application impérative » ⁵⁷⁷ ; en revanche, on ne doit pas imposer d'entraves au retour en France des parents avec les enfants issus de GPA, car c'est l'intérêt supérieur des enfants de ne pas rencontrer de difficultés particulières à leur arrivée dans le pays des parents commanditaires. Quoique les questions de procréation et de filiation soient plus essentielles

⁵⁷⁵ Quels que soient les critères retenus, limitation à une indemnisation dite raisonnable de la gestatrice, interdiction du double don de gamètes, limitation aux couples dont la femme est privée d'utérus, etc.

⁵⁷⁶ Ce point est très important chez les gestatrices américaines, et c'est un trait culturel que l'on retrouve dans d'autres domaines. Ainsi Tim Walberg, un représentant républicain du Michigan, affirmant à propos du climat : « en tant que chrétien, je crois qu'il y a un créateur beaucoup plus grand que nous. Et je suis convaincu que, s'il y a un véritable problème, il peut en prendre soin », *Le Monde*, des 4, 5, 6 juin 2017.

⁵⁷⁷ À propos des prérogatives du droit moral, « ... en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; (...) que ces règles sont des lois d'application impérative », A. et H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4e éd., 2012, n° 1384.

que le droit moral des auteurs, la solution est d'une certaine manière inversée, précisément parce l'intérêt de l'enfant est plus important que l'intérêt de l'ordre juridique institué. **Le fait qu'il s'agisse d'enfants, donc des plus fragiles des personnes, oblige à « désarmer » l'ordre public au lieu de le renforcer, contrairement à la fonction même de l'ordre public.**

Ce désarmement n'est pas limité à la question de la GPA. Il est largement promu par une grande partie de la doctrine juridique, en particulier en droit international et en droit européen où il est associé autant à une forme de civilité entre systèmes juridiques qui se font confiance⁵⁷⁸, qu'à un « sens de l'histoire ». Mais ces attitudes ouvertes et positives se paient d'un prix fort, le recul de l'adhésion au projet européen et, *a fortiori*, à la « globalisation ». Comment, alors, trouver des équilibres acceptables entre la réception des autres cultures et le maintien des spécificités culturelles locales, et comment choisir celles de ces spécificités qui méritent d'être respectées ?

Les juridictions supranationales, pourtant coutumières d'interprétations extensives et téléologiques pour adapter des textes peu mobiles aux évolutions politiques qu'elles pensent constater, ont pourtant reconnu la pertinence de la question, au moins sur un plan conceptuel. La CEDH met au fondement de ses décisions la « *marge nationale d'appréciation* » ; l'UE a créé le « *principe de subsidiarité* », assorti du « *principe d'attribution* », deux principes censés limiter son appétit.

Mais cela fait plusieurs années que ces techniques semblent ne plus suffire et que l'on recherche d'autres instruments : les notions *d'identité constitutionnelle* et *d'identité nationale* ont alors suscité de l'intérêt malgré la difficulté à les manipuler⁵⁷⁹. Si le propos est, à l'heure actuelle, principalement axé sur les aspects tenant à l'organisation de l'État, il déborde sur les valeurs et, plus que sur les valeurs communes dont le principe semble acquis, sur les « particularismes culturels » dont l'ignorance conduit à un regain du « besoin d'identité » des États (A. Viala)⁵⁸⁰. C'est l'idée que nous avons proposée en suggérant de faire du principe de gratuité des produits du corps humain, spécificité française souvent mise en valeur par les décisions du Conseil constitutionnel comme pivot du droit de la bioéthique français, un élément de l'identité constitutionnelle française, qui n'aurait d'ailleurs d'intérêt que s'il s'agissait d'une gratuité vraie⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Dans la première affaire de GPA, la Cour d'appel, censurée par la Cour de cassation avait été exemplaire de cette doctrine : « considérant que **ces décisions étrangères**, statuant en matière d'état des personnes et conformément à la législation des États-Unis d'Amérique localement applicable (...) **ont autorité en France de plein droit** ; considérant que l'abandon par la mère naturelle de ses droits sur l'enfant et leur transfert au père naturel à l'issue d'une procédure judiciaire **ne heurte pas la conception française de l'ordre public international**, s'agissant de plus de **donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger** » CA Paris, 15 juin 1990, *Rev. Critique de DIP*, 1991, p. 711 C. Labrusse-Riou.

⁵⁷⁹ L. Burgogue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pédone, 2011 ; F-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013 ; Sébastien Martin, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel* 2012/3 (n° 91), p. 13-44, <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2012-3-page-13.htm>

⁵⁸⁰ En réduisant cette idée, très générale, à la question démocratique strictement entendue, la CEDH admet que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre, affaire *SH et autres contre Autriche*, 3 novembre 2011, n°57813/00.

⁵⁸¹ M-A.Hermitte et K.Parizer, « La bioéthique et la constitution française – Interrogations de privatistes sur les modèles constitutionnels contemporains », in C. Byk (dir.), *La constitution face au défi de la bioéthique*, Les Etudes hospitalières, Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est, 2008 p. 57 – 83.; M-A. Hermitte, « L'intérêt

Mais, ramenée à une identité constitutionnelle, l'idée n'est pas forcément convaincante : d'une part, seules les constitutions substantielles, du type de la constitution suisse, peuvent aller dans le détail des biotechnologies ; d'autre part, le terme d'identité véhicule, à tort ou à raison, une vision fixiste, voire autochtoniste, des valeurs. Or, si l'on considère l'histoire de la construction du principe de gratuité en France, on constate au contraire qu'elle est liée à un accident de l'histoire puisque la gratuité s'est imposée lors de la deuxième guerre mondiale sous la contrainte des besoins en sang des maquis, puis dans l'accompagnement du mouvement des armées de libération⁵⁸². Ce sont donc des valeurs culturelles presque accidentelles⁵⁸³ et sans lien avec un droit constitutionnel strictement entendu qui surgissent et dessinent des particularismes intimes que les mouvements d'harmonisation voient comme des obstacles. Actuellement, ni la marge d'appréciation ni le principe de subsidiarité ne parviennent à exprimer de manière satisfaisante ces différences.

Pour autant, les circulations existent et, une fois le choix interne effectué, il faut gérer le retour, lorsque reviennent des produits et des personnes.

B. Réglementer le retour ?

Le souverain peut se saisir aussi de la question du retour et l'on a pu constater que les différences entre les pays étudiés portent aussi sur ce point, sachant que dans tous les cas, la GPA à l'étranger joue le rôle d'une soupape aux impasses du droit national, qu'il soit ouvert ou non à la GPA⁵⁸⁴ :

- La Grande-Bretagne a choisi de ne pas inscrire dans la loi la question du retour, mais les juges utilisent en routine le *parental order*, procédure plus simple que la procédure d'adoption. Il ne restera aucune trace de l'opération car c'est une manière comme une autre de procréer. La réception de ce qui a été fait à l'étranger par les juges satisfait ceux qui y voient un complément bienvenu aux limites du modèle national comme ceux qui y voient un argument pour l'aligner sur ce qui attire à l'étranger : impossibilité pour la gestatrice de garder l'enfant, rémunérations plus élevées qui permettent de trouver plus de gestatrices.
- La France a également choisi de ne pas inscrire dans la loi la question du retour, mais dispose désormais d'un arsenal normatif disparate permettant de régler les questions de nationalité et d'état-civil vis-à-vis du parent biologique, le statut du deuxième parent d'intention restant (pour le moment) celui d'un beau-parent ;
- Israël a choisi d'inscrire la question du retour dans l'ordre juridique national, en élaborant les fameuses guidelines dont on se demande pourquoi elles ne sont pas

d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant », in E. Bottini, O. Cayla et J-L. Halpérin, *Les droits constitutionnels du vivant (l'éditeur ayant fait faux bond, demander l'article à l'auteur)* ; sur les manipulations de la notion d'indemnisation raisonnable, v. p. 78 et s.

