

Les enjeux juridico-législatifs actuels de la pratique de la gestation pour autrui et ses conséquences sur la filiation

Véronique BOILLET

Professeure associée à l'Université de Lausanne

Marta ROCA i ESCODA

Maître d'enseignement et de recherche à l'Université de Lausanne

Estelle DE LUZE

Avocate, docteur en droit

La gestation pour autrui (GPA) est une technique de reproduction médicalement assistée. Elle se caractérise par le fait qu'une femme porte un enfant – les combinaisons génétiques sont nombreuses – qu'elle donne, après l'accouchement, à la (aux) personne(s) qui a (ont) entrepris ce processus volontaire de parentalité. La GPA est pratiquée depuis de nombreuses années, souvent dans l'illégalité. Dans de nombreux cas de stérilité, des couples hétérosexuels¹ y recourent « en secret ». Telle qu'elle est effectuée de nos jours, cette pratique a des conséquences sociojuridiques de grande importance, en ce sens qu'elle bouleverse le concept occidental de la filiation.

En effet, en termes de filiation, les configurations reproductives que la GPA permet bouleversent l'adéquation entre la procréation et la reproduction biologique ainsi que le système de filiation juridique qui présuppose que la mère est la personne qui accouche et que son mari est le géniteur. Pénalisée dans la plupart des pays, encadrée juridiquement dans certains et pratiquée en dehors de tout cadre juridique dans d'autres, la GPA ne bénéficie aujourd'hui pas d'un cadre juridique uniforme. Certaines naissances ont toutefois relancé les controverses sur la légitimité de la GPA au sein de plusieurs instances nationales et supranationales. Il s'agit là d'un vrai débat de société, en ce sens qu'il n'est pas seulement question d'un désir d'enfant qu'on aimerait satisfaire. Il en va de la valeur sociale de la maternité, des bases du droit de la filiation et de la conception de la famille, de la dignité de la femme qui s'offre pour porter un enfant qui ne pourra être le sien, et bien sûr de l'intérêt (voire des droits fondamentaux) de l'enfant à naître.

¹ Cf. notamment l'étude de législation comparée, dans « Les documents de travail du Sénat », série législation comparée, janvier 2008, n° LC 182, www.senat.fr/lc/lc182/lc182.html.

Afin d'apporter des réponses juridiques à ce débat, cet ouvrage s'est donné pour objectif d'analyser différentes législations et solutions juridiques nationales quant à l'établissement de la filiation issue d'une GPA.

Dans le cadre de son rapport de janvier 2016, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye a proposé une analyse comparative de la situation juridique des parents d'intention et des enfants nés d'une gestation pour autrui à caractère international (GPAI). Il a relevé que la majorité des États examinés propose des solutions jugées inadéquates en raison de procédures longues et complexes qui n'offrent que des solutions partielles, inadaptées aux cas de GPA².

Au niveau international, la recherche juridique sur cette thématique est en plein essor, du fait de l'augmentation importante du nombre de GPAI et des problèmes qui en résultent³. Toutefois, aucune convention internationale n'existe à ce jour en matière de GPAI. La Conférence de La Haye de droit international privé a entamé des travaux en vue de rédiger une telle convention. Dans une note de mars 2011, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé⁴ relevait l'évolution des notions de famille et de filiation qui avait poussé les États à examiner leurs législations en la matière afin de déterminer si et dans quelle mesure la « filiation sociale » devait être prise en considération⁵. L'importance du lien biologique dans l'établissement de la filiation est également questionnée, en rapport notamment avec l'avènement des tests ADN ainsi que le développement des méthodes de procréation médicalement assistée (PMA)⁶. Certains États ont adapté leurs législa-

² Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Note d'information pour la réunion du Groupe d'experts relatif au projet Filiation / Maternité de substitution », janvier 2016, p. 16, § 58.

