

# Gestation pour autrui

## (étude du droit comparé)

**Dr. Achraf RAMMAL**

« Sur cette Terre il y a une chose effroyable, c'est que tout le monde a ses raisons ». Ces mots empruntées à l'un des personnages de La Règle du jeu, ont trouvé un écho singulier dans la discussion qui s'est élevée autour de la gestation pour autrui<sup>1</sup>.

La gestation pour autrui (GPA) ne peut être envisagée en dehors du cadre médical. Elle est reconnue par l'organisation mondiale de la santé comme une technique de l'assistance médicale à la procréation (AMP)<sup>2</sup> qui englobe toutes les procédures mises en œuvre dans le contexte médical pour faire naître un enfant<sup>3</sup> qui ne pourrait voir le jour sans cette série d'interventions technologiques<sup>4</sup>.

Sur le plan technique, la GPA consiste simplement à implanter des embryons obtenus par fécondation *in vitro* (FIV) dans l'utérus d'une femme volontaire. L'acte de fécondation *in vitro* consiste en une série de manipulations de haute technicité relevant de l'AMP<sup>5</sup> : prélèvement, et conditionnement des gamètes, obtention, culture, et suivi des embryons, implantation<sup>6</sup>.

Le terme de « gestation pour autrui » (GPA) qui a remplacé les termes de « *mères porteuses* » ou « *maternité de substitution* »<sup>7</sup> est une pratique qui consiste, pour un couple, à se mettre d'accord avec une femme pour que celle-ci devienne enceinte et leur remettre à la naissance l'enfant afin que celui-ci soit rattaché aux premiers en tant que parents de l'enfant<sup>8</sup> dits « parents d'intention »

---

<sup>1</sup> BOLLEE S. « Gestation pour autrui : la voie du compromis », *D.* n°26 du 16 juillet 2015, p. 1481.

<sup>2</sup> Article L. 2141-2 du Code de la santé publique (CSP) en France.

<sup>3</sup> MECARY C. « Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ? », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 114.

<sup>4</sup> D'autres techniques médicales permettent d'avoir un enfant comme l'insémination artificielle avec donneur (IAD), la fécondation in vitro (FIV) et le don d'embryons.

<sup>5</sup> MIRKOVIC A. « Assistance médicale à la procréation (exportation de gamètes) », *D.* n°10 du 9 mars 2017, p. 511.

<sup>6</sup> JAVERZAT S. « La gestation pour autrui (approche médicale) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 207.

<sup>7</sup> TOURAME P. « Quelle liberté pour la mère porteuse », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 275.

<sup>8</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Sophistique juridique et droit », *D.* n°2 du 14 janv. 2016, p. 85.

<sup>9</sup>, c'est-à-dire les parents pour le compte desquels l'enfant a été porté<sup>10</sup>, indépendamment de la provenance de l'ovocyte dont est issu cet enfant (de la gestatrice, de la mère intentionnelle ou d'une donneuse)<sup>11</sup>. Les modalités peuvent être diverses<sup>12</sup> mais l'objet de l'accord, sa cause finale, est celui-là<sup>13</sup>.

On peut distinguer entre la gestation pour autrui au sens strict – dans laquelle la femme qui porte l'enfant n'en est pas la génitrice- et *maternité* pour autrui – dans laquelle la gestatrice<sup>14</sup> est également la génitrice de l'enfant<sup>15</sup>.

La gestation pour autrui concerne donc les hypothèses dans lesquelles une femme qui souhaite être mère ne pouvant pas porter d'enfant, c'est une autre qui portera un enfant qui sera bien biologiquement le sien et celui du père. La mère qui accouche s'engage à ne pas revendiquer de lien de filiation avec l'enfant qu'elle a porté : elle lui donne naissance pour que d'autres soient ses parents<sup>16</sup>.

La gestation pour autrui est la plus ancienne méthode connue de lutte contre l'infertilité d'une femme<sup>17</sup>. La pratique remonte à l'Ancien testament<sup>18</sup>. La maternité de substitution, dont l'un des premiers exemples figure dans la Bible avec l'histoire d'Abraham, de Sarah et d'Hagar qui a donné

---

<sup>9</sup> Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE), avis n°126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, réflexions sur les demandes sociétales de GPA, p. 29, site internet du CCNE.

<sup>10</sup> SOULARD ch. « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 192.

<sup>11</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 217.

<sup>12</sup> Dans certaines situations, la femme qui va porter l'enfant peut être celle qui a donné l'ovocyte : on parle de « procréation pour autrui » car elle est à la fois génitrice et gestatrice, « mère ovocytaire » (génétique) et « mère utérine » (gestationnelle). Dans d'autres solutions, il y a eu recours à un don d'ovocytes, impliquant une seconde femme ; il s'agit d'une « gestation pour autrui », assurant la séparation entre la mère utérine et la mère ovocytaire. Dans les deux cas, les ovocytes sont en principe fécondés par le père d'intention qui est en même temps père biologique.

<sup>13</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 266.

<sup>14</sup> Les gestatrices sont, dans leur grande majorité, des femmes des pays pauvres et des pays intermédiaires qui connaissent de fortes disparités économiques : Asie du Sud-Est, Ukraine, Russie et, dans une moindre mesure, Mexique, Grèce.

<sup>15</sup> PICHARD M. « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », *D.* n°20 du 8 juin 2017, p. 1143.

<sup>16</sup> DOMINO X. « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française », *RFDA* n°1, janvier-février 2015, pp. 163.

<sup>17</sup> CATTO M.-X. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La Revue des Droits de l'Homme* n°3, juin 2013, p. 53.

<sup>18</sup> Genèse 16, versets 1 et 2 ; à propos de l'histoire des maternités de substitution, Dictionnaire de bioéthique, p. 1273, n°2.

naissance à Ismaël, dans le chapitre 16 du livre de la Genèse, lorsque la servante égyptienne Hagar accepte de porter un enfant du vieil Abraham pour assurer sa descendance, sur l'initiative de Sarah, l'épouse de ce dernier, devenue trop vieille pour avoir un enfant.<sup>19</sup>

Il existe d'autres pratiques traditionnelles chez les Indiens d'Amérique ou en Grèce, comme en témoignent différents travaux en sciences humaines<sup>20</sup>.

Si la vente d'enfants n'est pas une nouveauté comme en témoigne le conte de Maupassant intitulé *Aux champs*, dans lequel une jeune femme en mal d'enfant, Mme d'Hubièvres, achète à des paysans leur petit garçon contre une rente mensuelle de cent vingt francs, il suffit aujourd'hui de quitter le pays pour obtenir un enfant par convention auprès des cliniques spécialisées.

Ces pratiques de gestation et de procréation pour autrui se répandent, de plus en plus, de par le monde et deviennent facilement accessibles en raison notamment de l'essor des moyens de transport et de communication via internet<sup>21</sup>.

Lorsque sont prononcés ces trois mots de « gestation pour autrui » ou son acronyme « GPA », ils sont inévitablement accompagnés d'une vive attention médiatique, de réactions politiques, et de débats ou de querelles juridiques<sup>22</sup>. En raison de ses aspects éthiques et sociaux, la GPA fait l'objet de grandes controverses<sup>23</sup>.

Cela constitue un cas particulièrement net d'une question plus générale, à savoir la possibilité même du Droit de faire encore « quelque chose » face à des phénomènes qui, technologiquement, économiquement, sociologiquement, semblent aujourd'hui dépasser le droit<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> BILLIER J.-C. « Libéraliser la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°4 / 2010, p. 117.

<sup>20</sup> MECARY C. « Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ? », *art. cit.*, p. 114.

<sup>21</sup> CATTO M.-X. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *art. cit.*, p. 55.

<sup>22</sup> DOMINO X. « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française », *art. cit.*, p. 163.

<sup>23</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *art. cit.*, p. 217.

<sup>24</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? », *art. cit.*, p. 265.

En France depuis bientôt une quarantaine d'années<sup>25</sup>, la gestation pour autrui est un sujet qui suscite l'expression de désaccords. Comme pour certaines questions de « bioéthique »<sup>26</sup>, cette dissonance a pour caractéristique d'être énoncée à travers des arguments qui traversent les frontières entre les disciplines (notamment médecine, droit, philosophie) et entre l'espace académique et scientifique et le débat public, politique, législatif<sup>27</sup>.

Peut-on justifier le recours à la gestation pour autrui d'un point de vue moral ? Concernant la situation tragique d'une mère porteuse qui, après la naissance de l'enfant, n'a pas voulu s'en séparer.

En consentant à porter un enfant qu'elle n'élèvera pas, ne fait-elle d'elle-même un simple moyen ? Ne remet-elle pas en cause « la fin » qu'elle est pour elle-même et pour autrui et, à travers elle, l'humanité comme fin ?

Pour répondre à ces questions et Force est de constater, à cet égard, la grande variété des règles applicables d'un pays à l'autre<sup>28</sup>. On distingue entre d'un côté, les pays dans lesquels la GPA est prohibée (I), et de l'autre côté, les pays dans lesquels la GPA est licite et encadrée par la loi (II).

## **I) Pays dans lesquels la GPA est prohibée**

On peut dire qu'il n'y a pas, sur cette question de la GPA, de consensus juridique international<sup>29</sup>. Pour ce qui concerne le Liban, l'article 30 du code de déontologie médicale libanais<sup>30</sup> dispose que l'AMP, dont l'insémination artificielle, est autorisée pour le couple marié après un consentement

---

<sup>25</sup> Le débat a émergé notamment avec la publicité faite, au début des années 1980, à l'organisation par deux associations de rencontre entre des couples infertiles et des femmes susceptibles d'être génitrice et gésatrice pour ces couples.