⁵⁸² En effet, le sang était normalement rémunéré au volume transfusé. Le régime de Vichy réorganisa la collecte du sang (qui s'effectuait de bras à bras) en donnant aux vendeurs de sang, outre la rémunération, divers avantages alimentaires (en particulier la viande rouge). Ces vendeurs de sang furent évidemment assimilés à des collaborateurs et il fallut compter sur des sympathisants fiables pour assurer la transfusion de sang lorsque des résistants avaient été blessés, cf. M-A. Hermitte, *Le sang et le droit – Essai sur la transfusion sanguine*, Le Seuil, 1996.

⁵⁸³ Si c'est bien un accident de l'histoire qui est à l'origine, la lente construction d'un pool suffisant de bénévoles fut le fruit d'un long travail, le bénévolat n'ayant été acquis qu'en 1978, sans que l'on puisse être sûr que ce soit définitif, tant il a été sapé par la libre circulation des marchandises.

⁵⁸⁴ Par exemple, interdiction de l'accès à la GPA pour les couples d'hommes en Israël.

publiques. Elles sont difficiles à qualifier car, d'un côté, elles continuent de poser des conditions qui peuvent gêner certains parents d'intention (par exemple en exigeant que l'enfant ait un lien génétique avec l'un des parents d'intention, ce lien étant vérifié avant d'autoriser le retour), de l'autre elles régulent le choix des parents d'intention en faveur de tel ou tel pays.

Le premier intérêt d'un système normatif clair sur la question du retour serait de décharger les juges de choix normatifs qui ne sont pas de leur ressort ; le deuxième intérêt serait, en posant des conditions à respecter pour autoriser le retour avec les parents d'intention, de pouvoir agir au plus vite, avant que l'enfant ait commencé à construire une relation avec les parents d'intention, en confiant l'enfant à l'adoption (le modèle israélien montre que certaines conditions peuvent être vérifiées dès l'origine dans le pays de naissance, condition pour que l'enfant obtienne les documents de voyage). Toutefois, dès que les règles du retour poseront des conditions, elles seront elles-mêmes violées, au moins à la marge.

II. Les circulations : libertés de premier rang, libertés de second rang

Les idéologies de la circulation sont fondées sur un cosmopolitisme bienveillant, s'appuyant sur le plan économique sur la sortie de la grande pauvreté d'une partie importante de la population mondiale et sur le plan politique sur l'idée que l'éducation rapproche les peuples (B). Les deux propositions sont exactes mais laissent de côté nombre de conséquences négatives et d'impasses, dont la plus reconnue est l'impasse environnementale. Celle qui nous retiendra ici est le tissage des offres et des demandes de GPA par le truchement inéluctable des marchés biologiques humains (A). Le développement de ces marchés ne semble pas être un sujet de préoccupation pour la CEDH qui offre, aux citoyens des pays interdisant la GPA, ce que nous avons appelé une liberté de second rang (C).

A. Les circulations, du cosmopolitisme bienveillant aux biomarchés

La GPA entraîne des circulations diverses, légales et illégales, de personnes⁵⁸⁵, de choses⁵⁸⁶, ainsi que d'idées sociétales et juridiques.

⁵⁸⁵ On l'a longuement décrit : les parents commanditaires viennent, dans tous les exemples connus, chercher l'enfant dans le pays où il est né. Les gestatrices circulent, sans doute plus qu'on ne le croit, car il s'agit non seulement d'échapper à une interdiction législative nouvelle qui met fin à un commerce lucratif bien installé (cas de l'Inde), mais aussi, de manière légale, de les faire venir dans un espace national où la GPA est autorisée et les cliniques de fertilité sont performantes, alors qu'il n'y en a pas suffisamment sur le territoire (cas actuel de la Grèce et cela pourrait devenir le cas du Portugal où cette possibilité est prévue par la loi). Il s'agit bien évidemment des enfants nés, puisque leur transfert est l'objet même du contrat. Enfin, l'exemple israélien montre que des médecins circulent pour réaliser des GPA dans des pays sous-équipés, soit qu'ils fassent des prestations de services régulières, soit qu'ils investissent dans des cliniques proposant l'ensemble de la prestation.

⁵⁸⁶ Les gamètes circulent, généralement légalement, parfois sur un marché noir. Le plus souvent, il y a un père commanditaire qui sera père biologique, et son sperme va donc circuler de son État d'origine vers l'État dans lequel l'opération est organisée ; ce même circuit est emprunté par les ovocytes de la mère commanditaire qui n'a pas d'utérus fonctionnel mais qui a une production normale d'ovocytes. Enfin, dans les pays asiatiques, des ovocytes seront achetés dans des pays occidentaux, posant la question la plus souvent occultée des référents ethniques de la GPA.

Les idées sur la GPA, en tant que telle, vont circuler par le truchement des associations militantes et des médias (télévision⁵⁸⁷ ou via internet et ses « histoires de vie », ou encore par la presse, qu'il s'agisse de la presse féminine ou de la grande presse, avec des prises de position collectives ou individuelles). Mais les idées circulent aussi de manière plus subtile. Tout d'abord, toute prise de position, y compris contre la GPA, installe l'idée que cette pratique est matière à débat et à réflexion sur ce que serait une « éthique de la GPA » alors que, à l'origine, la pratique a été condamnée et les associations l'organisant dissoutes dans le cadre d'un consensus si large qu'il a offert peu de place à la discussion⁵⁸⁸. D'autre part et surtout, ce sont des idées plus générales qui circulent, renforçant l'emprise du modèle anglo-américain qui lie de manière indissociable libéralisme moral et libéralisme économique ; les situations que nous avons décrites l'illustrent à l'évidence. Et c'est effectivement dans ce seul cadre que la GPA est pensable⁵⁸⁹. On ne sait pas, en l'état, trouver les limites souhaitables à « l'autonomie personnelle », elle-même souhaitable. Sur le plan juridique, cette fois, la circulation des situations juridiques en matière de GPA est la marque de l'idéal d'un cosmopolitisme bienveillant dans un monde apaisé partageant des valeurs communes et accueillant les valeurs des autres sociétés médiatisées par les lois nationales et les décisions de justice. Rien ne vient démontrer que ce monde porté par la Cour d'appel de Paris en 1990 puisse coexister avec les traces des histoires juridiques particulières des différents États.

B. La victoire actuelle du cosmopolitisme juridique

Le point commun de toutes les situations étudiées est la circulation, et au premier chef celle des personnes et des choses, que le souverain autorise ou interdit, en utilisant la frontière comme instrument matériel du contrôle. L'histoire moderne a sans cesse renforcé l'idéal d'ouverture, y compris contrainte, comme ce fut le cas des « traités inégaux » imposés à la Chine et au Japon au cours du XIX^e siècle, les forçant à reconnaître le principe de la « porte ouverte ». Pour G. Scelle qui s'en fit le chantre, la libre circulation des hommes et des choses, la liberté du commerce international, la faculté d'établissement et de résidence, la liberté d'aller et venir sont autant de formes de « libération de la personnalité, condition essentielle de l'acquisition des biens et de la poursuite du bonheur »⁵⁹⁰. Il en déduisait,

⁵⁸⁷ Plusieurs passages de GPA américaines heureuses sur France 2 à des heures de grande écoute, et des émissions moins idylliques mais moins personnalisées donc moins efficaces, sous forme de reportages sur des chaînes moins grand public.

⁵⁸⁸ Seul l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1990 a argumenté, considérant que la maternité de substitution « permettant à un couple atteint de stérilité du fait de la femme, d'obtenir la naissance d'un enfant pour l'exercice du droit naturel de fonder une famille par la procréation, ne heurte pas le principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes », CA Paris, 15 juin 1990, *Rev. Critique de DIP*, 1191, p. 711 C. Labrusse-Riou.

