



## LA MATERNITE POUR LE COMPTE D'AUTRUI<sup>85</sup>

JULIE TEREL

UNIVERSITE DE BORDEAUX

“Se procurer une descendance reste l’obsession essentielle de l’homme” (Hauser 1997, 13). Cette obsession est telle aujourd’hui qu’elle conduit à faire pénétrer le corps de la femme dans la sphère économique, dans la sphère contractuelle, par le biais de la maternité pour le compte d’autrui.

La maternité est à la fois le fait d’être enceinte, l’état de grossesse. En somme, c’est “l’action de porter et de mettre au monde des enfants” (Civa 1997, 10). La maternité est également le “lien de parenté qui existe entre (...) la mère et l’enfant” (Aubray 1953). Lorsque l’on parle de “maternité pour le compte d’autrui”, la maternité est envisagée simplement dans son sens factuel d’état de grossesse. La maternité a en effet lieu pour le compte d’autrui : la femme qui porte l’enfant s’engage à l’abandonner à la naissance au profit d’autrui, c’est-à-dire au profit du ou des commanditaire(s), souvent désignés sous l’expression “parent(s) d’intention”.

La maternité pour le compte d’autrui recouvre donc les techniques par lesquelles un couple, voire un individu seul, réalise son désir d’enfant grâce au concours d’une femme qui s’engage à porter celui-ci et à l’abandonner à sa naissance. Ainsi entendue, la convention de maternité pour le compte d’autrui a un double objet.

Le premier objet est la conception d’un enfant. Il implique que la convention se situe en amont, c’est-à-dire avant même que la femme soit enceinte : c’est justement le consentement du ou des parents d’intention qui va aboutir à un processus de procréation assistée. Ces conventions doivent être distinguées des conventions dites de “fausses” mères porteuses, qui ont pour objet en réalité un enfant dont la femme est déjà enceinte et qui ne souhaite pas assumer sa maternité. Il s’agit ici d’un détournement de la procédure légale de l’adoption

---

85 Actes de la conférence “Le corps et ses économies : le commerce des corps”, tenue le 26 janvier 2016 à Bordeaux.

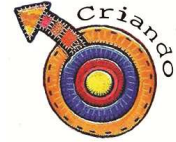


mais pas d'une véritable maternité pour le compte d'autrui, bien que concrètement les conséquences soient identiques.

Le second objet de la convention de maternité pour le compte d'autrui est l'abandon de l'enfant au profit d'autrui. Soit il s'agit d'un abandon de fait, c'est-à-dire que la mère porteuse renonce à l'établissement du lien de filiation. Tel est en particulier le cas lorsque la maternité pour le compte d'autrui est commanditée par un couple hétérosexuel, pour pallier une infertilité médicale. Soit il s'agit d'un abandon juridique, c'est-à-dire que la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant, mais elle ne le prend pas en charge, elle ne l'élève pas. La mère porteuse renonce à ses droits de mère. Il ressort de la jurisprudence que c'est notamment le cas dans les affaires où la maternité pour le compte d'autrui est commanditée par un homme célibataire ou par un couple d'hommes, afin de pallier une infertilité dite sociale. La mère renonce alors à ses droits parentaux au profit du seul père.

La maternité pour le compte d'autrui peut prendre deux formes. En premier lieu la femme qui porte l'enfant pour le compte d'autrui, celle que l'on nomme mère porteuse, peut simplement être gestatrice de l'enfant, suite à une insémination artificielle réalisée avec les gamètes de la mère d'intention ou d'une tierce donneuse. Elle ne donne donc pas son patrimoine génétique à l'enfant. Il s'agit dans cette hypothèse de gestation pour le compte d'autrui : la mère porteuse est simplement gestatrice de l'enfant. La mère d'intention est quant à elle parfois génitrice. En second lieu, la femme qui porte l'enfant pour le compte d'autrui peut être également génitrice de l'enfant : elle porte l'enfant qui est conçu avec ses propres gamètes. Dans cette hypothèse, le processus est qualifié de procréation pour le compte d'autrui : la mère porteuse est à la fois gestatrice et génitrice de l'enfant.

