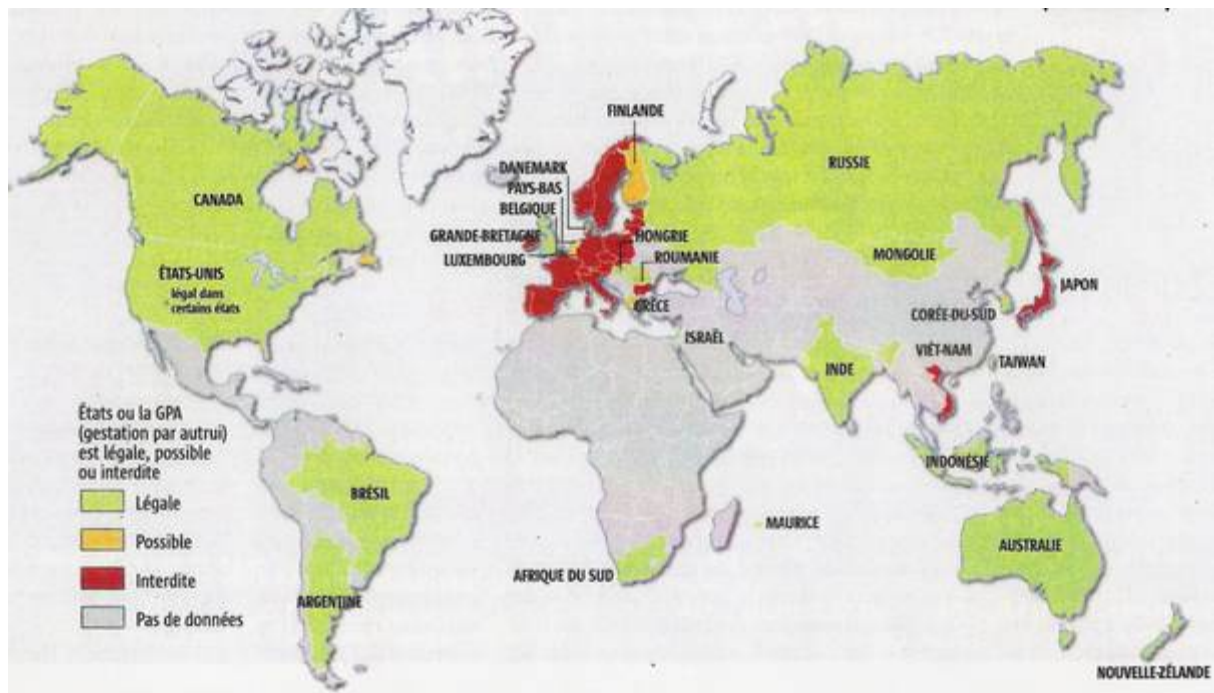


I / Historiquement la « gestation pour autrui » est une des plus anciennes méthodes de lutte contre l'infertilité. La première mention de la gestation pour autrui remonte à l'ancien testament (Hagar acceptant de porter un enfant de Abraham et de le donner à l'épouse de ce dernier, Sarah).

II / Plusieurs pays, comme le Royaume-Uni, certains États des États-Unis, la Grèce, la Roumanie la Russie, l'Ukraine, l'Afrique du Sud, autorisent expressément ou tolèrent la gestation pour autrui. Au Canada (mais pas au Québec), en Belgique, aux Pays-Bas, la gestation pour autrui n'est pas interdite si elle ne donne pas lieu à rémunération de la « mère pour autrui ». En Finlande une loi récente a finalement interdite la GPA.

Pour une analyse de droit comparé sur les différentes législations, voir l'étude du Sénat de janvier 2008 ([http://www.apgl.asso.fr/documents/senat\\_2008-01\\_GPA.pdf](http://www.apgl.asso.fr/documents/senat_2008-01_GPA.pdf)) ou le rapport du Sénat sur la maternité pour autrui du 25 juin 2008 : ([http://www.apgl.asso.fr/documents/senat\\_mpa\\_2008\\_06-02.pdf](http://www.apgl.asso.fr/documents/senat_mpa_2008_06-02.pdf))



Il est donc possible à des Français de recourir à ces pratiques de manière légale dans certains pays étrangers.