⁵⁸⁹ On l'a vu pour la GPA, la gratuité est une exception réservée aux relations intrafamiliales ; mais si l'on observe ce qui se passe dans les pays qui ont ouvert largement l'AMP, que ce soit en favorisant le don d'ovocytes ou en ouvrant l'IAD aux femmes seules et aux couples de femmes, il est toujours nécessaire de passer à la rémunération des gamètes pour approvisionner suffisamment la demande (les exemples espagnols, belges et canadiens sont particulièrement parlants à cet égard).

⁵⁹⁰ G. Scelle, *Précis du droit des gens*, Editions du CNRS, 1984 tome II p.63 ; la liberté de circulation comme condition de sortie du servage, justification parmi d'autres de la colonisation mais aussi d'un idéal de libre émigration.

contrairement au droit classique formulé par de Vattel ou de Mertens, l'interdiction pour un État de s'isoler.

Cette manière de lier les libertés de circulation au bonheur et à la construction d'un monde apaisé a été au cœur du projet européen, par des traités librement consentis cette fois, que ce soit dans le cadre restreint des droits de l'homme ou celui, plus large, de l'Union européenne. Cette dernière est fondée sur des valeurs⁵⁹¹, exprimées spécifiquement dans la charte des droits fondamentaux ou dans la charte sociale européenne, comme dans le traité fondateur de l'Union⁵⁹². L'ensemble du titre II est consacré aux principes de base de la démocratie⁵⁹³ et il est à de multiples reprises question des « valeurs universelles »⁵⁹⁴.

L'énoncé de ces valeurs communes n'empêche pas une certaine reconnaissance, au moins en principe, de la spécificité de « l'histoire, de la culture et des traditions de *chaque peuple*, de la *diversité* culturelle et linguistique, de *l'identité nationale des États*, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles⁵⁹⁵, --- un balancement donc, entre le projet commun et des particularismes.

Mais il est bien sûr question aussi de liberté du commerce. Or si, dans les énoncés généraux, elle n'est qu'un élément parmi d'autres, dans le fonctionnement quotidien et effectif de l'Union européenne, ce sont toujours les quatre libertés de circulation du vieux marché commun qui prédominent, marchandises, services, capitaux, personnes. Ce sont elles qui, au quotidien, en uniformisant, tirent ou donnent les prétextes pour tirer les filets sociaux vers le bas et froissent les traditions, depuis les normes de pureté de la bière allemande, jusqu'à la définition du vinaigre italien, forcément de vin.

C. GPA, circulations et « liberté de second rang »

Les libertés de circulation, fondement du droit européen, sont à double face : elles génèrent des oppositions, mais sont aussi utilisées pour échapper à un carcan juridique qui n'est pas forcément légitime.

La jurisprudence de la CEDH nous a interrogés, tant elle utilise les libertés de manière paradoxale. Déjà les divergences entre les droits européens qui, théoriquement, partagent des valeurs communes, frappent par leur radicalité, entre ceux qui voient la GPA comme le summum de la générosité, de l'humanité et de l'idéologie généralisée du gagnant --- gagnant et ceux qui y voient un esclavage moderne ou, *a minima*, l'acceptation par les parents d'intention du risque, rare mais mortel, encouru par la gestatrice. À ce jour, la Cour n'a jamais cherché, au détour de telle ou telle affaire, à examiner la compatibilité avec les droits

⁵⁹¹ Cf. le travail de thèse intéressant de S. Labayle, *Les valeurs de l'Union européenne*, thèse Aix Marseille-Laval, 2016, qui fait de l'intégration la valeur suprême de l'Union européenne, alors que c'est peut-être plutôt la finalité ultime, réalisable en se fondant sur des libertés parmi lesquelles prédominent les libertés économiques.

⁵⁹² Elles sont en principe défendues par l'article 7 du traité, prévoyant la possibilité de sanctions à l'encontre d'un État qui y porterait atteinte, mais la question hongroise a, pour le moment, surtout démontré l'incapacité de l'Union à appliquer cet article.

⁵⁹³ Avec des avancées importantes en matière de transparence et de participation du public à la décision.

⁵⁹⁴ Le Préambule évoque les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit ; l'art. 2 la dignité humaine et de protection des minorités, le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, l'égalité entre les femmes et les hommes, et l'article 3 le progrès économique, social, scientifique et technique, développement durable, de paix et bien-être des peuples.

⁵⁹⁵ Préambule, article 3 et 4.

fondamentaux de l'une des législations nationales des États parties à propos de la GPA, qu'il s'agisse des législations l'organisant ou de celles qui l'interdisent.

En matière de bioéthique pourtant, la Cour a déjà condamné l'interdiction totale d'accès à certaines techniques d'AMP formulée par tel ou tel droit national, ainsi de l'interdiction d'accès au diagnostic préimplantatoire des embryons qui caractérisait le droit italien, alors même qu'elle reconnaît que la mise en œuvre du DPI est susceptible de poser de délicates questions d'ordre moral. La Cour retiendra dans l'affaire *Costa et Pavan* que cette interdiction généralisée constituait une ingérence dans le droit des couples porteurs de certains traits génétiques au respect de leur vie privée et familiale, et obligea donc l'Italie à prévoir une possibilité de DPI des embryons⁵⁹⁶. Ainsi également du droit d'une épouse d'obtenir le sperme de son mari prisonnier pour réaliser une insémination artificielle autologue⁵⁹⁷. Elle aurait donc pu condamner l'interdiction totale de toute possibilité de « procréer par GPA » imposée aux Français, que ce soit pour des causes médicales ou sociétales et indirectement obliger la France à une reconnaissance minimale de la GPA comme elle l'a fait du droit de connaître ses origines à propos de l'accouchement sous X ou du transsexualisme⁵⁹⁸. Elle ne l'a pas fait, quoiqu'elle ait condamné les obstacles opposés au retour des parents intentionnels avec les enfants.

Mais ce qui intrigue, ce sont les raisonnements tenus par la Cour pour légitimer la législation française d'interdiction, n'agissant que sur les conditions du retour. Un élément de son argumentation, que l'on retrouve en d'autres occurrences, attire particulièrement l'attention.

Dans plusieurs affaires en effet, la Cour ne déclare pas la législation nationale incompatible avec la convention européenne des droits de l'homme, quand bien même elle a constaté que le choix national est devenu minoritaire en Europe et qu'il porte atteinte sinon à un droit clairement protégé par la CEDH évidemment, du moins à une vision quasi-consensuelle en Europe des libertés offertes aux citoyens⁵⁹⁹. Elle refuse donc de s'opposer à la législation nationale mais oblige l'État à reconnaître les conséquences de son contournement. C'est ainsi par exemple qu'elle reconnaît un « lien familial *de facto* » entre un enfant et sa mère adoptive⁶⁰⁰, alors que cette adoption n'était pas reconnue en droit interne, et oblige à en

⁵⁹⁶ CEDH, *Costa et Pavan c. Italie*, 28 août 2012 (n°54270/10), <http://www.ieb-eib.org/fr/pdf/costa-pavan-c-italie.pdf>. Pour la Cour, cette ingérence est prévue par la loi et « peut passer pour poursuivre des buts légitimes de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui », l'accent étant mis sur le risque de dérives eugéniques. Mais elle constate que l'Italie autorise l'interruption médicale de grossesse et montre le caractère incohérent de ce double régime interdiction du DPI – autorisation des IMG. La Cour met par ailleurs l'accent sur le DPI comme moyen de réaliser le droit des parents de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, et constate que presque tous les États européens autorisent le Dpi, de manière plus ou moins ouverte, elle oublie de le constater.