Ces deux techniques se sont développées notamment parce que l'adoption est relativement fermée, il faut en moyenne sept ans à un couple pour se voir confier un enfant pupille de l'Etat. Le développement des progrès scientifiques a en outre largement contribué à la propagation de la maternité pour le compte d'autrui. Si elle "est vieille comme le monde", comme a pu l'écrire François Terré (1991, 381), la maternité pour le compte d'autrui s'est développée en France dans le courant des années 1980 (Fabre-Magnan 2013, 9), lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) se sont démocratisées. Elle est une technique d'AMP singulière. L'AMP, telle qu'elle est aujourd'hui admise en France



permet en effet simplement à un couple hétérosexuel de bénéficier d'un don de gamètes afin de pallier une infertilité médicale ou de prévenir la transmission d'une maladie d'une particulière gravité.

Dans ce processus d'AMP avec un donneur de gamète, seul le couple apparaît, le tiers est nié, effacé par le recours à des intermédiaires (notamment les CECOS), effacé également par les principes d'anonymat et de gratuité du don (Gobert 1992, 489). Il ne reste que le couple dont la femme accouche d'un enfant. Le fait qu'une personne, homme ou femme, ait mis à disposition de ce couple ses facultés reproductrices est oublié<sup>86</sup>. Finalement, on fait comme s'il n'y avait pas eu de don : les membres du couple bénéficiaire de l'AMP sont les parents juridiques de l'enfant.

Un tel procédé d'effacement est impossible lorsque l'AMP prend la forme d'une maternité pour le compte d'autrui. La grossesse et l'accouchement subséquent révèlent en effet l'existence d'un des tiers donneur d'engendrement. Le corps de la femme, la visibilité de la maternité empêche alors la négation du recours à un tiers. La mise à disposition des facultés reproductrices de la femme, qui est ici poussée à son paroxysme, conduit à un réel bouleversement. Le corps de la femme est réifié ; il est considéré comme une chose. Cette réification aboutit à démembrer la maternité en trois figures : alors que la mère génétique fournit les ovocytes, la mère gestatrice porte et accouche de l'enfant et la mère sociologique ou affective prend en charge l'enfant. La maternité est donc plurielle. La fonction du droit est alors de déterminer laquelle de ces figures maternelles doit ou peut être consacrée sur la scène juridique. Or, parce que le droit français n'a pas réussi à empêcher la réification du corps de la femme (I), le problème s'est déplacé sur l'enfant. Le législateur a alors marqué sa volonté de sanctionner l'abandon de l'enfant (II) et de maintenir le critère de l'accouchement. La mère juridique demeure celle qui a porté et mis au monde l'enfant.

#### **L'IMPOSSIBILITE D'EMPECHER LA REIFICATION DU CORPS DE LA FEMME**

Pour empêcher la réification du corps de la femme, le juge et le législateur français ont voulu protéger la femme à la fois contre elle-même (A) et contre les tiers (B). Ces deux niveaux de protection se sont cependant révélés inefficaces.

---

86 Pour une critique de la négation du donneur de gamètes, v. not. Audrey Kermalvezen (2014).



### L'INEFFICACITE DE LA PROTECTION DE LA FEMME CONTRE ELLE-MEME

Le développement de la maternité de substitution aboutit à la mise sur le marché de la capacité naturelle de la femme à enfanter. La femme n'est plus perçue pour son individualité ; ce qui intéresse, c'est son corps. Le corps de la mère porteuse se trouve ainsi réifié, considéré comme une chose car si " on peut trouver sur le marché des choses. On n'a jamais pu, et l'on ne pourra jamais mettre sur le marché des personnes " (Labbée 2002, 5). Le langage employé concourt d'ailleurs à entériner cette réification. Dans une sorte de novlangue (Orwell 1946), sont ainsi utilisées les expressions mère porteuse ou encore gestation pour autrui, qui visent à désincarner la fonction de la femme qui porte l'enfant. Elles lui enlèvent de son importance, un peu comme si finalement la grossesse était un moment facultatif de la maternité.