<sup>1</sup> Vous consultez un document élaboré dans un cadre privé associatif, indépendant de tout organisme officiel. Il ne saurait se substituer à une consultation auprès de professionnels du droit. Les textes ou informations de nature juridique présentés ici le sont à titre informatif et malgré le soin apporté à leur reproduction et leur mise à jour, nous ne pouvons garantir ni leur parfaite exactitude ni leur validité. Il vous appartient donc de vérifier qu'il s'agit bien de dispositions applicables avant d'en faire usage ou de prendre une décision. De même, les opinions, conseils ou éventuelles recommandations formulées dans ces pages ne sont que le reflet de leur(s) auteur(s) et ne sauraient engager la responsabilité de l'APGL en tant que personne morale.

III/ Toutefois, il est impossible de garantir toute difficulté juridique éventuelle en France, compte tenu de la législation applicable qui prohibe totalement la pratique en France (article 16-7 du code civil, articles 227-12 et 227-13 du code pénal).

En effet, cette pratique est interdite en France par la Loi dite de « Bioéthique » n°94-653 du 29 juillet 1994.

Le code civil précise en son article 16-7 : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

*Le code pénal indique ( section IV : des atteintes à la filiation ) : article 227-12 : « 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 7500 € d'amende ...Le fait , dans un but lucratif de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 € d'amende .Est puni des peines prévues au deuxième alinéa 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 .Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou lucratif les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxièmes et troisièmes alinéas ».*

*Par ailleurs, l'article 227-13 du code pénal ajoute : « la substitution volontaire, la simulation, ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 € d'amende. La tentative est punie des mêmes peines. ».*

*Ces dispositions ne valent évidemment que sur le territoire national français et ne sont pas partagées par de nombreux pays. La « maternité pour autrui » est pratiquée dans de nombreux pays étrangers en toute légalité.*

Une ordonnance de non lieu du Tribunal de Grande Instance de CRETEIL en date du 30 septembre 2004 (Recueil Dalloz 2005, n°7 , p.476 ) a confirmé 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 Etats-Unis, sous les qualifications d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui, de simulation ou de tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants, ne constituent pas des délits punissables sur le territoire national ».

[http://www.apgl.asso.fr/intranet/index.php?n=IntranetAdherents.GPA?action=download&upname=Article%20de%20Val%e9rie%20Depadt-Sebag\\_DALLOZ\\_2005\\_N\\_7\\_p476%20sur%20l'ordonnance%20du%20TGI%20CRETEIL%2030%2009%202004-1.pdf](http://www.apgl.asso.fr/intranet/index.php?n=IntranetAdherents.GPA?action=download&upname=Article%20de%20Val%e9rie%20Depadt-Sebag_DALLOZ_2005_N_7_p476%20sur%20l'ordonnance%20du%20TGI%20CRETEIL%2030%2009%202004-1.pdf)

Toutefois, la jurisprudence française traditionnelle n'est pas tendre à l'égard des maternités pour autrui :

Le 13 décembre 1989, la première chambre civile s'est fondée sur l'article 1128 du Code civil afin de déclarer illicite l'association *Alma Mater*, dont l'objet consistait à rapprocher les couples demandeurs des femmes candidates à la maternité de substitution.

Le 31 mai 1991, l'assemblée plénière vise ensemble les articles 6, 1128 et 353 du même code afin de condamner l'adoption lorsqu'elle est envisagée comme la dernière étape du processus permettant à une femme de devenir la mère de l'enfant conçu et porté par une autre en exécution d'un contrat de maternité pour autrui.