<sup>26</sup> RAMMAL A. « Les recherches biomédicales, étude du droit comparé », *La revue de droit et des sciences politiques de l'Université libanaise*, n°4 / 2017, pp. 60-92 ; RAMMAL A. « Le don d'organes, étude du droit comparé », *La revue de droit et des sciences politiques de l'Université libanaise*, n°5 / 2017.

<sup>27</sup> GAILLE M. « Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 289.

<sup>28</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 195.

<sup>29</sup> MARGUENAUD J.-P. « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTDciv.* n°4, oct.-déc. 2014, p. 838.

<sup>30</sup> Loi n°240 du 22/10/2012 modifiant certaines dispositions de la loi n°288 du 22/2/1994, *J.O.* n°45 du 15/10/2012, pp. 4877-4888.

écrit, en respectant les lois en vigueur auprès des tribunaux civils et religieux<sup>31</sup>. Pour ce qui concerne l'union européenne, sur trente-cinq États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH), montre que : quatorze États parties interdisent expressément le recours à la GPA (dont l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne<sup>32</sup> ou encore la Suède et la Finlande), dix États ne disposent pas de législation spécifique, ce qui recouvre soit des interdictions en vertu des dispositions générales soit des incertitudes quant au droit applicable (l'Irlande, la Hongrie, la Roumanie notamment), et sept États autorisent la GPA (l'Albanie, la Géorgie<sup>33</sup>, la Grèce, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Russie<sup>34</sup> et l'Ukraine, le plus souvent sous sa forme dite « altruiste », c'est-à-dire gratuite, étant précisé que certains pays n'autorisent pas les étrangers non-résidents à y recourir). Enfin quatre États paraissent plus au moins tolérer la GPA : la Belgique, la République tchèque et, éventuellement le Luxembourg et la Pologne<sup>35</sup>.

La prohibition de la GPA est absolue en France (A), alors qu'en Europe, il y a certains pays où on remarque une interdiction législative de la gestation pour autrui (B).

## **A) En France : la prohibition est absolue**

En France, l'assistance médicale à la procréation (AMP) est réservée aux couples hétérosexuels. Le couple doit être en âge de procréer. L'indication majoritaire est une infertilité avérée de l'un ou l'autre ou des deux partenaires par une équipe médicale<sup>36</sup>. Alors que le principe est la prohibition de la GPA. Il faut savoir que la pratique de la GPA concerne quelques centaines de couples français

---

<sup>31</sup> On déduit que la pratique de la GPA est strictement interdit au Liban, parce que elle est considérée contraire à la religion.

<sup>32</sup> FULCHIRON H. « L'enfant de la fraude...Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* n°15 du 17 avril 2014, p. 909.

<sup>33</sup> La GPA est autorisée depuis 1997 pour des parents d'intention mariés, qui, à partir de contrats (traduits de la langue d'origine des parents d'intention et notariés), sont déclarés les parents légaux de l'enfant. L'acte de naissance ne porte aucune trace de la gestatrice. In, Avis du Comité Consultatif National d'Ethique (CCNE) français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 76.

<sup>34</sup> La GPA y est admise par le droit depuis 1996. Les conditions ont été précisées en 2011. Les indications doivent être médicales ; elle ne peut être que gestationnelle. La mère porteuse n'est en principe qu'indemnisée ; toutefois, il est difficile de connaître la réalité juridique dans la Fédération de Russie, dont on dit parfois qu'elle admet la GPA commerciale. La mère porteuse qui accouche est la mère de l'enfant ; elle peut décider de le garder. Mais si la mère porteuse l'accepte, les parents d'intention peuvent immédiatement figurer comme les parents légaux de l'enfant sur l'acte de naissance et le registre d'état civil. In Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 76.

<sup>35</sup> DOMINO X. « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française », *RFDA* n°1, janvier-février 2015, p. 164.

<sup>36</sup> JAVERZAT S. « La gestation pour autrui (approche médicale) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 205.

par an, ce qui au regard des 820 000 naissances par an n'est rien. Ainsi la naissance de 500 enfants dans ce cadre représente 0,0006 % des naissances<sup>37</sup>.

Dans un premier temps, on parle du cadre juridique et jurisprudentiel concernant la gestation pour autrui (1), dans un deuxième temps, on va traiter la reconnaissance des effets en France d'une convention de gestation pour autrui conclue et exécutée à l'étranger (2), et dans un dernier temps, on précisera le régime pénal (3) .

## 1) Le cadre juridique et jurisprudentiel concernant la gestation pour autrui

-La GPA fait l'objet d'une interdiction particulièrement nette en droit français<sup>38</sup>.

1-C'est d'abord par la voie jurisprudentielle que cette interdiction a été affirmée, de manière constante, par la Cour de cassation :

Dès 1989<sup>39</sup>, elle a jugé nulle, en raison de l'illicéité de son objet, la constitution de l'association *Alma Mater* dont l'objet était de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions de mères porteuses.

En 1991<sup>40</sup>, l'Assemblée plénière a jugé, à l'occasion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, impossible de prononcer une adoption plénière par la mère d'intention dans le cas où l'enfant est

---

<sup>37</sup> MECARY C. « Légaliser la gestation pour autrui au nom de la dignité ? », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 114.

<sup>38</sup> BERTHIAU B., *Droit de la santé*, gualino éd., 2007, p. 121 ; GILLET J.-L. « Procréation médicale assistée et gestation pour autrui (approche juridique) Le parti et le challenge du droit », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 214.

<sup>39</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1989, n°88-15.655, *Bull. civ. I*, n°387, *D.* 1990, 273, rapp. J. Massip ; *RDSS* 1990, 733, obs. E. Alfandari ; *RTDciv.* 1990, 254, obs. Rubellin-Devichi.

<sup>40</sup> Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. ass. Plén.* n°4 ; *D.* 1991, 417, rapp. Y. Chartier, 318, obs. J.-L. Aubert, 417, note D. thouvenin et 1992, 59 ; *RFDA* 1991, 395, *RTDciv* 1991, 517 et 1992, 88, obs. J. Mestre. Il concernait une femme « atteinte d'une stérilité irréversible » dont le mari avait « donné son sperme à une autre femme qui, inséminé artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ». La Cour de cassation avait convoqués les deux principes de « l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes » pour fonder la sanction des conventions. « La convention par laquelle une femme s'engage fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état de la personne ». Dans le même sens, v. (Cass.civ. 1<sup>re</sup> 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Bull. civ. I*, n°72 ; CA Dijon 24 mars 2016, n°15/00057, *D.* n° 4 du 14 avr. 2016, p. 783, obs. I. Gallmeister, *AJ fam.* 2016, 339 ; *RTDciv* 2016, 335). Pour sanctionner l'accord conclu entre le géniteur et la porteuse, le ministère public peut se fonder sur l'existence de normes protégeant l'ordre public au général comme les articles 6 « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », ou 1162 « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but (...) », nouveau du code civil.

né après un contrat de GPA, au motif que cela contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

2-C'est ensuite le législateur qui a posé, à l'occasion de la loi bioéthique<sup>41</sup> du 29 juillet 1994<sup>42</sup>, une interdiction de la GPA, qui a été inscrite dans le code civil.

L'article 16-7<sup>43</sup> de ce code dispose que : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »<sup>44</sup>. L'article 16-9 précise que cette disposition est d'ordre public<sup>45</sup>. La définition de la maternité (implicitement) retenue par le code civil : la mère est la femme qui accouche<sup>46</sup> selon l'adage romain<sup>47</sup> « *mater semper certa est* »<sup>48</sup>.

Le législateur a assorti cette interdiction de sanctions pénales<sup>49</sup> qui ne concernent que les hypothèses dans lesquelles l'un au moins des faits constitutifs de l'infraction a été commis sur le territoire français<sup>50</sup>, ce qui explique que des Français désireux de recourir à la GPA se soient rendus à l'étranger, dans les pays où le recours à ce procédé est soit autorisé soit toléré, avec un encadrement juridique et éthique pour le moins variable<sup>51</sup>.

Dans la voie de l'interdiction de la GPA en France et dans un avis récent du 15 juin 2017<sup>52</sup>, la position du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) est de prohiber la GPA<sup>53</sup>. Estimant

---

<sup>41</sup> Loi n°1994-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, *J.O.* n°175 du 30 juill. 1994, p. 11056,

<sup>42</sup> Déclarée conforme à la Constitution, mais sans motifs particuliers sur ce point dans sa décision n°94-43/344 DC du 27 juill. 1994 (*D.* 1995, 273, note B. Mathieu ; *RFDA* 1994, 1019, note B. Mathieu).

<sup>43</sup> La « convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui » saisie à l'article 16-7 du code civil ne vise qu'une hypothèse particulière de recours à une femme pour porter un enfant dont elle n'aurait pas vocation à devenir mère, in PICHARD M. « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », *D.* n°20 du 8 juin 2017, p. 1143.

<sup>44</sup> BERGOIGNAN-ESPER Cl., DUPONT M., *Droit hospitalier*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2017, p. 829.

<sup>45</sup> BERGOIGNAN-ESPER Cl. « Gestation pour autrui à l'étranger et reconnaissance de la filiation en France », *RDSS* n°5, septembre-octobre 2014, p. 888.

<sup>46</sup> V. spéc. Art 332, al. 1<sup>er</sup>, c. civ. : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant ».

<sup>47</sup> CATTO M.-X. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La Revue des Droits de l'Homme*, n°3, juin 2013, p. 60.

<sup>48</sup> Digeste 2, 4, 5 in Adages du droit français, H Roland, L. Boyer, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., p. 428. « la mère est toujours certaine », art. 325 et 332 C. civ.

<sup>49</sup> ROUSSEL G. « Sanctionner le tourisme procréatif ? », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 163.