Or cette mise sur le marché du corps de la femme n'est pas sans poser des problèmes éthiques. Peut-il y avoir des maternités pour le compte d'autrui éthiques, des maternités pour le compte d'autrui propres ? En Inde la pratique est scandaleuse, les mères porteuses sont enfermées dans une clinique pendant leur grossesse. Mais même aux Etats-Unis, où la pratique semble en apparence respectueuse des droits de la femme, des affaires révèlent l'exploitation du corps de la femme. Récemment notamment un conflit opposant la mère porteuse et le père d'intention a suscité un vif débat, le commanditaire voulant imposer à la femme une réduction embryonnaire.

La maternité pour le compte d'autrui met ainsi en jeu la dignité de la femme parce que son corps est mis sur le marché. Le Parlement européen a d'ailleurs récemment pointé du doigt ce problème de la réification du corps de la femme estimant que la maternité pour le compte d'autrui " doit être interdite, et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme " (Résolutions 2015).

Le droit français figure parmi les pays prohibitionnistes. Il s'est emparé du problème de réification du corps de la femme dès l'origine. En effet, dès l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, la Cour de cassation a affirmé sa volonté de protéger la femme contre elle-même en fondant sa décision sur le " principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain " (Cass. 1991). Trois ans plus tard, le principe a été repris par la première chambre civile de la Cour de cassation (Cass. 1994). Pour la Cour, on ne peut pas renoncer à l'indisponibilité de son propre corps. La portée du principe de l'indisponibilité du corps humain est



cependant restée très limitée dans son œuvre de protection de la femme contre elle-même en l'absence de sanction de la mère porteuse. Le droit français s'y est toujours refusé : la mère porteuse a besoin d'être protégée et non sanctionnée. Les femmes ont donc continué à disposer de leur capacité à enfanter.

Par la suite, la jurisprudence de la Cour européenne a sensiblement inversé le principe d'indisponibilité du corps humain en conférant aux individus une certaine sphère d'autonomie sur leur propre personne notamment dans deux affaires célèbres.

Dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni* en 2002 (CEDH2002), la requérante sollicitait au nom du " droit à une vie décente ", l'autorisation de demander à son mari de mettre fin à ses jours en protégeant celui-ci de poursuites pénales, alors qu'elle n'était plus en mesure de le faire elle-même, ce qui lui a été refusé. La Cour a cependant reconnu " la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend ", cette faculté pouvant " également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne ".

Dans l'affaire *K.A. et A.D. c. Belgique* en 2005 (CEDH2005), un mari avait été condamné pour coups et blessures sur son épouse par une juridiction belge. Il a attaqué l'Etat belge en ce qu'il aurait porté atteinte à sa vie privée en le sanctionnant ainsi. Il se prévalait d'un contexte de sadomasochisme comme fait justificatif de son comportement. La Cour européenne n'a pas fait droit à la demande du requérant car l'auteur des blessures a continué malgré la demande d'arrêt du masochiste. La Cour a alors consacré le " droit de disposer de son corps ", comme faisant partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle". Le droit pénal ne peut en principe intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties, qui relèvent du libre arbitre des individus ", sauf " raisons particulièrement graves ".

Ces arrêts, bien que totalement étrangers à la question de la maternité pour le compte d'autrui, montrent qu'une personne a le droit de disposer de son corps, c'est-à-dire qu'elle a le droit de faire des actes sur son propre corps, voire de consentir à ce qu'autrui face des actes sur son corps, mais cette liberté est limitée. L'Etat peut en effet, dans des circonstances particulières intervenir pour protéger l'individu contre lui-même. Appliquée à la maternité pour le compte d'autrui, cette conception signifie en réalité que la femme peut consentir à des actes sur son propre corps dès lors qu'elle émet un consentement libre et éclairé.