Dans le dispositif de la décision, les juges, afin de condamner la maternité de substitution, s'en réfèrent au principe de l'indisponibilité du corps humain. Cette affaire concernait un couple hétérosexuel, mais il ne fait aucun doute que la solution donnée par la Cour de cassation eût été similaire, s'il s'était agi d'un couple de personnes de même sexe. Un couple hétérosexuel dont l'épouse était stérile avait trouvé une femme qui acceptait de porter un enfant conçu par IAD et d'accoucher sous X. La femme volontaire fut inséminée avec le sperme du mari. Le père biologique reconnut l'enfant tandis que la mère biologique accouchait sous X. L'épouse stérile du mari, père de l'enfant, introduisit alors une requête à fin d'adoption plénière de l'enfant. Le tribunal de grande instance de Paris a d'abord rejeté la demande d'adoption puis la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement et s'est prononcée en faveur de l'adoption. Le procureur général près de la Cour de cassation a alors formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe, a jugé que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité des personnes ». Elle condamne l'adoption dans ce cadre, c'est-à-dire en tant qu'« ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par la mère ». Elle conclut en condamnant ce processus qui constitue « un détournement de l'institution de l'adoption » : « Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés. ».

La Cour de cassation s'est encore récemment prononcée de manière identique (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2003, *AJ Famille*, n° 2/2004, p. 62 ; *Droit de la famille*, février 2004, p. 21. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1994, *D.* 1994, jur. 581, note Y. CHARTIER ; *J.C.P.*, 1995, II, 22362, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, comm. 2902, par F. GRANET. / Ass. plén., 31 mai 1991 : ).

Analysés dans le contexte de ces décisions, les deux principes de l'illicéité des conventions et de l'indisponibilité du corps humain expriment une même idée: la condamnation d'une convention qui porte sur le corps humain, celui de l'enfant à naître et celui de la femme qui l'a conçu et porté.

L'illicéité des conventions, telle qu'elle est comprise dans l'arrêt de 1989, concerne les accords litigieux, qu'ils soient gratuits ou onéreux. Sur ce point, la Cour de cassation, en visant les conventions qui « *portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître* », a entériné la position de la cour d'appel de Paris pour laquelle « *ni l'altruisme du comportement de la mère de substitution, ni le caractère désintéressé des activités de l'association ne sont propres à faire disparaître l'illicéité qui frappe l'accord litigieux* ».

*D'après cette jurisprudence, le corps humain est donc hors commerce, c'est-à-dire hors du marché, mais également hors de toute transaction.*

*Or ce principe ne peut être soutenu au regard de l'admission des multiples conventions qui portent sur le corps humain. On relève d'ailleurs qu'au terme des articles 16-1, alinéa 3, 16-5 et 16-6 du Code civil, seules les conventions qui confèrent une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou ses produits sont interdites ( en ce sens : article de Valérie DEPADT-SEBAG : « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du code civil » , Revue Générale de Droit médical 2004, n°12 , p.135 et suiv.) .*

*Du fait que les législations de certains États permettent de recourir aux techniques interdites par le droit français, on assiste, depuis quelques années, à une sorte d'exode procréatif facilité par le développement des moyens de communication et d'information, essentiellement de l'Internet. Cependant, les tribunaux français refusent de régulariser l'état civil des enfants nés d'une maternité ou d'une gestation pour autrui. La disparité des règles nationales crée donc une véritable insécurité pour ces enfants, dont le nombre est pourtant en constante augmentation. Des arrêts récemment rendus par la cour de Rennes le 4 juillet 2002 (Daloz 2002 , comm. 2902 et d'Aix-en-Provence, 2 mars 2002, ( Juris-data, n°2002-190443) illustrent ce danger. Dans l'affaire portée devant la cour d'appel de Rennes, un couple, dont la femme ne peut assurer la gestation en raison d'une malformation congénitale, se rend en Californie où il conclut une convention portant sur la gestation d'un embryon issu de ses propres gamètes. Des jumelles naissent de cette convention. Le droit californien faisant abstraction du défaut d'accouchement, la concubine est inscrite comme mère dans les registres de naissance de Californie. Quelques semaines plus tard, elle et son compagnon reconnaissent les enfants en France. Après avoir été averti de la situation par le consulat général de France à San Francisco, le parquet de Nantes conteste la filiation. Le Tribunal de grande instance fait droit à cette demande. Le 4 juillet 2002, la Cour d'Appel de Rennes confirme cette décision sur le fondement de l'article 423 du Nouveau Code de procédure pénale. (Un arrêt allant dans le même sens a été rendu par la Cour d'Appel de ROUEN au cours de la même année).*