⁵⁹⁷ CEDH, *Dickson contre Royaume-Uni*, 4 décembre 2007 (n°44362/04).

⁵⁹⁸ Techniquement, on le sait, « dans une affaire issue d'une requête individuelle la Cour n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation (...) mais se limiter à traiter les questions soulevées par le cas concret ... » ; elle en déduit qu'elle n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de règlement des questions que pose la procréation artificielle ». Mais elle ne se prive pas de tailler dans les législations.

⁵⁹⁹ L'Irlande a inscrit le droit à la vie de l'enfant à naître dans sa constitution. C'est l'absence de toute possibilité d'interruption de la grossesse qui a été condamnée par la Cour, obligeant l'Irlande à une ouverture minimale, lorsque la vie de la mère est en danger (2013).

⁶⁰⁰ CEDH, *Wagner & al. Contre Luxembourg*, 28 juin 2007 (n°76240/01).

tirer les conséquences juridiques. Mais allant plus loin, la Cour s'appuie expressément sur cette possibilité d'aller faire ailleurs ce qui est interdit dans l'ordre juridique interne pour reconnaître que la législation restrictive n'excède pas la marge d'appréciation de l'État.

La motivation a été particulièrement claire dans deux occurrences. La première concerne l'IVG, interdite en Irlande, y compris dans certaines circonstances mettant la vie de la mère en danger⁶⁰¹. Après avoir constaté que le choix irlandais était le résultat d'un « long, complexe et épineux débat mené en Irlande sur la teneur du droit national relatif à l'avortement » (pt.239), elle relève que le droit « autorise les femmes qui, comme les première et deuxième requérantes, souhaitent avorter pour ce type de motifs à se rendre dans un autre État à cet effet », tout obstacle ayant été levé « empêchant des femmes adultes de se rendre à l'étranger pour y subir un avortement et d'obtenir des informations en Irlande à cet égard ».

Le raisonnement tenu à propos de l'interdiction du droit autrichien d'effectuer des fécondations in vitro assorties d'un don de sperme, est identique. La Cour admet que cette combinaison de deux techniques distinctes est la seule qui permettrait au couple requérant d'avoir un enfant, mais observe « que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents ».

Autrement dit, la CEDH n'impose pas aux États d'ouvrir largement l'IVG, de pratiquer les FIV hétérologues ou d'ouvrir à la GPA ; toutes ces possibilités ne constituent pas des libertés fondamentales protégées. En revanche, elle vérifie qu'il y a bien une liberté de circulation réelle (et informée dans le cas de l'IVG en Irlande) destinée à contourner son droit national. Pouvoir aller faire à l'étranger ce qui est interdit chez soi sans subir de sanction disproportionnée est une liberté, « de second rang », qui s'organise à partir de la liberté de circulation basique, liberté de premier rang. L'articulation entre les deux permet à la Cour de ne pas condamner une disposition restrictive d'un droit national, dès l'instant qu'il n'y a pas de sanction imposée au retour.

Cette liberté de second rang s'appuie sur la faculté des citoyens à circuler dans le monde pour jouir des différents systèmes de droit. C'est une manière de faire l'Europe des libertés qui tranche avec les modalités classiques, plus brutales pour les droits nationaux, qu'il s'agisse de l'harmonisation ou même de la reconnaissance mutuelle des normes étrangères dont elle se rapprocherait plutôt. Le déplacement de la personne pour trouver ailleurs une liberté qui lui est refusée et la manière dont le droit national gère le retour n'ont jamais été étudiés dans leur diversité : je suis libre d'aller dans le pays X consommer une drogue qui y est licite, je ne suis pas libre de rapporter en France les produits interdits. Je suis libre d'aller faire des études de dentisterie ailleurs qu'en France, mais je ne pourrai exercer au retour que si le diplôme est reconnu. Je suis libre d'aller faire une GPA à l'étranger et de revenir avec l'enfant, mais à ce jour certaines conditions sont requises pour établir sa nationalité et son état-civil. Cette liberté de second rang a donc des conséquences très diverses. Les tribunaux nationaux vont traiter le retour, « par voie de conséquence », comme un phénomène séparé ; la CEDH au contraire va apprécier la loi nationale au regard de la liberté

⁶⁰¹ CEDH, A, B, C contre Irlande, 16 décembre 2010 (n°25579/05).

qu'offre l'ensemble du processus, c'est à dire le déplacement et le retour, taillant dans les éventuelles sanctions mises par le droit national.

Tout ceci paraîtra vraisemblablement obsolète d'ici peu. Alors que la GPA est une opération compliquée qui oblige à tisser des liens, certes marchands, entre personnes humaines, l'avenir technologique qui s'annonce changera la donne. En effet, déjà réalisé avec succès sur la souris, il sera possible à terme de fabriquer des gamètes mâles aussi bien que femelles à partir d'une cellule somatique d'un individu. Un embryon, qui ne sera pas un clone, pourra être conçu avec les cellules d'une seule personne. S'il faut aujourd'hui un utérus pour mener le projet à son terme, l'utérus artificiel avance à partir d'expérimentations sur les moutons. Quant aux embryons, ils ont déjà été menés jusqu'à 14 jours avant d'être détruits, et un bébé semble aller bien alors qu'il est né après 20 semaines de grossesse au lieu de 38 (il pesait 57 grammes). Lorsque ces gamètes et l'utérus artificiel seront au point, une personne pourra faire féconder son embryon à partir de ses propres gamètes et le mener à terme dans une poche qui pourra d'ailleurs être faite de tissus utérins et non de plastique comme actuellement. Si ce projet solitaire semble être aux antipodes de la plupart des AMP et en particulier de la GPA qui nécessitent un collectif d'intervenants, la toute-puissance du désir et de l'autonomie de la volonté, transformée en autonomie personnelle, constituent autant d'avancées de la « liberté procréative » revendiquée par les transhumanistes, la GPA n'en étant qu'une manifestation parmi d'autres⁶⁰².

⁶⁰² M-A. Hermitte, « De la question de la race à celle de l'espèce – Analyse juridique du transhumanisme », in G. Canselier et S. Desmoulin-Canselier, *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies, Droit, sciences et médecine face à la diversité humaine*, Société de législation comparée, 2012.

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, y compris lorsqu'elles sont *contra legem*. 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), le fait que les commanditaires recourent 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 sous étude 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 (cas de France et la 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.

Cette typologie permet de considérer que la réception des cas GPA à l'étranger est tributaire de deux opérations successives. La première porte sur un travail de contextualisation et la seconde a trait au processus de circulation.

Sur le premier thème, deux questions principales se posent. La GPA à l'étranger évolue-t-elle dans un contexte de licéité ou d'illicéité ? Selon l'environnement dans lequel on se place, on sait en effet que les solutions peuvent être radicalement différentes. La GPA à l'étranger est-elle saisie d'un seul tenant comme un processus unique ou de manière fragmentée, disloquée sur différents territoires ? Les réponses à ces questions conditionnent largement l'énoncé des solutions. Ces deux interrogations montrent que la GPA à l'étranger se présente comme un cas rare qui ne répond pas à une construction classique du droit international privé : l'institution n'est pas commune aux différentes traditions juridiques nationales alors qu'elle met nécessairement en scène différents ordres juridiques nationaux. Si l'on veut que le droit traite ces situations de manière raisonnée, il est nécessaire de le hisser à un niveau de construction suffisamment élaboré. Ce type d'approche passe par un traitement prévisible de la situation, saisie dans sa totalité, et non pas dans une approche accidentelle et partielle. Si la situation met en relation des territoires et des ordres publics différenciés, il faut en tenir compte en distribuant le rôle des droits en présence et des considérations d'ordre public qu'ils portent. Le cas israélien est, des systèmes de droit étranger étudiés, celui qui se rapproche le plus de ce modèle.