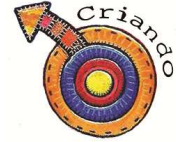
Le principe de l'indisponibilité du corps humain était alors inefficace pour protéger les femmes contre elles-mêmes ; il n'apparaît d'ailleurs plus depuis 1994 dans la jurisprudence française. Face à l'impossibilité d'empêcher les femmes de disposer de leur propre capacité à enfanter, le législateur a finalement préféré essayer de les protéger contre les tiers.

### L'INEFFICACITE DE LA PROTECTION DE LA FEMME CONTRE LES TIERS

L'indisponibilité du corps humain n'est pas consacrée comme principe général dans la loi de bioéthique de 1994 (L. 1994). Cependant, le législateur en fait une application particulière s'agissant de la maternité pour le compte d'autrui en s'attaquant à cette pratique à travers les intermédiaires, c'est-à-dire en sanctionnant ceux qui mettent en contact les parents d'intention et la mère porteuse.

L'article 227-12, alinéa 3 du Code pénal sanctionne ainsi d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende " 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 ". Ces sanctions sont aggravées lorsque la convention de maternité pour le compte d'autrui aboutit à conférer une valeur patrimoniale au corps de la femme. En effet, l'article 227-12 du Code pénal poursuit en précisant que " lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double ". Il s'agit de sanctionner la marchandisation du corps humain (Art. 16-5 du Code Civil). Conformément au principe de non patrimonialité du corps humain visé aux articles 16-1, alinéa 3 et 16-5 du Code civil, on ne peut pas monnayer le corps d'autrui.

Ces sanctions ont été majoritairement efficaces sur le territoire français. En revanche, elles n'ont pas permis d'endiguer le tourisme procréatif (Lemouland 2001, 24; Bosse-Platière 2006, 88). Le plus souvent, la maternité pour le compte d'autrui se déroule en effet par " délocalisation procréative " (Brunet 2009, 340), c'est-à-dire en dehors du territoire national. Concrètement, des ressortissants français traversent les frontières afin de bénéficier de cette technique de reproduction assistée. Certains pays ne réglementent pas la pratique de la maternité pour le compte d'autrui, c'est-à-dire qu'ils ne la prohibent pas, mais ils ne l'autorisent pas non plus. Tel est le cas notamment la Belgique, certaines provinces du Canada, ou encore certains Etats des Etats-Unis. D'autres Pays se sont dotés d'une législation spécifique autorisant expressément le recours à la maternité



pour le compte d'autrui : certains Etats des Etats-Unis, Pays-Bas, Royaume-Uni, Afrique du Sud, Grèce, Russie, Inde, Thaïlande, Ukraine, Roumanie, Israël, Iran, etc. (Dos Reis et all. 2013). Des poursuites ont certes parfois été intentées, mais elles n'ont pas pu aboutir parce que les sanctions pénales sont inapplicables dès lors que la maternité pour le compte d'autrui se déroule à l'étranger, en raison du principe de la double incrimination<sup>87</sup>.

La maternité pour le compte d'autrui a ainsi pu se propager. Il a donc fallu gérer le fait accompli, c'est-à-dire concrètement gérer les enfants nés d'une telle technique de procréation. Au départ, la maternité pour le compte d'autrui était donc bien un problème lié au corps de la femme. Mais très vite le problème s'est déplacé sur l'enfant. Le droit est alors intervenu pour sanctionner l'abandon de l'enfant.

#### LA SANCTION DE L'ABANDON DE L'ENFANT

La jurisprudence et le législateur ont porté toute leur attention sur l'enfant qui est abandonné par la mère porteuse dans le but d'établir une filiation au profit du ou des parents d'intention. Face à l'impossibilité d'empêcher la réification du corps de la femme, le droit français a donc choisi de sanctionner l'abandon de l'enfant.