<sup>50</sup> MURAT P., *Droit de la famille*, 7<sup>ème</sup> éd., 2017, Dalloz action, p. 642.

<sup>51</sup> BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, p. 144.

<sup>52</sup> CCNE 15 juin 2017, avis n°126, *RTDciv.*, n°3 du juill.-sep. 2017, p. 623.

<sup>53</sup> VIALLA F. « Assistance médicale à la procréation : avis du CCNE du 15 juin 2017 », *D.* n°24 du 6 juillet 2017, p. 1365.

qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, le CCNE souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs.

Enfin, le CCNE souligne que « la GPA ne peut être éthiquement acceptable du seul fait qu'elle s'inscrirait dans un cadre médical »<sup>54</sup>. Ce comité est favorable à l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA<sup>55</sup>. Dans le même sens, l'Académie nationale de médecine a rendu le 10 mars 2009, un avis défavorable, jugeant que la question déborde les missions de la médecine dans la mesure où elle « interpelle avant tout la société et relève prioritairement de la responsabilité du législateur »<sup>56</sup>.

## **2) la reconnaissance des effets en France d'une convention de GPA conclue et exécutée à l'étranger.**

En l'état, et faute de toute convention internationale ou même bilatérale régissant la question, la situation des citoyens français qui se rendent à l'étranger pour avoir recours à une GPA dans un cadre plus au moins légal et organisé est complexe. Il a clairement dans cette démarche un contournement de l'interdiction législative d'ordre public.

Une fois revenus en France avec l'enfant, ils demandèrent à faire établir leur lien de parenté avec l'enfant. La question doit alors être réglée par le juge.

---

<sup>54</sup> Avis n°110 du CCNE, année 2010, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui, in TOURAME P. « Quelle liberté pour la mère porteuse », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 279. Cet avis concernait la demande de GPA exprimée par des couples composés d'un homme et d'une femme, en raison d'une infertilité liée à l'impossibilité pour la femme de porter une grossesse du fait de pathologies utérines, donc dans le cadre d'indications médicales. Le CCNE avait alors estimé que cette demande de GPA, quoique motivée par des raisons médicales, portait atteinte à l'intégrité des femmes porteuses de grossesse pour autrui, à la fois dans leur corps, dans leur affectivité, dans leur vie familiale. Il indiquait que le désir d'enfant des uns ne constituait pas un « droit à l'enfant » s'il devait passer par des atteintes à l'intégrité des femmes, même volontaires et altruistes dans leur démarche, et aux enfants qui en naîtraient.

<sup>55</sup> CCNE, avis n°126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, réflexions sur les demandes sociétales de GPA, p. 40., site internet du CCNE.

<sup>56</sup> VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2010, p. 70.

-Le Conseil d'État a eu l'occasion de prendre position par la décision d'Assemblée du 22 janvier 1988, *Association « Les cigogne »*<sup>57</sup>, et qui a été la première juridiction suprême française à juger qu'était illicite<sup>58</sup> l'objet d'une association visant à faciliter le recours à des mères porteuses.

-Au fil des affaires dont elle a été saisie, la Cour de cassation a développé une jurisprudence stricte.

Longtemps, la Cour de cassation refusa de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention en France, même si l'un d'eux avait donné ses gamètes pour le concevoir. L'atteinte à l'ordre public, puis la fraude auraient été alors invoquées au soutien de cette solution. En effet, d'une part, la Cour de cassation a, par trois arrêts du 6 avril 2011<sup>59</sup> jugé justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère contraire à l'ordre public international français. D'autre part, en 2013<sup>60</sup>, la Cour de cassation a jugé qu'est justifié le refus de transcription au motif que la naissance est l'aboutissement d'une GPA, en fraude à la loi française, quand bien même la convention de GPA serait licite dans le pays considéré.

Ces deux décisions ont valu à la France d'être condamnée par la Commission Européenne des droits de l'homme (CEDH). En effet, par deux décisions du 26 juin 2014, *Menesson c/ France* et *Labassé c/France*, devenues définitives<sup>61</sup>, la CEDH, saisies par les époux Menesson et Labassée des affaires à propos desquelles la Cour de cassation avait rendu ses décisions du 6 avril 2011 précitées, a jugé que le refus de transcription des actes d'état civil étrangers établis aux États-Unis pour les enfants nés par GPA portaient atteinte au droit de ces enfants au respect de leur vie privée, protégée par l'article 8 de la ConvEDH.

Le 3 juillet 2015, en assemblée plénière, la Cour de cassation s'inclina et jugea que l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse en Russie qui mentionnait, en tant que père, l'homme « commanditaire », en tant que mère, la femme qui avait accouché, devait être transcrit sur les registres de l'état civil. Une convention de maternité pour autrui ne pouvait faire obstacle à la

---

<sup>57</sup> CE 22 janvier 1988, n°80936, *Recueil Lebon*, p. 37.

<sup>58</sup> VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical, ouv. préc.*, p. 57.

<sup>59</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Bull. civ. I*, n°72. Et n°09-66.486, *Bull. civ. I*, n°71, Et n°09-17.130, *Bull. civ. I*, n°70.

<sup>60</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 sep. 2013, n°12.18.315, *D.* 2013, 2382, obs I. Gallmeister.

<sup>61</sup> CEDH 26 juin 2014, n°65192/11, *Mensson c/ France* et n°65941/11, *Labassée c/ France*, *D.* 2014, 1797, note F. Chénéde. 1376, 1773, 1787, 1806, et 2015, 702, 755, 1007, 1056 ; *AJDA* 2014, 1763 ; *AJfam.* 2014, 499 et 396 ; *RDSS* 2014, 887, note Cl. Bergoignon-Esper ; *RTDciv* 2014, 616 et 835 note J.-P. Marghénaud ; *Les cahiers de la justice*, n°1 / 2015, p. 125.

transcription, dès lors que l'acte de naissance établi à l'étranger n'était ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité (art. 47 du code civil)<sup>62</sup>.

Également, dans un arrêt du 3 août 2016, le Conseil d'État<sup>63</sup> reprenant la solution énoncée dans un arrêt antérieur du 4 mai 2001<sup>64</sup> considère que l'enfant de six mois né d'une convention de GPA ne pouvait rester seul en Arménie après le retour en France, pour des raisons professionnelles, de sa mère d'intention désignée comme sa mère dans son acte de naissance<sup>65</sup>.

Mais par un arrêt récent du 19 janvier 2017<sup>66</sup>, La CEDH condamne pour la cinquième fois la France<sup>67</sup> pour violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, violation du droit au respect de la vie privée des enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger<sup>68</sup>. Les circonstances de l'espèce sont comparables à celles de arrêts Menesson et Labassée précités. Pas de violation de la vie familiale mais atteinte à la vie privée des enfants qu'on empêche d'établir leur filiation à l'égard de leur géniteur<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> MARAIS A. « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 123.

<sup>63</sup> CE 3 août 2016, n°401924, *ministre des affaires étrangères c/ Mme A.*, D. 2016, 1700, obs. Le Maigat.

<sup>64</sup> CE 4 mai 2001, n°348778, D. 2001, 1347, 1995, *AJDA* 2011, 928, *AJ fam.* 2011, 328, *RTDciv.* 2011, 530.

<sup>65</sup> BONFILS Ph. GOUTTENOIRE A. « Droit des mineurs », D. n°30 du 14 septembre 2017, p. 1727.

<sup>66</sup> CAIRE A.-B. « L'ultime condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui ? A propos de l'affaire Laborie c/ France du 19 janv. 2017 », D. n°21 du 15 juin 2017, p. 1229 et ss.

<sup>67</sup> Tout commence par le dépôt à l'ambassade de France en Ukraine, par les époux Laborie, d'une demande de transcription des actes de naissance de leurs enfants nés à Karkhov. Présument que ces enfants ont vu le jour grâce à une GPA, le procureur de la République de Nantes s'oppose à cette transcription. Le tribunal de grande instance de Nantes et la cour d'appel de Rennes rejettent successivement la demande de transcription. Dans la mesure où les arrêts de principe du 6 avril 2011 (Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6 avr. 2011, n°09-66.486, n°10-19.053, Bull. civ. I, n°72 ; D. 2011, 1522, note D. Berthiau, 1001, 1585, 1995 et 2012, 308, 1228; *AJ fam.* 2011, 262, 265, 266, *RTDciv.* 2011, 340) condamnent alors tout pourvoi en cassation à l'échec. Les époux Laborie se tournent d'emblée vers la CEDH. Sans surprise, celle-ci conforte sa jurisprudence en constatant l'inconventionnalité du refus de transcription de la filiation biologique de l'enfant né d'une mère porteuse.

<sup>68</sup> CEDH 16 juill. 2016, *Foulon et Bouvet* n° 9063/14. La CEDH a condamné la France pour avoir refusé la transcription à l'état civil des actes de naissances de jumeaux en Ukraine par GPA, in GALLOUX J.-C., « Panorama Droits et libertés corporels, février 2016-février 2017 », D. n°14 du 6 avr. 2017, p. 786 ; D. n°28 du 4 août 2016, p. 1648 ; *AJDA* n°31 du 26 sep. 2016, p. 1748.

<sup>69</sup> SAINT-PERN L. « La conception génétique de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui ou la seule garantie de demeurer au sein de la famille d'intention, note sous CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n°25358/12 », D. n°16 du 27 avr. 2017, p. 897 et ss ; CHENEDE F. « Petite leçon de réalisme juridique, à propos de l'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie du CEDH 24 janv. 2017 », D. n°12 du 23 mars 2017, p. 663 et ss ; LE MAIGAT P. « GPA (respect de la vie privée) : prise en charge de l'enfant par les services sociaux, note sous CEDH 24 janv. 2017 », D. n°5 du 2 fév. 2017, p. 215 ; CLAVIN C. « GPA réalisée à l'étranger : retirer l'enfant à ses parents intentionnels ne viole pas leur vie privée ni familiale », *AJ fam.* n°5 mai 2017, p. 301 ; MARGUENAUD J.-P. « Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui, note sous CEDH du 24 janv. 2017 », *RTDciv.* n°2, avr.-juin. 2017, p. 335.