³ Parmi les nombreux auteurs, il y a notamment lieu de citer les recherches suivantes : M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant : à propos de la gestation pour autrui », *D.*, 2015, n° 4, pp. 224-229 ; M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui : fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013 ; A. BÜCHLER et L. MARANTA, « Surrogacy and International Private Law in Switzerland », in B. ATKIN (éd.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing, 2015, pp. 327-342 ; C. FOUNTOLAKIS et A. RUMO-JUNGO (éd.), *La famille dans les relations transfrontalières : actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux*, 7^e symposium en droit de la famille, Genève, Schulthess, 2013 ; C. FOUNTOLAKIS, « L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation », *FamPra*, 2011, n° 2, pp. 247-269 ; les études comparatives de M. Wells-Greco : M. WELLS-GRECO, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, La Haye, Eleven International Publishing, 2015 ; ou encore les rapports établis sous la direction de L. Brunet à l'attention du Parlement européen : L. BRUNET *et al.*, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », European Parliament (Directorate General for Internal Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs), PE 474.403, 2013 ; et enfin, par I. Théry sur mandat de la ministre française déléguée chargée de la Famille : I. THÉRY, *Mariage et filiation pour tous : Une métamorphose inachevée*, Paris, Seuil, 2016.

⁴ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Note relative aux questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international », mars 2011.

⁵ *Ibid.*, p. 5, § 7.

⁶ *Ibid.*, pp. 5 et s., § 8.

tions à ces développements⁷. Les adaptations légales n'ont toutefois pas été uniformisées à l'échelle mondiale et varient énormément d'un État à l'autre⁸. En conséquence, «à l'heure actuelle, aucun consensus international n'a pour l'instant été atteint quant à la manière d'établir et de contester la filiation juridique dans ces nouvelles circonstances»⁹. Fort de ce constat, le Bureau Permanent a décidé de lancer une vaste enquête pour connaître les difficultés auxquelles sont confrontés les praticiens du droit, les professionnels de la santé et d'autres professionnels concernés par le sujet, afin de pouvoir se faire une idée concrète des problématiques rencontrées par ces acteurs¹⁰. À ce jour, si les experts de la Conférence de La Haye admettent «l'opportunité d'élaborer un instrument multilatéral contraignant traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères consacrées à la filiation juridique», ils n'ont en revanche pas tranché la question de «l'opportunité d'appliquer des règles générales et concertées de droit international privé en matière de filiation juridique aux conventions de maternité de substitution et à la nécessité éventuelle d'établir des règles et des garanties supplémentaires en la matière ainsi que dans les cas de recours aux techniques de procréation artificielle»¹¹.

C'est face à ce tableau complexe et hétérogène que cet ouvrage s'est donné pour objectif de documenter les différentes législations et solutions juridiques nationales quant à l'établissement de la filiation issue d'une GPA ou GPAI. Cet ouvrage a pour contenu l'examen de huit ordres juridiques nationaux, un article analytique sur les différents modèles présents dans des ordres juridiques hétérogènes, ainsi qu'une conclusion sociojuridique relative aux enjeux actuels.

Les différentes législations dans le domaine de la GPA, couplées aux possibilités offertes par Internet pour se renseigner sur les méthodes utilisées à l'étranger ainsi qu'aux possibilités de se déplacer relativement facilement sur le globe, poussent naturellement au «tourisme procréatif». Quel que soit le pays dans lequel les parents d'intention ont eu recours à la GPA, la problématique de la reconnaissance des liens de filiation établis à l'étranger se pose lorsque les parents d'intention et l'enfant font appel aux autorités de leur pays pour faire reconnaître et enregistrer ces liens de filiation. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu plusieurs fois l'occasion de traiter de dossiers de GPAI, la naissance de l'enfant ayant eu lieu aux États-Unis d'Amérique (Californie et Minnesota), en Russie, en Inde et en Ukraine¹².

⁷ *Ibid.*, p. 6, § 9.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 25, § 54.