Des affaires récentes montrent que la sanction de l'abandon de l'enfant peut être pénale. En effet, le 1<sup>er</sup> juillet 2015, le tribunal correctionnel de Bordeaux (TGI Bordeaux 2015) a rappelé " que la convention de mère porteuse reste interdite sur le sol français et peut donner lieu à des sanctions pénales " (Gouttenoire 2015). Dans cette affaire, il s'agissait d'un couple d'hommes qui avait eu recours aux services d'une mère porteuse d'origine bulgare, par l'intermédiaire d'une société basée à Chypre. Les intermédiaires ne pouvaient pas être sanctionnée en raison de leur localisation géographique et du fait que la procréation assistée à eu lieu à l'étranger. Mais le tribunal a pu sanctionner les parents d'intention parce qu'ils ont fait venir la mère porteuse en France, pour qu'elle accouche sur le territoire français. La juridiction bordelaise a ainsi pu condamner les deux hommes à 7500 € d'amende chacun, pour le délit de provocation à l'abandon de l'enfant (Art. 227-12 al. 1<sup>er</sup> du Code pénal), soit la peine d'amende maximale encourue. Le 22 mars 2016, le tribunal correctionnel de

---

<sup>87</sup> L'article 113-6 alinéa 2 du Code pénal dispose en effet que la loi pénale française " est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ". Sur quoi, v. De La Hougue 2005).



Blois a également condamné des parents d'intention à une peine d'amende avec sursis de 2000 € sur le même fondement. La juridiction a en outre condamné la mère porteuse à un an d'emprisonnement avec sursis pour escroquerie. Cette dernière espèce était cependant singulière dans la mesure où il s'agissait d'une femme de nationalité française qui proposait de porter un enfant pour le compte d'autrui sur le territoire français. Après avoir conclu une convention avec un couple d'hommes, elle ne leur a finalement pas remis l'enfant, prétextant qu'il était mort-né, afin de le vendre à un couple plus offrant.

Dans ces deux espèces, l'incitation à l'abandon de l'enfant est lourdement sanctionnée parce que l'enfant a été conçu pour cela. Le droit pénal sert alors d'outil pour garantir l'effectivité de l'interdiction de la maternité pour le compte d'autrui. Il reste que le droit pénal français est rarement applicable parce que l'infraction d'incitation à l'abandon d'enfant se réalise rarement sur le territoire français. C'est pourquoi la sanction principale de l'abandon de l'enfant est civile. Elle est liée à l'établissement du lien de filiation. Les juges ont ainsi dans un premier temps refusé d'établir la filiation des enfants nés d'une maternité pour le compte d'autrui (A), avant de devoir admettre que le processus de maternité pour le compte d'autrui s'efface au nom de la vérité biologique (B).

#### LE REFUS ORIGINAL DE L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION DES ENFANTS NES D'UNE MATERNITE POUR LE COMPTE D'AUTRUI

Face au constat de l'abandon de l'enfant par la mère porteuse, le juge et le législateur ont eu une réponse forte car la maternité pour le compte d'autrui porte atteinte à l'état civil de l'enfant. Ce qui est en jeu c'est le lien de filiation de l'enfant. En effet, dans les premiers arrêts, en 1991 et 1994, les juges ont refusé de faire produire effet aux conventions de maternité pour le compte d'autrui. Ils ont refusé de prononcer l'adoption des enfants ainsi conçus, qu'elle soit plénière<sup>88</sup> ou simple<sup>89</sup>. Dans ces deux espèces cependant, il ne s'était agi que d'interdire l'établissement de la filiation maternelle. Cette différence de genre tient au fait que, depuis la nuit des temps, la mère juridique est la femme qui accouche – Mater

---

88 V. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *préc. AddeCass.* 1<sup>ère</sup> civ., 9 décembre 2003 : *Dr. famille* 2004, comm. n° 17, note P. Murat ; *D.* 2004, jur: 1998, note E. Poisson-Drocourt ; *JCP G* 2004, I, 109, note J. Rubellin-Devichi ; *AJ famille* 2004, p. 62, note F. Bicheron. Rapp. également CA Rennes, 4 juillet 2002, *préc.*

89 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 1994 : *D.* 1994, jur. p. 581, note Y. Chartier.





semper certa est. Ce qui pose immédiatement problème dans l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une mère porteuse c'est donc la maternité car celle qui était traditionnellement considérée comme la mère juridique de l'enfant, renonce à ce lien.