A la suite de cette condamnation<sup>70</sup> et dans un arrêt récent du 5 juillet 2017<sup>71</sup>, la Cour de cassation<sup>72</sup> a précisé qu'en cas de GPA réalisée à l'étranger, l'acte de naissance peut être transcrit partiellement sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, qui n'a pas accouché<sup>73</sup>.

La Cour suprême ajoute que l'article 47 du code civil ne permet de transcrire à l'état civil français que ceux des actes étrangers dont les énonciations sont conformes à la réalité. Il est donc impossible de transmettre un acte faisant mention d'une mère qui n'est pas la femme ayant accouché. Au regard du droit au respect de la vie privée et familiale des enfants garanti par l'article 8 de la ConvEDH, La Cour de cassation rappelle que la prohibition de la GPA par la loi française poursuit un but légitime de protection des enfants et des mères porteuses; et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil.

Enfin, La transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant; dès lors que les autorités françaises n'empêchent pas ce dernier de vivre en famille, qu'un certificat de nationalité française lui est délivré<sup>74</sup>.

### 3) Le régime pénal

Le code pénal contient des dispositions incriminants certains cas d'incitation à la GPA, notamment lorsqu'elle donne lieu à rémunération, ou à la substitution d'enfant, ce qui suppose une

---

<sup>70</sup>Toujours est-il que la France ne devrait plus être condamnée par la Cour de Strasbourg. Désormais, la transcription des actes de naissance d'enfants issus d'une GPA est possible, au moins partiellement. En outre, la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle n°2016-1547 du 18 novembre 2016 (J.O. du 19 nov, 2016) a introduit une procédure de réexamen des décisions civiles rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH.

<sup>71</sup> Cass civ. 1<sup>re</sup> 5 juill. 2017, n°15-28.597 et n°16-16.901, n°824 et n°825, *D.* n°25 du 13 juillet 2017, p. 1423; *AJ fam.* Juill.-août 2017, p. 375, obs. F. Chénéde.

<sup>72</sup> Dans cet arrêt du 5 juill. 2015, l'Assemblée plénière avait admis la transcription d'actes de naissance indiquant une filiation à l'égard de l'homme qui a reconnu l'enfant et de la femme qui a accouché en précisant que, selon l'art. 47 c. civ., la transcription ne pouvait être refusée que si l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité. (n°15-50.002 et 14-21.323, not. Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°15-50.002, (accepter d'établir la filiation des enfants à l'égard du parent biologique), in *AJ fam.* n°9 du septembre 2017, p. 482 et ss, note A. Dionisi-Peyrusse ; SINDRES D. « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* n°31 du 17 septembre 2015, p. 1773; FULCHIRON H. « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.* n°31 du 17 septembre 2015, p. 1819 ; *D.* n°25 du 9 juill. 2015, p. 1438 ; *AJ fam.* Juill.-août 2015, p. 364 ; HAUSER J. « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir ! », *RTDciv.* n° 3, juill.-sep. 2015, p. 581 ; *AJ fam.* 2015, 486 ; CA Rennes 7 mars 2016 n°15/03859 et n°15/03855, *AJ fam.* n°4, avril 2016, p. 180, note A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>73</sup> SALVAGE-GEREST P. « Gestation pour autrui et stimulation d'accouchement, ne pas confondre », *AJ fam.* n°9 du septembre 2017, p. 431.

<sup>74</sup> CA Rennes 11 septembre 2017, n°16/06891, *AJ fam.* n°10/2017, p. 547, note E. Viganotti.

déclaration de naissance non conforme à la réalité<sup>75</sup>. La seule disposition qui vise spécifiquement la GPA ne concerne que l'intermédiaire entre les parents d'intention et la mère qui porte l'enfant<sup>76</sup>.

Les parties sont visées par l'article 227-12, alinéa 1<sup>er</sup> du code pénal qui dispose que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende »<sup>77</sup>.

Les tiers à l'arrangement sont visés par l'article 227-12, alinéa 3 du code pénal qui sanctionne 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 ». Étant précisé que toujours selon le code pénal, d'une part, « lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double », et que « la simple tentative de commettre cette infractions est punie des mêmes peines »<sup>78</sup>.

Des dispositions légales ont été ajoutées visant les équipes médicales<sup>79</sup>, mais à ce jour, on ne trouve pas de jurisprudence sur la responsabilité des médecins ayant participé à une GPA<sup>80</sup>.

Le 22 mars 2016, le tribunal correctionnel de Blois aurait condamné une femme pratiquant la GPA pour escroquerie. Celle-ci aurait proposé à deux reprises, en 2010 et 2012, des services de mère porteuse à des couples différents, bénéficiant ainsi de plusieurs paiements, pour ensuite confier l'enfant à un seul des couples et faire croire à l'autre qu'il était mort-né<sup>81</sup>. Les couples

---

<sup>75</sup> CATTO M.-X. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La Revue des Droits de l'Homme* n°3, juin 2013, p. 64.

<sup>76</sup> SOULARD ch. « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 195.

<sup>77</sup> CHAPLEAU B. « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », *D.* n°31 du 17 septembre 2015, p. 1775.

<sup>78</sup> BERGOIGNAN-ESPER Cl., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, éd. Dalloz, 2016, p. 18.

<sup>79</sup> Art. 17 du Code de déontologie médicale et art. R. 4127-17 du CSP, art. 511-24 du code pénal (repris à l'article L.2165-5 du CSP, art. 511-27 du code pénal (repris à l'article L. 2164-1 du CSP et art. R.2142-17 du CSP).

<sup>80</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 217.

<sup>81</sup> Dans cette affaire, la mère porteuse avait conventionnellement promis l'enfant à plusieurs couples, l'enfant ne pouvant plus être rattaché à l'un des hommes commanditaires, puisque relevant biologiquement du mari de la mère., in FRISON-ROCHE M.-A « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ? », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 273.

ayant contracté avec elle auraient été condamnés à 2000 euros d'amende avec sursis pour incitation à l'abandon d'enfant<sup>82</sup>. Le trafic d'être humain n'aurait pas été retenu<sup>83</sup>.

Le 1<sup>er</sup> juillet 2015, le tribunal correctionnel de Bordeaux a condamné à 7500 euros de dommages-intérêts chacun de deux membres d'un couple ayant eu recours à une GPA<sup>84</sup>. Ils ont été condamnés pour « provocation par don, promesse, menace ou abus d'autorité à l'abandon d'enfant né ou à naître »<sup>85</sup>. Le contrat avait été conclu à Chypre et l'enfant est né en France<sup>86</sup>.

Enfin, au contraire, par une ordonnance de non-lieu du tribunal de grande instance de Créteil en date de 30 septembre 2004<sup>87</sup>, les juges du fond ont ainsi déclaré que « les faits visés à l'encontre de deux époux, reconnaissant s'être rendus en Californie afin d'avoir recours à une mère pour autrui avec don d'ovocytes prohibé en France mais autorisé aux États-Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, sa stimulation ou de tentative de stimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national »<sup>88</sup>.

## **B) En Europe : interdiction législative de la GPA**

A l'occasion des affaires *Mennesson* et *Labassée* précitées, la CEDH a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autre que la France, Cette étude apparaît que la GPA<sup>89</sup> est expressément interdite dans **quatorze** de ces États<sup>90</sup>, qu'elle est autorisée, sous réserve des conditions strictes, dans **sept** d'entre eux et que, dans les autres, elle

---

<sup>82</sup> PICHARD M. « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », *D.* n°20 du 8 juin 2017, p. 1148.

<sup>83</sup> Actualités de la Bioéthique, *AJ fam.* n°4, avril 2016, p. 180, note A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>84</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge? », p. 273.

<sup>85</sup> HAUSER J. « La procédure en rectification d'état civil est-elle contentieuse ou gracieuse », *RTDciv.* n°1, janv.-mars 2016, p. 80.

<sup>86</sup> Actualités de la Bioéthique, *AJ fam.* n°9 septembre 2015, p. 433.

<sup>87</sup> *D.* 2005, n°7, p. 476.

<sup>88</sup> CATTO M.-X. « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *art. préc.*, p. 65.

<sup>89</sup> CHENEDE F. « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* n°20 du 4 juin 2015, p. 1172 et ss.

<sup>90</sup> **Allemagne**, Autriche, Bulgarie, Croatie, **Espagne**, Estonie, Finlande, France, **Italie**, Malte, Moldavie, Monténégro, Serbie, Slovaquie, Suède. **Suisse**.

est soit interdite en vertu des dispositions générales soit non tolérée soit dans une situation juridique incertaine<sup>91</sup>.

D'autres pays européens ont, à l'image de la France, pris l'initiative d'adopter des lois prohibant la gestation pour autrui. Tel est le cas de l'Allemagne (1), l'Espagne, l'Italie et la Suisse (2). Dans l'ensemble, les législations de ces pays réputent illicites les conventions de gestation pour autrui et sanctionnent pénalement les professionnels ou les intermédiaires permettant leur mise en œuvre.

### 1) En Allemagne : interdiction expresse du recours à la GPA

Les contrats de gestation pour autrui sont considérés comme immoraux, donc nuls. Les conventions de GPA sont non exécutoires en justice, aucune gestatrice ne pouvant être contrainte de transmettre l'enfant<sup>92</sup>.

En Allemagne, la GPA est interdite<sup>93</sup> par **trois sources** légales différentes<sup>94</sup>.