¹¹ Conférence de La Haye de droit international privé, « Rapport de la réunion du groupe d'experts relatif au projet filiation / maternité de substitution », février 2017, p. 5, § 38.

¹² Cour eur. D.H., 5^e sect., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014; 5^e sect., arrêt *Labassee c. France*, 26 juin 2014; 2^e sect., décision *D. et autres c. Belgique*, 8 juillet 2014; Gde Ch., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017; 5^e sect., arrêt *Foulon et Bouvet c. France*, 21 juillet 2016.

Ces cas de jurisprudence ainsi que l'état de la situation actuelle dans divers contextes nationaux permettent de relever trois éléments : 1) L'absence de reconnaissance des liens de filiation à la suite d'une GPAI soulève de nombreuses difficultés du point de vue de la protection des droits fondamentaux ; 2) la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'au stade de la reconnaissance des liens de filiation, le recours à l'exception de l'ordre public ne peut se justifier que s'il ne contrevient pas aux garanties de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'« au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »¹³ ; 3) de nombreuses questions restent encore ouvertes¹⁴ : à titre d'exemple, le refus de reconnaissance d'un lien de filiation à l'égard d'un parent d'intention sans lien génétique est-il conforme à l'article 8 de la Convention européenne ? À ce sujet, il semble que la position de la Cour européenne des droits de l'homme ne soit pas si univoque¹⁵. Qu'en est-il par ailleurs du lien de filiation à l'égard d'une mère d'intention génétiquement liée à l'enfant ? Et, dans certains cadres nationaux, se justifie-t-il, au regard de l'article 8 de la Convention européenne, de renvoyer les parents d'intention à une procédure d'adoption¹⁶ ? Certains États ne semblent pas être de cet avis¹⁷ et la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale a jugé « inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international »¹⁸. Qu'en est-il par ailleurs de l'interdiction de discrimination, l'adoption n'étant à ce jour ouverte que de manière limitée dans la plupart des cadres nationaux européens ?

Fort de ce constat, il appartient aux États d'adapter leur pratique, voire leur législation, afin d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes ayant eu recours à des GPAI et des enfants qui en sont nés. Dans le cadre de son rapport de janvier 2016, le Bureau de la Conférence de La Haye a en effet fait part de ses préoccupations : selon lui, l'augmentation du nombre de GPAI et des problèmes humains qui en découlent imposent aux États de reconsidérer leur approche nationale à l'aune des droits fondamentaux¹⁹.

Les recherches menées à ce jour démontrent qu'en pratique, la filiation des enfants nés d'une GPAI est « boiteuse » – elle n'est pas réglée de manière uni-

¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n° 65192/11, § 81.

¹⁴ Cf. Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, janvier 2016, *op. cit.* (note 2), pp. 5 et s., § 8.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Telle est l'approche du Tribunal fédéral, cf. ATF 141 III 312 ; ATF 141 III 328.

¹⁷ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Le projet filiation/Maternité de substitution : note de mise à jour », février 2015, p. 6, note 38.

¹⁸ Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 17-25 juin 2010, § 25.

¹⁹ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, janvier 2016, *op. cit.* (note 2), p. 10, § 34.

forme dans les différents États impliqués, en ce sens que le lien de filiation légalement prévu par l'État de naissance n'est que partiellement, voire pas du tout reconnu dans l'État de résidence. Les enfants sont donc élevés par des personnes qui ne sont pas légalement leurs parents, avec toutes les conséquences qui en découlent du point de vue du droit civil (lien entre l'enfant et le parent d'intention sans lien de filiation juridique notamment) et du droit public (par ex. risque d'apatridie²⁰, difficulté d'entrer dans l'État d'origine des parents d'intention et d'y obtenir une autorisation de séjour)²¹. Or, la nécessité de garantir l'unité, la stabilité et la continuité du statut personnel de l'enfant découle de différents instruments internationaux et nationaux de protection des droits fondamentaux²². Même si l'on considère une éventuelle modification législative, voire la conclusion d'une convention internationale, ces processus – incertains – peuvent mettre du temps à s'ancrer dans la pratique afin de créer un véritable changement pour les parents d'intention et les enfants nés de GPAI.