*Toutefois, paradoxalement, dans la situation d'un père gay ou d'un couple gay (dont un seul membre est déclaré père génétique par définition) et la situation est plus « facile », puisque le problème de la substitution de la mère ne se pose pas .*

En effet, dans un couple hétérosexuel, dans certains cas l'épouse (ou mère « intentionnelle ») se déclare mère de l'enfant, en lieu et place de la « mère de substitution » (qui a porté l'enfant) . Mais tel n'est pas le cas, par définition, pour les couples homosexuels, dont un des partenaires est le père biologique de l'enfant et dont la mère ne peut être que « la mère de substitution » .

En revanche le compagnon du père ne pourrait pas non plus adopter l'enfant, à l'instar de la mère intentionnelle dans un couple hétérosexuel.

Il pourrait aussi se poser certains problèmes de transcription des actes d'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger.

Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Lille du 22 mars 2007 a récemment décidé que la « possession d'état » (le fait de se comporter comme parents aux yeux de tous) d'un couple hétérosexuel sur laquelle les demandeurs se fondaient pour établir un lien de filiation légitime à leur profit vis à vis de leur enfant né par GPA à l'étranger et l'acte de notoriété ainsi obtenus étaient viciés et ne permettaient pas l'établissement d'un tel lien. Ce jugement semble concerner aussi bien l'établissement d'un lien de filiation maternelle que paternelle.

<http://www.apgl.asso.fr/intranet/index.php?n=IntranetAdherents.GPA?action=download&upname=article%20sur%20jugement%20TGI%20Lille%2022.03.2007.pdf>

Mais un arrêt de la Cour d'Appel de Paris d'Octobre 2007 avait en revanche jugés conformes les papiers américains désignant les parents intentionnels français comme les "parents" de leurs jumelles nées par GPA en Californie.

<http://www.apgl.asso.fr/intranet/index.php?n=IntranetAdherents.GPA?action=download&upname=Arr%eat%20C.A.%20Paris%201ere%20chambre%20section%20C%20du%2025.10.2007-%20RG%2006.00507.pdf>

Dans cet arrêt, la Cour d'Appel de Paris indiquait en outre que *"la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants"*.

*Mais le Parquet général s'est toutefois pourvu en cassation et par arrêt du 17 décembre 2008, la Cour de Cassation a invalidé la transcription dans l'état-civil français de la naissance des jumelles nées d'une mère de substitution américaine, au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public, accédant aux arguments du Parquet.*

*Par cet arrêt, la première chambre civile de la Cour, saisie d'un pourvoi du ministère public, reconnaît à ce dernier le caractère recevable de son action visant à invoquer le trouble à l'ordre public pour empêcher une transcription de certificats de naissance fondée sur une convention de maternité pour autrui, à ce jour illégale en France.*

*L'arrêt annule la décision du 25 octobre 2007 de la cour d'appel de Paris, devant laquelle les parties sont de nouveau renvoyées.*

*En fait, la Cour de cassation, a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel sur un moyen de procédure, qui portait sur la question de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de l'action*

du parquet (la cour d'appel ayant dit que le parquet était irrecevable à agir). La Cour de cassation ne se prononce pas sur le fond du dossier c'est à dire sur la légitimité du recours à une "maternité de substitution à l'étranger".

IV/ Pour les couples homosexuels la « maternité pour autrui » se pratique essentiellement aux Etats-Unis, dans les états qui l'autorisent, car sur un plan légal, la pratique est par ailleurs assez strictement encadrée dans le monde (et concerne essentiellement les couples hétérosexuels dont l'épouse ne peut mettre au monde un enfant, même si l'enfant peut le cas échéant être conçu à partir de ses ovocytes dans le cadre d'une « Fécondation in Vitro »). Il est également possible pour un père gay d'avoir officieusement recours à une « procréation pour autrui » en Russie ou une GPA en Inde.

\* \* \*