*Le première* texte est le §134 du Code civil allemand (BGB) qui prévoit la nullité de toute convention contraire à une interdiction légale. En droit civil, une convention de GPA est nulle. Un enfant né dans de telles circonstances est considéré comme ayant juridiquement pour mère la mère porteuse, conformément à l'article 1591 du BGB qui répute mère légale la femme ayant accouché de l'enfant. Il a pour père l'époux de la mère porteuse à la date de la naissance<sup>95</sup>.

*Le deuxième* texte est le §13 (a) de la loi sur l'interdiction de la médiation en GPA<sup>96</sup> qui pose les critères de qualification de gestatrice.

*Le dernier texte* est le §1(1)(7) de la loi sur la protection de l'embryon de 1990 qui prévoit une sanction allant jusqu'à 3 ans d'emprisonnement à l'encontre de la personne qui « tenterait

---

<sup>91</sup> SOULARD ch. « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 192.

<sup>92</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 222.

<sup>93</sup> Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 75.

<sup>94</sup> D'après les débats parlementaires précédant la loi de 1990, les raisons du découragement de la GPA résident dans l'intérêt de l'enfant. Les parlementaires allemands ont estimé que les dangers liés à la GPA en général justifiaient son interdiction catégorique.

<sup>95</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 199.

<sup>96</sup> Loi du 22 déc. 2001 et dont la dernière modification date du 10 déc. 2008.

d'accomplir une fertilisation artificielle d'une femme, disposée à abandonner définitivement son enfant après la naissance de celui-ci, ou de lui transférer un embryon humain. En fait, le droit pénal accroît l'effectivité de l'interdiction de la GPA, en sanctionnant tout intermédiaire ou activité professionnelle rattaché à la GPA : amende, prison, qu'il s'agisse d'agences de mise en relation ou d'un médecin qui pratiquerait une GPA<sup>97</sup>.

Les sanctions pénales ne s'appliquent qu'aux intermédiaires et pas aux protagonistes, que la GPA soit légal ou non. En effet, aucune peine n'est prévue, ni pour la gestatrice, ni pour le couple intentionnel, bien au contraire, le §1(3)(2) de la loi de 1990 prévoyant que « ne seraient pas punie (...) la mère de substitution, et pareillement la personne qui s'engagerait à élever l'enfant à long terme<sup>98</sup>.

Enfin, notons qu'aussi bien en France qu'en Allemagne, le droit pénal est applicable uniquement en ce qui concerne les infractions commises sur le sol national.

## 2) L'Italie, la suisse et l'Espagne

En **Italie**, au regard de la loi du 19 février 2004 relative à la procréation médicalement assistée, les conventions de gestation pour autrui sont nulles de plein droit pour objet illicite<sup>99</sup>. La loi sanctionne pénalement le fait de réaliser, organiser ou faire de la publicité en faveur de la commercialisation de gamètes ou d'embryons ou de la gestation pour autrui, ce qui vise principalement les médecins<sup>100</sup> et les établissements médicaux à l'exclusion de la mère porteuse ou des parents d'intention. Un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui illicite verrait sa filiation maternelle reconnu à l'égard de la mère porteuse (C. civ. Italien, art. 269, al. 3)<sup>101</sup>.

En Italie, concernant la GPA demandée par des personnes sans lien biologique avec l'enfant, une affaire a concerné un couple de parents d'intention formé d'un homme et d'une femme sans aucun lien biologique avec l'enfant né par GPA en Russie. L'enfant ayant été retiré aux parents

---

<sup>97</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *art. préc.*, p. 218.

<sup>98</sup> Le contenu de cette exemption est confirmée dans le §14b.

<sup>99</sup> Avis du CCNE français du 15 juin 2017, p. 75.

<sup>100</sup> Les médecins sont passibles de suspension professionnelle.

<sup>101</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.* p. 200.

d'intention par les services sociaux pour être confié à l'adoption par les voies légales. La Grande chambre de la CEDH<sup>102</sup> dans un arrêt récent du 24 janvier 2017 a considéré que, par ce retrait de l'enfant du domicile du couple qui l'élevait, le gouvernement italien avait porté atteinte aux droits des parents d'intention, mais que cette atteinte était justifiée par sa volonté de protéger les enfants contre des pratiques illicites.

En **Suisse**, la constitution fédérale, qui comprend un article relatif à la procréation médicalement assistée, condamne « toutes les formes de maternité de substitution »<sup>103</sup>. Une convention de gestation pour autrui est donc nulle. La loi prévoit également que les praticiens et les intermédiaires peuvent faire l'objet d'une sanction pénale<sup>104</sup>.

Concernant la GPA demandée par des personnes sans lien biologique avec l'enfant, le tribunal fédéral a jugé le 14 septembre 2015<sup>105</sup> qu'il était légitime de s'opposer à la reconnaissance d'un acte d'état civil américain déclarant les parents d'intention comme père et mère à la suite d'un jugement californien. Le tribunal a jugé que l'intégralité du processus de conception ayant eu lieu aux États-Unis dans le but manifeste de contourner l'interdiction d'avoir recours à la GPA en Suisse, l'inscription des enfants dans le registre d'état civil était incompatible avec l'ordre public suisse. Il était précisé qu'une GPA faite sans aucun lien biologique avec le couple d'intention se rapproche d'une adoption, mais qui serait réalisée dans des conditions contraires à la loi sur l'adoption, conçue, elle, pour protéger les enfants<sup>106</sup>.

En **Espagne**, la loi du 26 mai 2006 sur la procréation médicalement assistée a maintenu une prohibition antérieurement prévue par une loi du 22 novembre 1988. Aux termes de ce texte, la convention de gestation pour autrui est nulle, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit. Là encore, les praticiens contrevenant à la loi (individus, agences, institutions, centres médicaux) peuvent être pénalement sanctionnés, mais pas les parents d'intention. La mère est celle qui

---

<sup>102</sup> CEDH, Grande chambre du 24 janvier 2017, requête n° 25358/12, *Affaire Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

<sup>103</sup> Constitution fédérale du 18 avril 1999, article 119.

<sup>104</sup> Avis du CCNE français du 15 juin 2017, p. 75.

<sup>105</sup> Arrêt SA\_443/2014 du 14 septembre 2015.

<sup>106</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.* p. 200.

accouche. Quant à l'enfant né dans le contexte d'une convention de gestation pour autrui, il a pour mère sa gestatrice<sup>107</sup>.

Enfin, dans sa décision du 2 février 2015<sup>108</sup>, la formation plénière de la Sala de lo civil du Tribunal supremo español écarte l'argument selon lequel le refus de reconnaître la filiation telle qu'établie à l'étranger porterait atteinte au droit au respect de l'intimité familiale car il existe en droit espagnol des moyens permettant d'intégrer l'enfant dans sa famille et d'assurer sa protection juridique. Surtout elle s'appuie sur les arrêts Labassée et Mennesson précités pour affirmer qu'il n'y a pas atteinte au droit de l'enfant au respect de son identité<sup>109</sup>.

## II) Pays dans lesquels la GPA est licite et encadrée par la loi

Il existe des pays n'ayant pas de réglementation spécifique relative à la GPA comme : Andorre, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Monaco, Roumanie, Saint-Marin.

Contrairement aux législations des États-Unis d'Amérique (B), les législations des systèmes européens de droit continental imposent leur conception, considèrent que la GPA n'est pas une affaire de vie privée que seul le droit des contrats devrait régir (A)<sup>110</sup>.

### A) En Europe : autorisation sous conditions de la GPA

A l'occasion des affaires Mennesson et Labassée, la CEDH a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autre que la France. Cette étude apparaît que la GPA<sup>111</sup> est expressément interdite dans **quatorze** de ces États, qu'elle est autorisée, sous réserve des conditions strictes, dans **sept** d'entre eux et que, dans les autres, elle

---

<sup>107</sup> Avis du CCNE français du 15 juin 2017, p. 75.

<sup>108</sup> « Gestation pour autrui (Statut des enfants) : position du Tribunal supremo español », *D.* n°11 du 19 mars 2015, p. 626.

<sup>109</sup> En Espagne, une proposition de loi sur la GPA a été déposée récemment devant le Congrès des députés. Le texte légaliserait uniquement la GPA dite 'altruiste'. La mère porteuse devrait avoir plus de 25 ans, avoir eu au moins un enfant et ne pourrait mener plus de 2 grossesses pour le compte d'autrui. Toute rémunération serait exclue et seuls les frais liés à la grossesse et l'accouchement seraient dédommagés.

<sup>110</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge? », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 268.

<sup>111</sup> CHENEDE F. « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* n°20 du 4 juin 2015, p. 1172 et ss.

est soit interdite en vertu des dispositions générales soit non tolérée soit dans une situation juridique incertaine<sup>112</sup>.

D'un côté, on remarque que la GPA doit être gratuite dans certains pays européens (1), et de l'autre côté, la GPA est commerciale en Ukraine (2).

## 1) la GPA gratuite

Les quelques pays européens autorisant la GPA l'ont fait de manière assez restrictive : la GPA est tolérée aux Pays-Bas et en Belgique (b), requiert une autorisation en Grèce et nécessite une décision judiciaire pour produire ses effets au Royaume-Uni (a).

### a) Grande-Bretagne et en Grèce : autorisation par une décision judiciaire

Au Royaume-Uni, la GPA est officiellement légalisée à la condition d'être gratuite<sup>113</sup>.

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) et en 2010 et en 2013<sup>114</sup>.