Section 1

Une grande hétérogénéité nationale

En 2015, le Parlement européen publiait une étude comparative concernant la législation portant sur la GPA dans les pays membres de l'UE²³. Il en ressort une grande variété de législations : si six États membres la prohibent formellement (l'Allemagne, la France, la Bulgarie, l'Italie, Malte, l'Espagne²⁴), d'autres l'autorisent (le Royaume-Uni et la Grèce). Enfin, certains États membres ne l'autorisent pas expressément dans leur législation, mais ne la prohibent pas non plus, ce qui la rend possible de fait. C'est le cas de la Belgique, des Pays-Bas, de la Pologne et de la Slovaquie. Face à cette diversité et complexité nationales, les contributions de cet ouvrage pointent divers problèmes juridiques et proposent, dans leur ensemble, des solutions pragmatiques au regard du droit positif.

Afin d'analyser cette complexité européenne, cet ouvrage propose tout d'abord un cadrage à travers une typologie proposée par Michelle Cottier qui analyse la diversité de plusieurs législations nationales sous le prisme du statut de la

²⁰ V. BOILLET et A. HAJIME, « Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives », *Swiss Review of International & European Law*, 4/2017, pp. 513 et s.

²¹ Conférence de La Haye de droit international privé, « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international », mars 2014, p. 70.

²² Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, janvier 2016, *op. cit.* (note 2), p. 10, § 31. Voy. notamment M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, « Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation », in M. BADDELEY et al. (éd.), *Le droit civil dans le contexte international : journée de droit civil 2011*, Genève, Schulthess, 2012, pp. 1-55.

²³ L. BRUNET et al., « A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States », *op. cit.* (note 3), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

²⁴ Le Portugal autorisera cette pratique en 2017 mais d'une façon très restrictive. Seules les femmes qui ne peuvent pas porter leur enfant, faute d'utérus ou de dysfonctionnement de cet organe, pourront recourir aux services d'une gestatrice (les couples d'homosexuels ne pourront donc pas en bénéficier).

femme qui geste l'enfant. L'originalité de la contribution de M. Cottier réside dans son examen du statut et des représentations de la gestatrice dont l'objectif est de montrer qu'ils déterminent en grande partie les choix législatifs autour de la gestation pour autrui. En lien avec les débats actuels, notamment de la commercialisation du corps et l'exploitation des femmes, M. Cottier propose de précieuses pistes pour évaluer les cadres de régulation de la GPA sous différents angles, tels que la protection des besoins et intérêts des mères porteuses.

En effet, la question de la reconnaissance d'une pluralité de filiations par la loi et ses concrétisations juridiques et politiques fait naître de nombreuses inquiétudes et craintes qui s'inscrivent dans les débats bioéthiques, sociétaux et juridiques. Afin de contribuer à ces débats, huit cas nationaux sont traités dans cet ouvrage. Si sa problématisation vise l'Europe (Allemagne, Royaume-Uni, Espagne, France, Grèce et Suisse), nous avons jugé pertinent de prendre également en compte d'autres contextes internationaux, comme le Québec et Israël en raison de leurs spécificités.

La gestation pour autrui sous toutes ses formes, altruiste ou à titre onéreux, est interdite en Espagne, France, Allemagne, Suisse et au Québec. La loi le prévoit expressément, comme par exemple en France, où, depuis 1994, l'article 16-7 du Code civil dispose que « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Une nuance existe néanmoins en Espagne, qui permet d'inscrire les enfants issus d'une GPA dans les registres de l'état civil. En Belgique, la GPA ne fait, en soi, pas l'objet d'une interdiction formelle. Mais peu d'établissements de santé la pratiquent. Seuls deux pays européens et Israël l'ont légalisée, mais uniquement de manière altruiste : le Royaume-Uni en 1985 et la Grèce par deux séries de lois en 2002 et 2005.