Sur le second thème, le fait de circulation que le droit entend appréhender doit être précisément identifié. S'agit-il du fait organisé par le contrat de GPA (et ses composantes : circulation des gamètes, de l'argent, des différents acteurs) ou du fait de circulation de l'enfant et de son environnement familial ? Les deux faits de circulation coexistent. Mais ils ne sont pas soumis aux mêmes constructions juridiques et ces constructions sont rarement mises en cohérence. L'explication de cet état des choses doit être recherchée dans une analyse insuffisante du phénomène de circulation⁶⁰³. Ce dernier est trop souvent considéré comme antécédent au droit. Il s'impose comme une réalité traitée juridiquement « par voie de conséquence » et non pas « en tant que telle ». Une analyse renouvelée du phénomène mérite d'être envisagée. Elle dépasse assurément les contingences propres à la GPA à l'étranger⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Voir néanmoins sur ce thème, l'analyse conclusive ci-dessus proposée par M.-A. Hermitte.

⁶⁰⁴ Sur cette hypothèse de travail, voir le projet IFITIS : <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=21027>

GLOSSAIRE

A --- avocats

J --- juges

TS --- travailleurs sociaux

CJP --- conseillers juridiques défendant les intérêts publics auprès des différents juridictions et ministères --- justice, santé, intérieur

EI- entrepreneurs intermédiaires, tels que les agences et les cliniques

MA- militants associatifs

BIBLIOGRAPHIE

Rapports (cette liste n'est pas exhaustive, seuls les plus récents rapports sont indiqués):

Parlement européen:

European Parliament, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs, 2013.

France :

--- Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'assistance médicale à la procréation (AMP) et la gestation pour autrui (GPA)* par M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Catherine TASCA, n°409, 17 février 2016.

--- *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Irène THÉRY (présidente), Anne-Marie LEROYER (rapporteuse), 2014.

--- CCNE, Avis n° 110, *Les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 1^{er} avril 2010.

--- Sénat, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, par Michèle ANDRÉ, Alain MILON et Henri de RICHEMONT, n°421, juin 2008.

Grande Bretagne :

--- *Surrogacy in the UK: Myth busting and reform. Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform*, novembre 2015.

--- Margaret BRAZIER, Alstair CAMPBELL, Susan GOLOMBOK, *Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*, Department of Health, 1998.

Israël :

--- Ministère de la santé, *Recommandations du comité public d'évaluation de législation an matière de fertilité et de naissance*, mai 2012 (hébreu).

- Nuphar LIPKIN, Eti SEMAMA, *Surrogacy in Israel- 2010 Status, and Proposed Changes to Legislation*, un rapport de l'association Isha L'Isha- Haïfa Feminist Center, 2010.

Colloques :

- « La gestation pour autrui- resituer la France dans le monde – représentations, encadrements et pratiques », Paris, 17-18 novembre 2016.

--- « La maternité face au marché », Sciences Po, Paris, 3 décembre 2014, sous la direction scientifique de Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Jo Bonnet.

--- « Surrogacy: Feminist Dimensions », conférence, Université Hébraïque de Jérusalem, 2 décembre 2015.

Contributions doctrinales :

- AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, Flammarion, Paris, 2009.
- AINSWORTH Sara, "Bearing Children, Bearing Risks: Feminist Leadership for Progressive Regulation of Compensated Surrogacy in the United States", *Washington Law Review*, 2014, 89, pp. 1076-1123.
- BEAUMONT Paul, TRIMMINGS Katarina, "International Surrogacy Arrangements: an Urgent Need for Legal Regulation at the International Level", *J Priv. Int. L.*, 2011, pp. 627-647.
- BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? (à propos de la Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2007) », *Revue des Contrats*, 2008, n°1.
- BERK Hillary, « The Legalization of Emotion : Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor », *Law and Society Review*, 2015, vo.49, n°1, pp.143-177.
- BERTHIAU Denis, BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Rec. Dalloz*, 9 juin 2011, p. 1522.
- BLYTH Eric, « To Be or Not to Be? A Critical Appraisal of the Welfare of Children Conceived through New Reproductive Technologies », *International Journal of Children's Rights*, 2008, 16, pp. 505-522.
- BLYTH Eric, BURR Vivian, FARRAND Abigail, « Welfare of the child assessments in assisted conception: A social constructionist perspective », *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 2008, 26(1), pp. 31-43.
- BLYTH Eric, « 'Not a promising path': commissioning parents' experiences of surrogacy arrangements in Britain », *Journal of reproductive and Infant Psychology*, 1995, 13(3-4), pp. 185-196.
- BLYTH Eric, « I wanted to be interesting. I wanted to be able to say 'I've done something interesting with my life': interviews with surrogate mothers in Britain », *Journal of reproductive and Infant Psychology*, 1994, 12(3), pp. 189-198.
- BRUNET Laurence, « La gestation pour autrui : entre le marteau (de la loi) et l'enclume (des pratiques) », *Revue Lamy droit civil*, n°76, novembre 2010, pp. 75-83.
- BRUNET Laurence, « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *Rec. Dalloz* 2009, p.340.
- BRUNETTI-PONS Clotilde, « Le 'tourisme procréatif', porte ouverte au trafic d'enfant et à l'exploitation de la misère ? », *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 249-264.
- BUSBY Karen, VUN Delaney, « Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers », *Can J Fam.*, 2010, 26, 13, pp.82-85.
- CALLAHAN Joan, ROBERTS Dorothy, « A feminist social justice approach to reproduction assisting technologies », *Kentucky Law Journal*, 1996, 84, 1197.
- COURDURIÈS Jérôme, « Ce que fabrique la gestation pour autrui », in M. GOURARIER, S. MATHIEU (dir.), « Parentés contemporaines », *Journal des anthropologues*, 144-145, 2016, pp. 53-76.
- CRAWSHAW Marylin, FRONEK Patricia, BLYTH Eric, ELVIN Andy, « What are children's 'best interests' in international surrogacy? », avril 2014:
http://cdn.basw.co.uk/upload/basw_123433-9.pdf
- CRAWSHAW Marylin, BLYTH Eric, VAN DEN AKKER Olga, « The changing profile of surrogacy in the UK --- Implications for national and international policy and practice », *Journal of Social Welfare and Family Law*, septembre 2012, vol. 34, n°3, pp. 267-277.

- CRAWSHAW Marylin, PUREWAL Satvinder, VAN DEN AKKER Olga, « Working at the Margins: The Views and Experiences of Court Social Workers on Parental Orders Work in Surrogacy Arrangements », *British Journal of Social Work*, 2012, pp. 1-19.
- COREA Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, New York, Harper and Row, 1985.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.
- FOUQUE Antoinette, « Les enjeux de la gestation pour autrui », *Le Débat*, 2009, 157, pp. 145-157.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « La GPA, ou comment rendre juridiquement disponible les corps des êtres humains par l'élimination de la question », in Feuillet-Liger, B. et Oktay-Ozdemir, S. (dir.), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°17, éd. Bruylant, 2017, p. 365-382.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Face au fait des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? », *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 265-274.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Prohibition de la GPA : La convergence absolue des droits des femmes et des droits des enfants », in *Mères porteuses et GPA, Chronique Féministe*, Janvier-Juin 2016, pp. 7-15.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Droit et Marché, une épreuve humaine », 2015: <http://mafr.fr/fr/article/droit-et-marche-rapports-difficiles/>
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Comprendre la Cour de cassation (à propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dite GPA)) », numéro dédié des *Petites Affiches*, 8 octobre 2015.
- FRONEK Patricia, CRAWSHAW Marilyn, « The 'New Family' as an Emerging Norm: A Commentary on the Position of Social Work in Assisted Reproduction », *British Journal of Social Work*, 2014, pp. 1-10.
- FULCHIRON Hugues, BIDAUD-GARON Christine, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP.*, 2015, 104 (1).
- FULCHIRON Hugues, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *Journal du droit international*, avril 2014, n°2.
- GAILLE Marie, « Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé », *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 289-301.
- GALLUS Nicole, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, Bruxelles, 2009.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, « Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1683.
- GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992, pp. 489-528.
- GOLOMBOK Susan, BLAKE Lucy, CASEY Polly, ROMAN Gabriela, JADVA Vasanti, « Children born through reproductive donation: A longitudinal study of child adjustment », *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 54, pp. 653-660.
- GOLOMBOK Susan, MacCALLUM Fiona, MURRAY Clare, LYCETT Emma, JADVA Vasanti, « Surrogacy families: Parental functioning, parent-child relationships and children's