Tout d'abord, la loi du 16 juillet 1985 a interdit les contrats de gestation pour autrui à but lucratif en les privant de toute efficacité, ce qui, *a contrario*, permet de conclure à la licéité de la GPA à titre gratuit<sup>115</sup>. Cette loi avait fourni un premier cadre : non exécutabilité des contrats de GPA en faveur ou contre l'une des parties en cause ; interdiction des intermédiaires dans la conclusion d'une convention à base commerciale de GPA<sup>116</sup> ; interdiction de publicité<sup>117</sup>. Ces interdictions ne concernaient ni la gestatrice ni les parents intentionnels<sup>118</sup>. En d'autres termes, si la GPA commerciale, mise en place par des intermédiaires percevant des commissions, était interdite, la

---

<sup>112</sup> SOULARD ch. « Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 192.

<sup>113</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 202.

<sup>114</sup> Avis du CCNE français du 15 juin 2017, p. 76.

<sup>115</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 204.

<sup>116</sup> §2(1) de la loi de 1985.

<sup>117</sup> §3

<sup>118</sup> §2(2)

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.

Dans ce dispositif britannique où la GPA a été légalement encadrée, les intermédiaires sont sanctionnés, mais pas les parents intentionnels et la gestatrice<sup>119</sup>. Le §4(1) de la loi de 1985 dispose que la négociation sur une base commerciale, contrairement au §2 de la même loi, est sujette à une procédure sommaire pouvant aboutir à 3 mois d'emprisonnement ou à une amende. En ce qui concerne la publicité, contraire au §3, une procédure sommaire peut aboutir à une amende, sans peine d'emprisonnement<sup>120</sup>.

La loi de 1990 donna un encadrement déjà très construit à la GPA. Il fut permis aux parents de 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*<sup>121</sup>. Lorsqu'un embryon a été conçu avec les gamètes d'au moins un des deux époux<sup>122</sup>, puis a été implanté dans l'utérus d'une mère porteuse qui s'est engagée à le porter.

Au Royaume-Uni, c'est la femme ayant accouché de l'enfant qui est réputée être juridiquement la mère de celui-ci<sup>123</sup>. C'est donc la mère porteuse qui est enregistrée comme mère de l'enfant dans un premier temps.

Le couple (les parents d'intention) peut six semaines après la naissance et avant l'expiration d'un délai de six mois, demander au juge de prendre une décision leur conférant la qualité de parents (*parental order*). 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.

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

---

<sup>119</sup> §2(2) de la loi de 1985.

<sup>120</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 226.

<sup>121</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « L'impossible de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.*, n°38 du 6 novembre 2014, p. 2187.

<sup>122</sup> §30(1)(b) de la loi de 1985. L'essentiel est que l'enfant ait un lien génétique avec l'un au moins des parents d'intention.

<sup>123</sup> §27(1) de la HFEA Act 1990 (repris par §33(1) de la HFEA Act 2008).

rétracter. L'enfant doit vivre avec les parents intentionnels<sup>124</sup>, dont l'un au moins doit être domicilié au Royaume-Uni<sup>125</sup>.

Ensuite, la loi de 1990 exige que le juge, pour prononcer le *Parental Order*, vérifie qu'aucune rémunération n'a été versée, mis à part le « remboursement des dépenses raisonnables »<sup>126</sup>. En effet, les parents d'intention ne pouvant qu'indemniser de manière raisonnable la mère porteuse au regard des frais encourus<sup>127</sup>. En règle générale, les tribunaux acceptent le versement d'une somme compris entre 7 000 et 15 000 livres (c'est-à-dire entre 10 000 et 20 000 euros)<sup>128</sup>.

La loi de 2008 sur la fertilisation et l'embryologie humaine<sup>129</sup> a conservé le régime antérieur, en supprimant la condition que les demandeurs du *Parental Order soient mariés*<sup>130</sup>.

En **Grèce**, c'est la loi du 19 décembre 2002<sup>131</sup> portant sur l'AMP humaine qui a autorisé la GPA.

Le recours à la GPA fait l'objet d'une autorisation judiciaire. Cette autorisation n'est donnée que si les parents d'intention<sup>132</sup> et la mère porteuse ont conclu un accord par écrit et sans contrepartie, auquel l'éventuel conjoint de la mère porteuse doit également être partie. Toute rémunération est exclue : seul le remboursement des frais de grossesse, voire des éventuelles pertes de revenus ou de salaire, est envisageable<sup>133</sup>.

La mère d'intention doit déclarer sa stérilité et obtenir l'accord d'un juge qui doit vérifier que les conditions (indications médicales, altruisme, consentement éclairé) sont respectées avant de

---

<sup>124</sup> §30(3)(a).

<sup>125</sup> §30(3)(b).

<sup>126</sup> BIOY X., *Biodroit, de la biopolitique au droit de la bioéthique*, LGDJ, p. 143.

<sup>127</sup> Les gestatrices ne sont pas rémunérées, seulement dédommagés pour leurs frais (aux alentours de 10-15 000euros), fait que le nombre de femmes volontaires reste faible. Ce qui conduit les intéressés de se rendre dans des pays comme en Asie de Sud-Est où les coûts de la GPA et la protection des mères porteuses sont moindres.

<sup>128</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 205.

<sup>129</sup> MONEGER F. « Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap », *RDSS* n°3, mai-juin 2014, p. 479.

<sup>130</sup> PARIZER-KRIEF K. « A propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne, et Grande-Bretagne) », *art. préc.*, p. 221.

<sup>131</sup> Cette loi a été complétée par la loi du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée.

<sup>132</sup> Dans la majorité des cas, les mères porteuses sont d'origine étrangère et de condition modeste.

<sup>133</sup> Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 76.

pouvoir procéder à la GPA. Si l'autorisation est donnée par le juge, c'est la mère d'intention qui, sur le fondement de cette autorisation, est présumée être la mère de l'enfant lors de la naissance<sup>134</sup>.

Des sanctions pénales sont encourues si ces règles ne sont pas respectées. Par ailleurs, le bénéfice de la loi grecque est réservé aux femmes domiciliées en Grèce, qu'il s'agisse de la mère d'intention ou de la mère porteuse, et ce, dans le souci d'éviter le tourisme procréatif<sup>135</sup>.

## **b) Pays-Bas et Belgique : la tolérance de la GPA**

En Hollande, la GPA n'est pas interdite, est tolérée en l'absence de réglementation, mais non facilités et rencontrant des obstacles à sa réalisation<sup>136</sup>.

La législation procède par l'affirmation d'un principe, et par l'admission d'une exception. Le droit civil pose le principe de l'interdiction de la GPA ; toute activité qui la favorise est punie par le droit pénal (amende, prison). Aux Pays-Bas, le Code pénal interdit la GPA à titre onéreux et sanctionne pénalement les intermédiaires permettant la conclusion de convention de maternité pour autrui.

Par exception, la GPA à titre gratuit n'est pas interdite au regard du règlement du 1<sup>er</sup> avril 1998<sup>137</sup>. Si la GPA est la seule possibilité pour une femme de devenir mère, et dans des conditions fixées par le droit médical, une GPA peut être pratiquée dès lors que la mère porteuse ne reçoit aucune rémunération. La mère porteuse est juridiquement la mère de l'enfant et peut décider de le garder.

Les conditions prévues portent sur la mère porteuse et la mère d'intention. Elles correspondent à l'âge de la mère porteuse (moins de 44 ans), à son bon état de santé et au fait d'avoir déjà donné naissance à un ou plusieurs enfants. De son côté, la mère d'intention doit être dans l'incapacité médicale de mener une grossesse à son terme et être âgée de moins de 40 ans. Il n'est pas exigé qu'elle soit mariée<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Article 1464 du code civil grecque.

<sup>135</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 204.

<sup>136</sup> VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, 2010, p. 54.

<sup>137</sup> Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 77.

<sup>138</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 202.

La **Belgique** n'ayant pas légiféré sur la maternité de substitution. Le silence ne vaut pas interdiction. En Belgique la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée qui ne prohibe pas expressément la GPA ni ne l'autorise<sup>139</sup>, l'interdiction de la GPA ne s'est pas spontanément imposée<sup>140</sup>.

Enfin, la GPA, qui n'est mentionnée par aucun texte, se pratique ainsi en Belgique en dehors d'un cadre juridique précis<sup>141</sup>. Pour autant, elle nécessite le passage par l'adoption<sup>142</sup>, indispensable pour modifier le lien de filiation antérieurement établi sur le fondement du droit commun<sup>143</sup>.

## 2) Le cadre juridique gouvernant la GPA commerciale en Ukraine

La pratique commerciale de la GPA est légale en Ukraine tout en étant réservé aux parents d'intention constituant un couple marié<sup>144</sup>.

Selon l'article 123 du code de la famille ukrainien, les parents d'intention sont désignés comme tels dès l'instant de la conception. Il est en effet illégal de désigner la femme porteuse comme étant la mère de l'enfant. En cas de GPA, c'est le contrat établi entre la mère porteuse et les parents d'intention qui permet d'établir un lien familial et non l'accouchement.

---

<sup>139</sup> GENICOT G., *Droit médical et biomédical*, collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2<sup>ème</sup> édition (éd.), Larcier 2016, p. 717. La gestation pour autrui ou maternité de substitution n'a jamais été formellement interdite en droit belge et ne l'est pas davantage par la loi du 6 juillet 2007 relative à la PMA, qui ne l'envisage pas.

<sup>140</sup> VIALLA F., *Les grandes décisions du droit médical, ouv. préc.*, p. 54.

<sup>141</sup> Avis préc. du CCNE du 15 juin 2017, p. 77.

<sup>142</sup> C'est le cas également au **Danemark** où Plusieurs lois freinent la réalisation de GPA : la loi sur l'adoption (2009/2015) interdit toute forme d'entremise entre une femme et une autre personne qui souhaiterait devenir le parent d'un enfant mis au monde par cette femme, et interdit toute publicité, entraînant des pénalités (amende, prison). D'après la loi sur l'enfant (2001), les conventions de gestation pour autrui sont nulles. (Les règles sont donc conçues afin de ne pas favoriser la GPA). In, avis préc. du CCNE du 15 juin 2017, p. 77.