Face à cette hétérogénéité, l'étude réalisée par le Parlement européen démontre l'impossibilité « d'indiquer une tendance générale au niveau de l'UE », notant cependant la tendance de l'ensemble des États membres à « s'accorder sur la nécessité pour un enfant d'avoir des parents légaux clairement définis légalement ainsi qu'un état civil ».

Section 2

Quels enjeux pour la filiation ?

Eu égard à la multiplicité des formes de vie commune et des modèles de vie familiale, le projet parental est aujourd'hui largement autonome par rapport à l'organisation et à la structuration juridique de la vie familiale. Les progrès technologiques des sciences médicales ont rendu possible la réalisation d'un désir d'enfant en dehors de toute structure familiale « bioconjugale »²⁵ et hétérosexuelle. De nombreux législateurs en Europe ne sont pas indifférents aux nouvelles techniques de reproduction assistée (comme la GPA) et conscients

²⁵ E. GRATTON, *L'homoparentalité au masculin. Le désir d'enfant contre l'ordre social*, Paris, PUF, 2008.

qu'elles requièrent «la création de mesures juridiques inédites et exceptionnelles dont l'ampleur n'est pas sans affecter en profondeur la pensée du droit en général»²⁶.

Nous verrons que la plupart des législations traitées dans cet ouvrage insistent sur le double lien de filiation bisexué, érigé en nécessité, en référence à la conception traditionnelle et «naturelle» de la famille²⁷, qui impliquerait obligatoirement une parenté bilinéaire et bisexuée²⁸, reposant sur une forme spécifique de «preuve de la filiation»²⁹. Malgré les récents débuts de reconnaissance de la filiation par l'adoption des enfants du partenaire pour les couples homosexuels, nombreux sont les pays qui renforcent cette position, du moins si l'on en croit l'interdiction de la GPA et les limitations d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, ces dernières étant, dans la plupart des cas, explicitement réservées aux seuls couples hétérosexuels mariés frappés d'infécondité, en vertu de la prédominance d'un «modèle thérapeutique» dans la justification de ces techniques³⁰.

Comme cela a été notamment relevé dans les travaux de la Conférence de La Haye³¹, le rapport entre filiation juridique et filiation biologique doit être remis en cause par les États. À titre d'exemple, les divers cas nationaux présentés dans cet ouvrage montrent des différences patentes entre l'établissement de la filiation maternelle et paternelle. La différence est notamment criante s'agissant de l'importance du lien biologique.

À ce jour, l'élaboration d'une convention internationale est toujours en discussion au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, mais son résultat final – si la convention est un jour effectivement établie – ne doit pas être attendu avant plusieurs années. Si le présent ouvrage n'a pas pour objectif direct de participer activement à l'élaboration de cette convention, nous espérons néanmoins qu'il permettra d'apporter des éléments utiles à celle-ci.

²⁶ P. DESCAMPS, «L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse», *Raisons politiques*, 2007/4, n° 28, pp. 111-125.

²⁷ I. ENGELI et M. ROCA i ESCODA, «Le mariage à l'épreuve: les défis du partenariat de même sexe et de la procréation médicalement assistée en Suisse», *Politique et société*, «Sexualité et politique en francophonie», 2012, vol. 31, n° 2.

²⁸ A. CADORET, M. GROSS, C. MECARY et B. PERREAU, *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*, Paris, PUF, 2006.

²⁹ Y. FAVIER, «La preuve de la filiation: le droit et la vérité des filiations», *Recherches familiales*, 2010/1, n° 7, pp. 17-28.

³⁰ I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Éd. de l'EHESS, 2010.

³¹ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, mars 2011, *op. cit.* (note 4), pp. 5 et s., § 8.