- psychological development at age 2 », *Journal of Child Psychology & Psychiatry*, 2006, 47, n° 2, pp. 213-222.
- GOLOMBOK Susan, MURRAY Clare, JADVA Vasanti, MacCALLUM Fiona, LYCETT Emma, « Families Created Through Surrogacy Arrangements: Parent–Child Relationships in the 1st Year of Life », *Developmental Psychology*, 2004, Vol. 40, No. 3, pp. 400 – 411.
- GRATTON Emmanuel, « Entre pères gays et mères porteuses », *Dialogues*, n° 202, 2013/4 (<http://www.cairn.info/revue-dialogue-2013-4.htm>).
- HACKER Daphna, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization*, Cambridge University Press, à paraître.
- HACKER Daphna, LIBERSON Roni, « Cross Boarders Families in Israel- Between Individualism, Globalization and the Ethnos », *College of Management Law Review*, 2010, 15, 2, pp. 509-529 (hébreu).
- HAUSER Jean, « L’externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur l’image de la maternité pour autrui », *RTD civ*, n°2, 15 juillet 2011, p. 340.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane, *Genre et droit*, Dalloz, 2016.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « La gestation pour autrui – et comment réfléchir à une “bioéthique de gauche ” », in Patrick Weil (dir.), *80 propositions qui ne coûtent pas 80 milliards*, Paris, Grasset, 2012.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, 2009.
- HERMITTE Marie-Angèle, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologies, formes de vie. Entretiens avec Francis Chateauraynaud*, Paris, éd. Pétra, 2013.
- HORSEY Kirstey, SHELDON Sally, « Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy », *Medical Law Review*, Winter 2012, 20, pp. 67-89.
- IMRIE Susan, JADVA Vasanti, GOLOMBOK Susan, « The long-term psychological health of surrogate mothers and their families », *Fertility and Sterility*, 2012, 98, 3, S46.
- ISRAËL Liora, *L’arme du droit*, Presses de Sciences-Po, Collection Contester, Paris, 2009.
- JACOBS Melanie, « Applying Intent-Based Parentage Principles to Nonlegal Lesbian Coparents », *Northern Illinois University Law Review*, 2005, Vol.25, pp. 433-448.
- JADVA Vasanti, IMRIE Susan, GOLOMBOK Susan, « Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child », *Human Reproduction*, 2015, 30, No. 2, pp. 373-379.
- JADVA Vasanti, CASEY Polly, BLAKE Lucy, GOLOMBOK Susan, « Surrogacy families ten years on: Relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children’s understanding of their surrogacy origins », *Human Reproduction*, 2012, 27, pp. 3008-3014.
- JADVA Vasanti, MURRAY Clare, LYCETT Emma, MacCALLUM Fiona, GOLOMBOK Susan, « Surrogacy: The experiences of surrogate mothers », *Human Reproduction*, 2003, 18(10), pp. 2196-2204.
- KOLL Perri, « The use of the intent doctrine to expand the rights of intended homosexual male parents in surrogacy custody disputes », *Cardozo Journal of Law and Gender*, 2011, Vol.18, pp. 199-229.
- LABBÉE Xavier, « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », *Dalloz* 2011, p. 1064.
- LABBÉE Xavier, « L’enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *Rec. Dalloz* 2007, n°18, p.1251.

- LAFONTAINE Céline, *Le corps-marché, la marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Le Seuil, 2014.
- LAMARCHE Marie, « Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? », *Droit fam.* 2007, n°11, alertes n° 87.
- LANCE Delphine, MERCHANT Jennifer, « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 231-247.
- LATHAM Melanie, *Regulating Reproduction. A Century of Conflict in Britain and France*, Manchester University Press, 2002.
- LAUFER- UKELES Pamela, "Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy", *Ind. L. J.*, 2013, 88, pp.1223-1226.
- LENG Chee Heng, WHITTAKER Andrea, « Why is medical travel of concern to global social policy? », *Global Social Policy*, 2010, décembre, 10(3), pp. 287-291.
- MacCALLUM Fiona, LYCETT Emma, MURRAY Clare, JADVA Vasanti, GOLOMBOK Susan, « Surrogacy: The experiences of commissioning couples », *Human Reproduction*, 2003, 18(6), pp. 1334-1342.
- MARAIS Astrid (dir.), *La procréation pour tous ?*, coll. « Thèmes et Commentaires. Actes », Dalloz, nov. 2015.
- MAGUÉNAUD Jean -Pierre, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTDCiv.*, 2014, oct.-déc., pp. 835-839.
- MATHIEU Séverine, *L'enfant des possibles*, Éditions de l'Atelier, 2013.
- MERCHANT Jennifer, LANCE Delphine, « Surrogacy in Context : The Ukraine and the United States », in V. Rozée & S. Unisa Sayeed (dir.), *Assisted Reproductive Technologies in the Global South and North : Issues, Challenges and the Future*, London, Routledge Press, 2016, chapitre 12, p. 149-164.
- MERCHANT Jennifer, « AMP et gestation pour autrui aux États-Unis : éléments d'analyse », in Irène Théry (dir.), *Mariage de même sexe et filiation*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, février 2013, pp. 128-142.
- MERCHANT Jennifer, « Gestation pour autrui (GPA) et homoparentalité/homoparenté aux États-Unis », in *L'homoparentalité, La Société de législation comparée*, juin 2012, pp. 175-190.
- MERCHANT Jennifer, « Une gestation pour autrui 'éthique' est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2, n°28, pp.183-189.
- MIRKOVIC Aude, « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.*, juin 2008, étude n° 15.
- MIRKOVIC Aude, « Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil », *JCP, Gén.*, n°18, mai 2010, p. 498.
- MONÉGER Françoise (dir.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood*, coll. Colloques, vol. 14, Société de Législation Comparée, 2010.
- PANDE Amrita, « Transnational commercial surrogacy in India: gifts for global sisters? » *Reproductive Biomedicine Online*, 2011, 23, pp. 618-625.
- PANDE Amrita, « Commercial surrogacy in India: manufacturing a perfect mother-worker », *Signs*, 2010, 35(4), pp. 969-992.
- PANDE Amrita, « 'At least I am not sleeping with anyone': resisting the stigma of commercial surrogacy in India », *Feminist studies*, 2010, 36(2), pp. 292-314.
- PANDE Amrita, « It may be her eggs but it's my blood: surrogates and everyday forms of kinship in India », *Qualitative sociology*, 2009, 32, pp. 379-397.