Dans ces 2 pays, le droit civil limite le développement de la GPA. Comme dans tous les pays européens, l'enfant qui naît est l'enfant de la femme qui en accouche et de son conjoint. Le changement de filiation requiert une adoption.

<sup>143</sup> La GPA n'est prévue par aucun texte. Elle n'est donc ni interdite, ni subordonnée au respect de conditions. En l'absence de tout texte juridique explicite, quelques hôpitaux la pratique de façon très encadrée, gratuite (seuls des dédommagements sont admis) et préférentiellement gestationnelle. Toutefois, le droit de la filiation constitue un obstacle au développement de la GPA. La mère porteuse est considérée comme la mère de l'enfant, et, si elle est mariée, son mari est considéré comme le père. Le père commanditaire peut soit reconnaître l'enfant, si la mère porteuse n'est pas mariée, soit engager une procédure d'adoption. La mère porteuse a 2 mois pour envisager de consentir à une adoption de l'enfant par les parents commanditaires.

Lors de GPA réalisée à l'étranger (Ukraine, Inde, États-Unis) le caractère incomplet ou modifié de l'acte de naissance (ne mentionnant pas la mère porteuse) entraîne des difficultés juridiques diversement jugées par les différentes instances, face aux arguments avancés : paternité biologique ou d'intention, existence d'une vie familiale, intérêt de l'enfant.

<sup>144</sup> Avis préc. du CCNE du 15 juin 2017, p. 76.

Selon l'article 319 du code de la famille, une femme porteuse 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.

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

Quant à la mère porteuse<sup>145</sup>, elle doit avoir déjà eu 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 du mari.

Les directives sur les procédures relatives aux nouvelles techniques de reproduction exigent la signature d'une convention synallagmatique entre les parents d'intention et la mère porteuse avant l'implantation de l'embryon. Le contrat doit indiquer que la mère porteuse est d'accord pour porter l'enfant, que l'enfant n'a aucun lien génétique avec elle et qu'à la naissance elle donnera l'enfant au couple » Il doit également stipuler qu'elle renonce à ses droits parentaux sur l'enfant<sup>146</sup>.

Le contrat doit indiquer également que les parents d'intention sont pleinement responsables de l'enfant à la naissance et doivent prendre en charge toutes les dépenses liées à la grossesse<sup>147</sup>. Selon l'article 623 du code civil ukrainien, la somme que la mère porteuse reçoit doit être négociée entre le couple et la mère porteuse.

Le contrat standard de GPA est en effet composé de deux parties. La première partie porte sur les dépenses supportées par la mère porteuse et le soutien financier dont elle bénéficie. Le couple doit assumer toutes les dépenses de la mère porteuse qui sont liées à la grossesse pendant toute la durée du processus (coûts médicaux, nourriture, vêtements, visites médicales...). La seconde partie du contrat concerne directement la rémunération de la mère porteuse, rémunération qui est convenue dès le départ et ne peut plus être modifiée ensuite.

---

<sup>145</sup> Et conformément aux directives sur les procédures d'utilisation des techniques de reproduction.

<sup>146</sup> LANCE D. MERCHANT J. « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 232.

<sup>147</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « Face aux faits des maternités de substitution que peut et doit faire le juge? », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 274.

Le contrat anticipe également les problèmes qui peuvent survenir, tels que des naissances multiples, la naissance d'un enfant affecté de maladies graves ou d'un handicap, l'avortement pour des raisons médicales, le divorce des parents d'intention, etc. sont également incluses dans l'accord toutes les sanctions encourues par la mère porteuse dans le cas où elle ne respecterait pas le contrat, et qui peuvent aller d'une sanction pécuniaire à l'annulation définitive du contrat<sup>148</sup>.

Enfin, il est important de souligner qu'en Ukraine le double don par un tiers (spermatozoïde et ovocyte) est interdit dans le processus de GPA, L'un au moins des deux parents d'intention doit avoir un lien génétique avec l'enfant à naître<sup>149</sup>.

## **B) Aux États-Unis : l'autorisation de la GPA (*Wombs for rent* )**

La GPA est autorisée dans plusieurs États des États-Unis<sup>150</sup>, en Inde<sup>151</sup> et en Thaïlande<sup>152</sup> où la loi thaïlandaise n'admet que la « GPA éthique » sans contrepartie financière<sup>153</sup>.

En privilégiant la volonté du couple, la législation favorise des conventions qui donnent au couple d'intention l'autorité sur toutes les décisions et conduisent à destituer la gestatrice de tout contrôle sur sa grossesse. Elles les protègent contre les risques de revirements et d'incidents<sup>154</sup>.

D'un côté, on parle de cadre juridique régissant la GPA Outre Atlantique (1), et de l'autre côté, on citera quelques exemples de réglementation de la GPA (2).

---

<sup>148</sup> LANCE D. MERCHANT J. « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 233.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>150</sup> BERGOIGNAN-ESPER Cl. « Gestation pour autrui à l'étranger et reconnaissance de la filiation en France », *RDSS* n°5, septembre-octobre 2014, p. 887.

<sup>151</sup> En Inde, la pratique des GPA rapporte 400 millions de dollars par an. Il existe près de 3000 cliniques de PMA en activité en 2016.

<sup>152</sup> Aux Pays d'Asie du Sud-Est, le phénomène de « *forum shopping* » a entraîné un afflux d'étrangers vers ces pays en raison de législations soit tolérant la GPA, soit la déclarant licite. Depuis 5 ans, les pays d'Asie du Sud-Est adoptent des lois qui posent le problème de licéité et restreignent de plus en plus les conditions d'accès à la GPA (Inde, Thaïlande, Népal, Cambodge, Malaisie).in, Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 78.

<sup>153</sup> FRISON-ROCHE M.-A. « L'impossible de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.*, n°38 du 6 novembre 2014, p. 2186.

<sup>154</sup> in avis du CCNE français n°110, année 2010, p. 11, site internet du CCNE.

## 1) Le cadre juridique régissant la GPA Outre Atlantique

Une dizaine d'États américains autorisent expressément la GPA<sup>155</sup> à des conditions qui varient souvent<sup>156</sup>. Ils ont des lois très précises pour encadrer ces pratiques<sup>157</sup>. Quatre d'entre eux (Floride, Utah, État de Washington et New Hampshire) connaissent ce qui correspond à une approche de santé publique pour encadrer les pratiques de GPA<sup>158</sup>.

L'ensemble de ces quatre États exige légalement la plupart sinon la totalité des critères suivants : **premièrement**, les parents d'intention doivent être âgés d'au moins 21 ans et résider dans l'État depuis au moins un an ; **deuxièmement**, ils doivent se soumettre à des examens physiques et psychologiques ; **troisièmement**, la mère d'intention doit prouver qu'elle est capable d'élever un enfant<sup>159</sup>. Il est parfois exigé, comme c'est le cas en Floride et dans l'Utah, que la mère d'intention soit dans l'incapacité d'avoir un enfant ; **quatrièmement**, au moins l'un des parents d'intention doit avoir un lien génétique avec l'enfant à naître ; un certain nombre de lois étatiques exigent expressément que les parents d'intention soient mariés. En Floride, la loi ne l'autorise qu'au profit des seuls couples mariés âgés d'au moins 18 ans ; **cinquièmement**, concernant la mère porteuse, peu importent les motivations du couple commanditaires, seule compte la décision libre et éclairée d'une femme de porter pour le compte d'autrui un enfant à naître<sup>160</sup>. La mère porteuse doit être âgée d'au moins 21 ans et résider dans l'État depuis au moins un an ;

**Sixièmement**, elle doit avoir déjà un enfant en bonne santé. Ses ovules ne doivent pas être utilisés dans le processus ; **septièmement**, elle doit aussi se soumettre à des examens physiques et psychologiques ; **huitièmement**, elle ne doit être bénéficiaire d'aucune forme d'assistance sociale

---

<sup>155</sup> -**quatre États** ne reconnaissent sous aucune forme, quelle qu'elle soit, les conventions ou contrats de GPA; -**quatre États** reconnaissent la validité des contrats de GPA mais sans contrepartie monétaire sous quelque forme que ce soit; - **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 mère porteuse pendant le congé de maternité et autres frais liés aux soins. -**sept États** interdisent complètement la GPA et en font une infraction.in, LANCE D. MERCHANT J. « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 236.

<sup>156</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 206.

<sup>157</sup> La pratique de la GPA n'est pas fréquente, il y a environ quatre millions de naissance par an aux États-Unis, parmi elles, environ 1000 à 1500 naissances par GPA, soit à peu près 1% de toutes les pratiques de TRA (technique de reproduction artificielle). En outre, la moitié de ces naissances sont le fait de couples étrangers.

<sup>158</sup> BILLIER J.-C. « Libéraliser la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice*, n°4 / 2010, p. 117.

<sup>159</sup> CAIRE A.-B. « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDSS* n°2, mars-avr. 2017, p. 269.

<sup>160</sup> LE GAC-PECH S. « Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse », *AJfam.* n°10, octobre 2016, p. 488.

(couverture médicale) ; **neuvièmement**, les sommes versées<sup>161</sup> ne doivent pas excéder les frais médicaux et vestimentaires, la perte de salaire de la mère porteuse occasionné par la maladie ou pendant le congé de maternité et autres frais liés aux soins<sup>162</sup>; **dixièmement**, les deux parties doivent avoir leurs propres avocats et le contrat doit avoir été négocié et rédigé avant que la procédure de technique de reproduction artificielle (TRA) soit approuvée par un juge<sup>163</sup>. Dans beaucoup d'États, le contrat doit être dressé par écrit au préalable. La loi de l'Illinois requiert qu'y figurent le consentement écrit de la mère porteuse et de son conjoint. Certaines législations étatiques prévoient une procédure d'approbation du contrat par le juge. Au Texas, les droits des parents d'intention ne sont reconnus qu'à la condition qu'un tribunal valide le contrat de GPA, faute de quoi le contrat est privé de force obligatoire<sup>164</sup>.