Par la suite cependant, la même difficulté est apparue pour l'établissement de la filiation paternelle. Conformément au principe de la nullité des conventions de maternité pour le compte d'autrui posé à l'article 16-7 du Code civil, les juges ont refusé de faire produire des effets à la convention, fut-elle conclue à l'étranger, dans un pays qui l'admet. Tous les moyens d'établissement de la filiation semblaient alors voués à l'échec (reconnaissance de filiation<sup>90</sup>, possession d'état (Cass. 2011), adoption (Cass. 2011), y compris à l'égard du père d'intention. Parce que la convention est nulle d'une nullité d'ordre public, la transcription des actes d'état civil étranger est ainsi refusée. La sanction de l'abandon de l'enfant est apparue à son paroxysme lorsque la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait ordonné la transcription d'un acte de naissance étranger dont les indications étaient bien conformes au réel (Cass. 2014), au nom de la fraude à la loi. Les juges ont en effet estimé que le géniteur avait manipulé une situation juridique afin de contourner l'interdiction de la maternité pour le compte d'autrui.

La maternité pour le compte d'autrui a fait ainsi progressivement émerger un ordre public familial de plus en plus fort qui entraîne comme conséquence la sanction des parents d'intention qui sont à l'origine de l'abandon de l'enfant. Cette sanction pourrait être à l'abri des critiques si elle n'impactait pas en même temps les enfants. La volonté de sanctionner l'abandon de l'enfant peut en effet mener à des dérives qui ne sont pas souhaitables. Il suffit à ce titre de penser à l'Italie qui a retiré un enfant né d'une maternité pour le compte d'autrui à ses parents d'intention à l'âge de neuf mois pour le confier aux services sociaux (CEDH 2015). La situation a abouti à la condamnation de l'Italie par la Cour européenne. Il est encore possible de penser à ces parents d'intention australiens qui, à la suite d'une maternité pour le compte d'autrui gémellaire ont décidé de garder un seul des deux enfants, celui qui était en bonne santé, et de ne pas prendre en charge celui qui était atteint d'une trisomie. L'absence de possibilité pour les parents d'intention d'établir un lien de filiation peut aboutir alors à une

---

90 CA Rennes, 4 juillet 2002 : *Dr. famille* 2002, comm. n° 142, note P. Murat ; *D.* 2002, jur. p. 2902, note F. Granet ; *JCP G* 2003, I, 101, n° 2, note J. Rubellin-Devichi ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005.



absence de responsabilité de leur part. L'intérêt de l'enfant n'est évidemment pas préservé. C'est le recours à cette notion relative de l'intérêt supérieur de l'enfant qui a poussé la Cour européenne des droits de l'homme à condamner la France et à admettre l'établissement de la filiation.

#### LE PROCESSUS DE MATERNITE POUR LE COMPTE D'AUTRUI EFFACE AU NOM DE LA VERITE BIOLOGIQUE

Le 26 juin 2014, la France a été condamnée par la Cour européenne pour violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée, dans les affaires *Menesson et Labassée* (CEDH 2014). La Cour a souligné " l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun " <sup>91</sup>. La Cour européenne refuse ainsi que le père d'intention et géniteur ne soit pas lié juridiquement à l'enfant. L'Etat français n'a pas formé de recours contre les arrêts de la Cour EDH.

Le juge français a consacré la solution européenne dans deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 3 juillet 2015 (Cass. 2015), estimant que le refus de transcription des actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger (en l'occurrence en Inde et en Russie) n'était pas justifié car le père d'intention était également le géniteur. Les actes de naissance des enfants étaient conformes au réel. La vérité biologique permet ainsi d'effacer le recours à la maternité pour le compte d'autrui.