- PARIZER-KRIEF, Karène, « À propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne), *Les Cahiers de la justice* (ENM et Dalloz), 2016, 2, pp. 217-230.
- PARIZER-KRIEF Karène, *Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation - France, Allemagne et Grande-Bretagne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016 (thèse soutenue à l'EHESS le 20 janvier 2014 sous la direction de Marie-Angèle HERMITTE).
- PARIZER-KRIEF Karène, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, 3, pp. 645-659.
- PFEFFER Naomi, « Eggs-ploiting women: a critical feminist analysis of the different principles in transplant and fertility tourism », *Reproductive biomedicine online*, 2011, n°23, pp. 634-641.
- PURDY Laura, « Surrogate mothering: exploitation or empowerment », *Bioethics*, 1989, 3, 18.
- RAGONÉ Helena, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Oxford, Westviews Press, 1994.
- RAYMOND Janice, *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom*, Harper Collins, New York, 1993.
- ROKAS Konstantinos, « National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations », *Yearbook of Private International Law*, Vol.6, 2014-2015, pp. 289-314.
- ROKAS Konstantinos, « Difficulties of Recognition in Greece of Parentage Links Created in Foreign Legal Orders Following Recourse to Techniques of Medically Assisted Reproduction », in *Assisted Reproduction in Europe: Social, Ethical and Legal Issues*, Publications of Medical Law and Bioethics, Sakkoulas Publications, 2015, 20, II, pp. 463-470.
- ROMAN Diane, « Le législateur Bioéthique face aux débats féministes autour de la procréation médicalement assistée », *Esprit*, n° 398, 2013, pp. 17-28.
- ROMAN Diane, « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012, 28(2), pp. 191-197.
- ROMAN Diane, « L'assistance médicale à la procréation, nouveau droit de l'Homme ? », *RDSS*, 2007, n° 5, pp. 810-822.
- ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « La gestation pour autrui en Inde », *Population et Sociétés*, oct. 2016, n°537.
- ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, « Surrogacy as a Growing Practice and a Controversial Reality in India: Exploring New Issues for Further Researches », *J Women's' Health Issues Care*, 2015, 4, 6.
- ROZÉE Virginie, UNISA Sayeed, « Surrogacy from a reproductive rights perspective: the case of India », *Presses de Sciences Po*, 2014, 2/70, pp. 185-203.
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation », in Cécile Marchal et al., *La maîtrise de la vie*, ERES « Enfance & parentalité », 2012, pp. 169-186.
- RUSSO Makenzie, *The Crazy Quilt of Laws: Bringing Uniformity to Surrogacy Laws in the United States*, Senior Theses, Trinity College, Hartford, CT 2016.
- RUDRAPPA Sharmila, « Les gestatrices indiennes ne sont pas des victimes »,

- <https://sautezdanslesflaques.wordpress.com/2015/01/21/les-gestatrices-indiennes-ne-sont-pas-des-victimes/>
- RUDRAPPA Sharmila, *Discounted Life. The Price of Global Surrogacy in India*, New York University Press, 2015.
 - RUDRAPPA Sharmila, « Working India's reproduction assembly line: surrogacy and reproductive rights », *Western humanities review*, 2012, 66(3), pp. 77-101.
 - RUDRAPPA Sharmila, « India's reproductive assembly line », *Contexts*, 2012, 11(22), pp. 23-27.
 - SAMAMA Eti, *My womb, her baby*, thèse de Master (dir. Ruth LANDAU), Université hébraïque de Jérusalem, 2002.
 - SANDEL Michael J., *Ce que l'argent ne saurait acheter*, préface de Jean-Pierre Dupuy, Seuil, 2014.
 - SARAVANAN Sheela, « An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India », *Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine*, 2013, 8(10).
 - SARAVANAN Sheela, « Transnational surrogacy and objectification of gestational mothers », *Economic and political weekly*, 2010, 45(16), pp. 26-29.
 - SCHNAPPER Dominique, *L'esprit démocratique des lois*, Gallimard, Collection Essais, 2014.
 - SCHURR Carolin, « From Biopolitics to Bioeconomies: The ART of (re)producing white futures in Mexico's surrogacy market », *Environment and Planning D: Society and Space*, 2016, 0(0), pp.1-22.
 - SCHURR Carolin, Heather WALMSLEY, "Reproductive tourism booms on Mexico's Mayan Riviera", *International Medical Travel Journal*, 2014.
 - SILLS Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, 2016.
 - SPAR Debora, *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Harvard Business Review Press, 2006.
 - SPIVACK Carla, « The Law of Surrogate Motherhood in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, 2010, Vol. 58, pp. 97-114.
 - TEMAN Elly, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, 2010.
 - TEMAN Elly, « Technological Fragmentation and Women's Empowerment – Surrogate Motherhood in Israel », *Women's Studies Quarterly*, 2001, 3, 11.
 - TRIGER Zvi, « A Different Journey: Experiences of Israeli Surrogacy Parents in India », *Theory and Criticism*, 2015, 44, pp. 177-202 (hébreu).
 - TRIMMINGS Katarina, BEAUMONT Paul (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level (Studies in Private International Law)*, Hart Publishing, 2013.
 - VAN DEN AKKER Olga, « A longitudinal pre-pregnancy to post-delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: Confidence and genealogy », *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynaecology*, 2005, 26(4), pp. 277-284.
 - VAN DEN AKKER Olga, « Organizational Selection and Assessment of Women Entering a Surrogacy Agreement in the UK », *Human Reproduction* 14, n°1, 1999, pp. 262-66.
 - VIRANI Pinki, *Politics of the Womb: The Perils of IVF, Surrogacy and Modified Babies*, Penguin, 2016.

- WAUTELET Patrick, "La filiation issue d'une gestation pour autrui. Quelles règles de droit international privé pour la Belgique ? », in Jehanne SOSSON, Geneviève SCHAMPS (eds.), *La gestation pour autrui. Vers un encadrement?*, Bruylant, 2013.
- WHITTAKER Andrea, « Merit and Money: The Situated Ethics Of Transnational Commercial Surrogacy In Thailand », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* (à paraître).
- WHITTAKER Andrea, « Merit and Money: The situated ethics of transnational commercial surrogacy in Thailand », *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, Fall 2014, 7(2), pp. 100-120.
- WHITTAKER Andrea, « Reproductive Travel », in HODGES et KIMBALL (eds.), *Medical Tourism: Risks and Controversies in the Exploding Industry of Global Medicine*, Praeger, Santa Barbara, 2012.
- WHITTAKER Andrea, « Cross-border assisted reproductive care in Asia: implications for access, equity and regulations », *Reproductive Health Matters*, 2011, 19(37), pp. 107-116.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
Première partie. DISPOSITIFS JURIDIQUES ET PRATIQUES DANS LES DIFFÉRENTS CONTEXTES NATIONAUX.....	14
1. DIVERSITÉ DES CHOIX ORIGINAIRES DES LÉGISLATEURS	14
1.1 Pays où existe une demande sans offre locale mobilisable	14
>> France	14
1.2. Pays ayant une demande et une offre légales	22
1.2.1. Typologie des demandes	22
1.2.2. L'offre de GPA dans les pays développés	24
1.2.2.1. Offre insuffisante dans les pays développés étudiés	25
>> Grande-Bretagne	25
>> Belgique	29
>> Israël.....	34
1.2.2.2. Dans les pays développés, une offre ouverte n'est pas pour autant « suffisante ».....	38
>> Etats-Unis	38
>> Grèce.....	40
1.2.3. Offre des pays à forte population défavorisée, suffisante lorsqu'elle est autorisée	42
>> Inde	43
>> Thaïlande	45
>> Ukraine.....	46
1.3. Choix du pays par les parents intentionnels.....	48
2. DIFFICULTÉS POUR PURGER LES OBSTACLES JURIDIQUES AU REGARD DE LA LOI DU PAYS DES PARENTS INTENTIONNELS.....	59
2.1. Difficultés juridiques d'ordre général	59
2.1.1. Ayant trait à l'entrée sur le territoire national	59
2.1.2. Ayant trait à la nationalité, à la filiation, à l'état civil.....	66
2.1.3. Ayant trait aux disparités entre les conditions posées par le droit interne autorisant la GPA et le droit du pays où elle a été réalisée	74
2.2. Difficultés pratiques d'exécution	88
2.2.1 Ayant trait à la gestatrice.....	88
2.2.2. Ayant trait à l'enfant né.....	89
2.2.3. Ayant trait aux parents intentionnels.....	92
3. DÉBATS AUTOUR DES PRATIQUES JURIDIQUES	97
3.1. Au niveau national.....	97
3.1.1. Objectifs.....	97