Aux États-Unis, seul un tiers des États américains ont légiféré<sup>165</sup>. On observe le même phénomène au **Canada**<sup>166</sup>, où la question de la licéité des contrats de gestation pour autrui relève de la compétence des provinces et territoires<sup>167</sup>, malgré une loi fédérale sur la procréation assistée interdisant la gestation pour autrui à titre onéreux ainsi que les activités d'intermédiation en la matière<sup>168</sup>.

---

<sup>161</sup> Aux États-Unis, le cout d'une GPA varie de 100 000 à 150 000 dollars, dont 20 000 pour la gestatrice.

<sup>162</sup> Surrogacy Egg Donation center

<sup>163</sup> LANCE D. MERCHANT J. « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 237.

<sup>164</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 207.

<sup>165</sup> Avis du CCNE français sur les demandes sociétales de recours à l'AMP, chapitre 4, Réflexions sur les demandes sociétales de GPA, 15 juin 2017, p. 77.

<sup>166</sup> Au *Canada*, comme aux États-Unis, la question de la GPA, à l'instar du droit de la filiation, est de la compétence des provinces. Les lois provinciales posent toutes le principe que la mère de l'enfant est celle qui accouche. Mais parce qu'il s'agit d'une question de dignité humaine, la loi fédérale est intervenue pour interdire expressément la GPA à titre onéreux et toute activité d'intermédiaire ; par une interprétation *a contrario*, on considère que les conventions de GPA sans échange d'argent sont licites. Si l'on prend l'exemple de la province du Québec, le Code civil québécois prive de tout effet les conventions de GPA. Mais, dans plusieurs provinces anglophones, les règlements permettant de réaliser effectivement les GPA n'ont pas été adoptés et la situation est très incertaine, dépendant essentiellement des contrats.

<sup>167</sup> Le Code civil Québécois condamne les conventions de gestation pour autrui. V. « La gestation pour autrui », étude de législation comparée n°182, janv. 2008, disponible sur le site du Sénat, p. 33 et s.

<sup>168</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 198.

Par contre, tout comme en Europe, certains États américains ne reconnaissent pas la licéité de la gestation pour autrui<sup>169</sup>. Ainsi dans le Michigan, toute personne partie à un contrat de GPA encourt une réclusion pouvant aller jusqu'à cinq ans et une amende pouvant aller jusqu'à 50 000 dollars<sup>170</sup>.

Enfin, pour autant, la majeure partie des États ayant légiféré en faveur de l'interdiction prévoient principalement que les contrats de gestation pour autrui sont « *void and unenforceable* » (nuls et non exécutoires). La loi de l'État de New York le prévoit en précisant que les contrats de mère porteuse sont contraires à l'ordre public<sup>171</sup>.

## 2) Quelques exemples de réglementation de la GPA

Aux **États-Unis**, le premier contrat de gestation pour autrui a été conclu en 1976 entre un couple marié et une mère porteuse dont il était prévu qu'elle ne serait pas rémunéré<sup>172</sup>. Ce n'est que quelques années plus tard, en 1980, que fut conclu le premier contrat de gestation pour autrui à titre onéreux.

La première décision américaine ayant attiré l'attention a été rendue en 1988, à propos d'une gestation pour autrui, par la Cour suprême de New Jersey, dans l'affaire symbolique et très médiatisée *Baby M*<sup>173</sup> (le « M » renvoyant au prénom de l'enfant, Melissa). Dans cette affaire, le contrat de gestation pour autrui prévoyait que la mère porteuse acceptait, en contrepartie de la somme de 10 000 dollars, d'être inséminée avec le sperme du père d'intention et de remettre l'enfant après l'accouchement aux parents d'intention en renonçant à tout droit parental. Le contrat stipulait qu'aucun paiement ne serait fait avant la « livraison » de l'enfant et la renonciation, par la mère porteuse, à tous ses droits. Après l'accouchement, la mère porteuse respecta, dans un premier temps, l'engagement souscrit et remit le bébé aux parents d'intention, Elle revint pourtant, le jour suivant, reprendre l'enfant afin de le garder avec elle quelques jours de plus puis refusa de le restituer avant de disparaître. Lorsqu'elle fut retrouvée, quelque mois plus tard, l'enfant fut remis

---

<sup>169</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », *art. préc.*, p. 200.

<sup>170</sup> State of Michigan, Surrogate Parenting, Act, Act 199 of 1988.

<sup>171</sup> New York Domestic Relations Law, art. 8, para 122, Surrogate Parenting Contracts.

<sup>172</sup> C. Conklin, « Surrogacy laws in the US and the pressing need for regulation », *Women's Rights Law Reporter*, n°35, p. 67 et s.

<sup>173</sup> In re Baby M., 537 A,2d 1227 (N.J. 1988).

aux parents d'intention et une bataille pour la filiation s'engagea au terme de laquelle la mère porteuse et le père d'intention furent réputés être les parents de l'enfant. La Cour suprême du New Jersey estima par ailleurs que l'intérêt de l'enfant commandait de le confier aux parents d'intention tout en octroyant un droit de visite à la mère porteuse<sup>174</sup>.

Enfin, un autre exemple aux États-Unis fait apparaître une bataille judiciaire complexe. Une mère porteuse américaine, enceinte de triplés, a entamé des poursuites contre le père biologique afin d'obtenir le droit de garder l'un des bébés. Cette jeune femme a pris cette décision après que le futur papa aurait demandé une réduction embryonnaire, soit d'avorter de l'un des fœtus. La femme porteuse n'a aucun lien génétique avec les triplés, issus de la fécondation d'ovules d'une donneuse par les spermatozoïdes du futur père. Mais elle estime que cet élément ne l'empêche pas d'obtenir la garde d'au moins des bébés, selon la plainte qu'elle a déposée. Dans le contrat, une clause précise toutefois que le père peut demander l'avortement de l'un des fœtus en cas de grossesse multiple. Ce type de clause est courant dans les contrats de GPA aux États-Unis. La femme porteuse, qui avait accepté cette possibilité, a finalement refusé d'avorter<sup>175</sup>.

## Conclusion

Les pays sont divisés concernant la question très problématique de la GPA. Les arguments avancés pour une levée de la prohibition met en avance les cas d'infertilité d'origine utérine<sup>176</sup> et l'absence d'alternatives thérapeutique ou encore la difficulté de la procédure d'adoption.

En revanche, les arguments contre la GPA sont des raisonnements d'ordre éthique, moral et médical qui concerne d'un côté, la commercialisation du corps humain (la dignité du corps, le corps n'est pas un objet, un décalage dans les niveaux économique et sociaux en faveur du couples d'intention) et de l'autre côté, l'atteinte fondamentale au statut de la maternité (risques physiques et psychologique pour le gestatrice et pour l'enfant).

A partir du moment où l'on estime que le droit a d'abord pour vocation de protéger les plus faibles et les plus vulnérables, on peut interdire ou organiser par la loi la gestation pour autrui afin d'éviter

---

<sup>174</sup> G'SELL F. « La grande variété des approches relatives à la maternité pour autrui en Europe et aux États-Unis », in MARAIS A. (sous la dir.), *La procréation pour tous ?*, éd. Dalloz, 2015, p. 196.

<sup>175</sup> TOURAME P. « Quelle liberté pour la mère porteuse », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 284.

<sup>176</sup> En Europe, une femme sur 500 en âge de procréer de 18 à 35 ans, souffrirait d'infertilité utérine.

l'exploitation des mères porteuses et éventuellement celle de parents confrontés à un marché procréatif « sauvage ». <sup>177</sup>

Des sociétés commerciales spécialisées dans le marché de la reproduction ont implanté leur activité dans certains États américains et en Inde <sup>178</sup>, démarchant des clients un peu partout dans le monde, spécialement dans les pays « riches ». Ces intermédiaires sont liés à des cliniques, elles-mêmes liées à des laboratoires, L'internet favorise la rencontre de l'offre et de la demande. De véritables ventes d'enfants voient le jour à l'échelle internationale, et ce dans un cadre non réglementé <sup>179</sup>.

En attendant la mise en œuvre de la technique des greffes d'utérus pour pallier l'infertilité utérine qui est présentée comme un remède à l'interdiction de la GPA <sup>180</sup>. Il est aujourd'hui urgent de protéger l'enfant par le droit, via des législations <sup>181</sup>, des constitutions, et de traités et déclarations, tels la Convention de Nations unies sur les droits de l'enfant <sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> GAILLE M. « Le débat français : une toile d'arguments moraux pour un acte controversé », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, pp. 301.

<sup>178</sup> En Inde, le coût d'une GPA se situait autour de 30 000 euros, dont 3 à 4 000 pour la gestatrice.

<sup>179</sup> BRUNETTI-PONS C. « Le (tourisme procréatif), porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère? », *Les cahiers de la justice*, n°2 / 2016, p. 259.

<sup>180</sup> CAIRE A.-B. « La greffe d'utérus : pour un encadrement juridique prospectif », *RDSS* n°2, mars-avr. 2017, p. 269.

<sup>181</sup> HENRY X. « Petite anticipation autour de l'utérus artificiel ». *D.* n°17 du 5 mai 216, p. 952.

<sup>182</sup> Nations unies, Convention internationale des droits de l'enfant, 20 nov. 1989, art. 3.