La référence à la filiation biologique induit une solution genrée. En effet, si la filiation biologique est univoque pour la paternité, le père biologique étant nécessairement le géniteur de l'enfant, elle est en revanche équivoque pour la maternité. La mère biologique peut à la fois être la gestatrice et la génitrice de l'enfant. La condamnation de la Cour européenne n'apporte ainsi pas d'éclairage sur l'établissement de la filiation maternelle : le droit français doit toujours déterminer qui est la mère juridique de l'enfant. A ce titre, il continue de faire primer le lien gestationnel. L'on ne peut pas nier les échanges entre la femme enceinte et le fœtus pendant la grossesse, ne serait-ce que d'un point de vue biologique (échanges fœtaux-placentaires ; épigénétique<sup>92</sup>). Mais il est possible de

91 CEDH, *Labassée c. France*, préc. §79 et *Menesson c. France*, préc. §100.

92 C'est-à-dire la modulation de l'expression du patrimoine génétique en fonction de contexte, que la femme portant l'enfant ait demeurant ou non fournit ses gamètes. Sur quoi, v. not. H. Atlan 2011.



douter que ce lien gestationnel empêche à lui seul l'établissement des autres liens et notamment du lien affectif.

L'affaire Mennesson pourrait laisser entrevoir une évolution du critère de la maternité. Le juge des référés du TGI de Nantes a en effet ordonné le 3 décembre dernier la transcription des actes de naissances des enfants issus d'une maternité pour le compte d'autrui (filiation paternelle et maternelle). Le juge est allé plus loin que la Cour de cassation dans les arrêts du 3 juillet 2015, puisqu'il a considéré que les actes américains n'étaient ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qui y sont relatés sont conformes à la réalité juridique puisqu'ils correspondent à une décision de justice rendue légalement en Californie. Le parquet a cependant interjeté appel de la décision.

Il est alors peu probable que la Cour d'appel de Rennes, qui a à connaître de cet appel, confirme la décision de première instance. Le 28 septembre 2015, la Cour d'appel de Rennes a en effet entériné, par deux arrêts, le refus d'établir une filiation maternelle qui n'est pas conforme à la vérité gestationnelle. La Cour a notamment affirmé que " la fiction légale de la filiation adoptive, non conforme à la vérité biologique (...) ne saurait être transposée au cas de l'enfant né d'une gestation pour autrui, de façon à effacer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la filiation de la mère de substitution au profit de la filiation de la mère d'intention qui n'a pas accouché, en l'absence de statut propre de l'enfant né par gestation pour autrui à l'étranger et vivant en France au sein d'un foyer familial qui pourvoit à son éducation et à son entretien ". Pour la Cour d'appel, sans intervention du législateur, la mère demeure celle qui accouche. La solution peut sembler particulièrement choquante lorsque l'enfant a été conçu avec le matériel génétique de la mère d'intention, mais elle est cependant juridiquement fondée. En effet, le seul moyen d'établir une filiation maternelle contraire à la vérité gestationnelle est l'adoption. Or, en droit français, l'adoption d'un enfant de moins de deux ans nécessite de passer par un organisme autorisé pour l'adoption (OAA) (Art. 348-5 du Code civil).

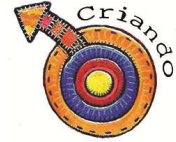
Il est vrai que la technique de l'adoption, et notamment à l'adoption simple qui superpose les liens de filiation, pourrait être une solution intéressante en ce qu'elle permettrait finalement de reconnaître juridiquement deux mères : la femme qui a porté l'enfant et qui en a accouché, et la femme qui élève et prend en charge au quotidien l'enfant. Mais elle nécessiterait que le législateur face sauter le