3.1.2 Instruments juridiques.....	100
3.2. Aux niveaux international et européen	109
3.2.1. Conseil de l'Europe	109
3.2.2. Conférence de La Haye.....	112
4. RECOURS AU JUGE EUROPÉEN – JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH).....	114
4.1. État civil et filiation des enfants nés à la suite des conventions étrangères de GPA...114	
4.2. Les conditions de l'arrivée sur le territoire national des enfants nés à la suite de conventions de GPA conclues à l'étranger	117
4.3. Les mesures adoptées à l'égard de l'enfant conçu par GPA à l'étranger.....	118
5. LES ÉLÉMENTS DE MÉTHODE EMPRUNTÉS AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	123
5.1. L'agencement des constructions du droit international privé	124
5.1.1. Le conflit de lois	124
5.1.2. La reconnaissance.....	126
5.2. La systématisation des solutions retenues au vu des pratiques étrangères.....	127
5.2.1. Les paramètres	127
5.2.2. Une typologie des cas	128
 Seconde partie. ENJEUX THÉORIQUES	 131
1. SOUVERAINETÉ ET DÉMOCRATIE AU REGARD DU DROIT EUROPÉEN ET INTERNATIONAL	131
1.1. Souveraineté et démocratie, faire à l'étranger ce qui est interdit dans l'espace national, une « liberté de second rang » ?.....	132
1.2. Rapport d'une société à la loi et au jugement, rapport des juges à la loi.....	136
1.3. Conventions internationales <i>versus</i> conventions bilatérales.....	138
1.3.1. Convention internationale visant à organiser la GPA	138
1.3.2. Convention internationale visant à bannir la GPA.....	140
1.3.3. Conventions bilatérales visant à refuser l'accès à certains nationaux	140
2. FONDEMENTS DES REVENDICATIONS DU RECOURS À LA GPA	141
2.1. Le « droit à la parentalité ».....	142
2.2. Le « droit d'accès à la technique »	149
2.3. Le « droit à l'enfant ».....	150
3. INTÉRÊT DE L'ENFANT	153
3.1. La dimension générale de l'intérêt de l'enfant	153
3.1.1. Les enfants issus de la GPA	153
3.1.2. Les enfants de la gestatrice	157
3.1.3. L'intérêt des enfants en général	158
3.2. Quelques dimensions spécifiques évoquées en relation avec la notion d'intérêt de l'enfant.....	160

4. RÉFLEXIONS SUR LES ATTITUDES DES ACTEURS DE LA GPA	162
4.1. Les parents intentionnels	162
4.2. Les gestatrices.....	164
4.3. Les donneuses- vendeuses d’ovocytes	175
4.4. Les prestataires de services	175
4.4.1. Agences et cliniques	176
4.4.2. Avocats	181
4.5. Les services sociaux impliqués.....	188
4.6. Les juges.....	194
4.7. Les États	209
4.8. La société civile	220
4.9. Les interactions entre acteurs	234
5. REVENDICATIONS SYMBOLIQUES ET MILITANTES	237
5.1. Les revendications concernant la démarche d’intégration juridique.....	237
5.2. La revendication d’avoir accès aux informations sur le mode de conception et de gestation ainsi que sur la gestatrice	238
5.3. Les revendications d’adaptation des conditions du <i>Parental Order</i> en Grande-Bretagne	239
5.3.1. Revendication d’ <i>autorisation</i> du double don de gamètes.....	239
5.3.2. Revendication d’autoriser le recours à la GPA à des personnes seules.....	240
5.3.3. Revendication de mettre en place une procédure d’autorisation préalable (<i>Pre-birth Parental Orders</i>)	242
6. LE MARCHÉ	245
7. IGNORANCE PLUS OU MOINS FORTE DE L’AMPLEUR EXACTE DU PHÉNOMÈNE	249
8. CIRCULATIONS	254
8.1. Les dimensions protéiformes de la circulation.....	254
8.2. Une cartographie des pratiques autour du phénomène de circulation.....	256
8.3. L’appréhension juridique de la circulation	258
CONCLUSION GÉNÉRALE	260
<i>Séverine Mathieu</i> : Repenser les configurations familiales	260
<i>Karène Parizer</i> : Du phénomène général du recours à la GPA à l’étranger.....	262
<i>Marie-Angèle Hermitte</i> : Souverainetés disputées : les libertés de circulation font-elles exister des « libertés de second rang » ?.....	264
<i>Jean-Sylvestre Bergé</i> : Sur les éléments de droit international privé et le phénomène de circulation de situations.....	274
Glossaire.....	276
Bibliographie	277
Table des matières	285

Cette étude vise à présenter un état des lieux sur la question spécifique de l'intégration des enfants nés dans le cadre d'une GPA à l'étranger dans les espaces juridiques nationaux, en France, Grande-Bretagne, Belgique et Israël.

Dans les quatre pays, aucune loi spécifique n'a été élaborée pour prévoir l'intégration juridique des enfants conçus par GPA en dehors du sol national, même si des guidelines existent en Israël, ce qui présente une originalité notable. En pratique, les différents pays concernés se sont organisés pour résoudre les difficultés rencontrées par les parents avec les différents dispositifs juridiques liés à la filiation, au droit de la bioéthique ou au droit de la nationalité : cette organisation résulte pour partie d'une évolution législative, de circulaires et en grande partie de la jurisprudence. Ces différentes hypothèses sont examinées pour essayer de tracer des directions jurisprudentielles générales, replacées dans le contexte de chaque tradition juridique, 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 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 offreuses, médecins et intermédiaires) rencontrent des interdits, des obligations ou des limites liés aux différents droits nationaux qui se font 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.

Réalisée entre novembre 2014 et juin 2017 par des juristes et des sociologues, l'étude a été menée dans une perspective d'analyse comparée des cadres juridiques, des pratiques constatées et des solutions adoptées pour intégrer juridiquement les enfants conçus par GPA à l'étranger, en adoptant une double démarche : d'une part, une analyse juridique, plus particulièrement de la loi et de la jurisprudence. D'autre part, une dimension sociologique, et géopolitique afin d'apprécier les effets, à cet égard, des interactions entre les acteurs, majoritairement des professionnels du droit.

Ces deux types d'analyses s'appuient sur des séries d'entretiens avec des « personnes ressources », au cœur du dispositif de recherche. Ce sont essentiellement des magistrats, des avocats, des conseillers juridiques au service de l'État, des travailleurs sociaux, des entrepreneurs intermédiaires et des militants associatifs. Il s'agit donc d'une population d'acteurs et, pour une grande partie d'entre eux, d'acteurs « impliqués » dans leurs pays respectifs.

Dans les quatre pays, les juges font évoluer le droit interne dans un sens favorable aux parents d'intention, que ce soit de leur propre chef (Grande-Bretagne, Belgique et Israël), ou contraints par la CEDH dans le cas de la France.

Quelques conclusions peuvent également être tirées des attitudes et des interactions observées des acteurs de la GPA : parents intentionnels, gestatrices, donneuses -- vendeuses d'ovocytes, prestataires de service, dans certains cas des services sociaux et des juges. À ces acteurs il faut ajouter les États qui autorisent ou interdisent et la société civile.

En droit international privé, l'étude a permis de dresser une typologie entre les systèmes adeptes d'une approche unitaire ou fragmentée, licite ou illicite.