verrou de l'adoption directe, ce qui risque d'aboutir à des trafics d'enfant et à une exploitation encore plus grande de la misère humaine et du corps de la femme.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Aubry, Charles et Charles Rau. 1953. *Droit civil français*. Tome 9, 6ème éd.
- Bosse-Platière, Hubert. 2006. "Le tourisme procréatif. L'enfant hors la loi française". *Informations sociales*, n° 131.
- Brunet, Laurence. 2009. Note sous Cass. (1re civ.), 17 décembre 2008, D.
- Cova, Anne. 1997. *Maternité et droits des femmes en France (XIXe - XXe siècles)*. Paris : Économica, coll. Anthropos, 1997.
- De La Hougue, C. 2015. "La qualification juridique de la gestion pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français". *Dr. fam.* n° 11, nov., étude 15, spéc. n° 21 et s.
- Dos Reis, E, Ruffieux, G., Térel, J. et G. Willems. 2013. " La maternité de substitution " : 169-220. Fulchiron, H. et J. Sos (dir.) *Parenté, filiation, adoption*. Bruxelles : Larcier.
- Fabre-Magnan, Muriel. 2013. *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*. Paris : Fayard.
- Gobert, M. 1992. *Réflexions sur les sources du droit et les " principes " d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution)*. *RTD civ.*
- Gouttenoire, A. 2015. "La convention de gestation pour autrui condamnée par le tribunal correctionnel de Bordeaux". *Lexbase éd. privée*, n°621 du 16 juill.
- Hauser, Jean. 1997. " Adoption ou procréation médicalement assistée : les termes de l'alternative ". *Les filiations par greffe, Adoption et Procréation Médicalement Assistée*. Actes des Journées d'Etudes des 5 et 6 décembre 1996 organisées par le Laboratoire d'étude et de recherches appliquées au droit privé. Université de Lille II : LGDJ.
- Kermalvezen, Audrey. 2014. *Mes origines : une affaire d'Etat*. Paris : Max Milo Editions.
- L. no 94-663, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain.
- Labbée, X. 2002. " La personne, l'âme et le corps ". *LPA* 5 déc. , n° 243.
- Lemouland Jean Jacques. 2001. "Le tourisme procréatif". *Petites Affiches*, 28 mars.
- Orwell, George. 1949. *Nineteen eighty-four*. London : Secker & Warburg.
- Terré, François. 1991. Obs. sous Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, *JCP. G* , 1991, II, 21752.
- CA Rennes, 4 juillet 2002 : *Dr. famille* 2002, comm. n° 142, note P. MURAT ; D. 2002, jur. p. 2902, note F. Granet ; *JCP G* 2003, I, 101, n° 2, note J. RUBELLIN-DEVICHI



- ; Cass. civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 ; Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005.
- Cass. 1ère civ., 29 juin 1994 : D. 1994, jur. p. 581, note Y. CHARTIER.
- Cass. Ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105.
- Cass. Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002.
- Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, préc. Adde Cass. 1ère civ., 9 décembre 2003 : Dr. famille 2004, comm. n° 17, note P. Murat ; D. 2004, jur. p. 1998, note E. Poisson-Drocourt ; JCP G 2004, I, 109, note J. Rubellin-Devichi ; AJ famille 2004, p. 62, note F. Bicheron. Rapp. également CA Rennes, 4 juillet 2002, préc.
- Cass. civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005.
- Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, n°92-13.563.
- Cass. Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, confirmant l'arrêt d'appel (CA Douai, 14 sept. 2009, n° 07/02201).
- Cass. civ. 1re, 6 avril 2011, n°09-66.486.
- CEDH. 2002. 19 avril 2002, Pretty c. RU, req. 2346/02, GACEDH, PUF, 6e éd., 2003, p. 505 et s.
- CEDH. 2005., 17 févr. 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, req. 42758/98 et 45558/99 (§83).
- CEDH. 2014, 26 juin 2014, Mennesson c. France, req. 65192/11 et Labassée c. France, req. 65941/11.
- CEDH. 2015. 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, req. n° 25358/12.
- Résolution du 17 déc. 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière, 2015/2229 (INI).*
- TGI Bordeaux, 5e ch., 1er juill. 2015, n° 14322000193.