



Contribution du *European Centre for Law and Justice* (ECLJ)
au Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle
d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en
scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant
relatif aux
***Garanties pour la protection des droits des enfants nés de conventions de
gestation pour autrui***

31 mai 2019

Grégor Puppink
Directeur

Claire de La Hougue
Priscille Kulczyk
Chercheurs associés

Introduction

Traiter la question des droits des enfants nés de gestation par autrui ne doit pas occulter le fait que cette pratique **est en elle-même contraire aux droits des femmes et des enfants**. Aucune gestation par autrui n'est réalisée en vue de l'intérêt de l'enfant : il s'agit uniquement de **satisfaire le désir des adultes**. L'enfant, ainsi que la mère porteuse et la donneuse d'ovocyte, sont les **moyens permettant de satisfaire ce désir**. Or, traiter une personne comme un moyen et non comme une fin constitue une violation de la dignité humaine.

La gestation par autrui suppose une **manipulation de l'état civil** de l'enfant, c'est-à-dire une modification de son identité. Sa filiation maternelle est éclatée entre mères porteuse et commanditaire, plus éventuellement une donneuse d'ovocyte. Le commanditaire peut – ou non – être le géniteur, et le mari de la mère porteuse pourrait revendiquer la paternité. L'enfant ainsi conçu est donc inévitablement privé d'une ascendance claire. La mère porteuse, c'est-à-dire la mère certaine, celle qui accouche, est éliminée de la vie et de la filiation de l'enfant. Ses documents d'identité, reconnaissant les commanditaires, sont donc fondés sur un **mensonge institutionnalisé**.

Enfin, dans la gestation par autrui, l'enfant est transféré, à la fois physiquement et à l'état civil, de la mère qui l'a mis au monde au(x) commanditaire(s), avec ou sans l'intervention d'une agence, contre rémunération ou autre avantage. C'est la définition de la **vente d'enfant**. Il est donc considéré comme un bien dont on peut disposer, que ce soit à titre gratuit ou à titre onéreux. Un attribut du droit de propriété est ainsi exercé sur lui : c'est la définition de l'esclavage.

Il ne s'agit pas d'une pratique nouvelle : elle entre dans la définition de la supposition d'enfant, un crime sanctionné par l'article 345 de l'ancien code pénal français (« supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée »). La nouveauté est qu'elle puisse être acceptée comme une façon parmi d'autres d'avoir un enfant (« nouvelles possibilités de formation de familles ») et que ce soit devenu un véritable commerce international.

La France interdit expressément la gestation par autrui depuis la première loi de bioéthique en 1994. Cette interdiction est d'ordre public (code civil, art. 16-7). L'incitation à l'abandon d'enfant et l'entremise entre une éventuelle mère porteuse et un commanditaire sont pénalement sanctionnées (code pénal, art. 227-12), de même que l'atteinte à l'état civil (code civil, art. 376 et code pénal, art. 227-13). Néanmoins, la reconnaissance, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), de situations créées à l'étranger pour contourner le droit français, sape cette interdiction.

1- L'intérêt de l'enfant comme considération primordiale (CDE, Art. 3)

Comme l'a relevé le rapport final de la Mission Droit et Justice, « *l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît comme le fondement tant des partisans de la reconnaissance d'un « droit à l'enfant » que de ses détracteurs. (...) A l'analyse, il apparaît qu'une appréciation générale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant fonde une protection de l'enfant et de ses droits, tandis que*

l'appréciation concrète de cet intérêt au vu de la situation créée favorise l'émergence d'un « droit à l'enfant » »¹.

Gestation par autrui et droit à l'enfant

Il ne peut y avoir de droit à l'enfant, de droit à une personne ou *sur* elle. Comme l'a déjà souligné la Rapporteuse spéciale, **le droit international ne reconnaît aucun « droit à un enfant »**².

Il résulte aussi d'une jurisprudence constante de la CEDH qu'un tel droit n'est garanti par aucun article de la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit de se marier et de fonder une famille n'impose à l'État que l'obligation négative de ne pas faire obstacle à la décision du couple marié composé d'un homme et d'une femme d'essayer de procréer.

Or, la gestation par autrui est par nature une application de la revendication du droit à l'enfant. Elle opère un glissement du *désir* d'avoir un enfant au *droit* de l'obtenir par n'importe quel moyen.

Gestation par autrui et instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant

Les promoteurs de la maternité de substitution invoquent l'intérêt des enfants pour la faire entériner. Ils affirment qu'il faut la légaliser pour mieux la contrôler. Pourtant, c'est la volonté des adultes qui recourent à la gestation par autrui qui cause ces atteintes aux droits des enfants, non le refus de reconnaître cette pratique. Pour faire admettre cette pratique attentatoire à la dignité humaine, ses partisans **exploitent ainsi l'intérêt des enfants qu'ils ont eux-mêmes placés dans cette situation**, ce qui est contraire au principe *nemo auditur proprium turpitudinem allegans*.

Plusieurs affaires ont été soumises à la CEDH par des couples ou des personnes ayant eu recours à la gestation par autrui, qui invoquent toujours l'intérêt de l'enfant. On assiste ainsi à une **« véritable instrumentalisation de l'enfant par les couples commanditaires. (...) Si dans ces affaires, l'enfant est effectivement victime, il importe de ne pas se tromper de coupable : ce ne sont pas les autorités françaises comme le soutiennent les requérants, mais bien les couples commanditaires qui ont délibérément décidé de faire naître les enfants dans les conditions désavantageuses et inhumaines de la GPA ; tout cela avec la complicité d'États prompts à délivrer des actes de naissance mensongers porteurs de potentielles conséquences psychologiques graves que l'enfant portera sa vie durant**³. *Le souci de l'intérêt de l'enfant semble donc avoir été bien secondaire aux yeux des couples et l'invoquer a posteriori pour valider de tels actes est paradoxal. On est en présence d'un abus de droit, c'est-à-dire de l'usage des droits de l'homme contre eux-mêmes, ce qu'interdit expressément la Convention européenne (art. 17), elle-même instrumentalisée par les requérants*⁴.

Pour une appréciation de l'intérêt de l'enfant en amont et in abstracto

S'agissant de la procréation, la difficulté est que les enfants concernés n'existent pas encore : ils ne sont donc pas sujets de droits, si bien qu'il n'est pas possible de mettre en balance les

¹ Clotilde Brunetti-Pons (Dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, Rapport final de la Mission de recherche Droit et Justice, CEJESCO de l'Université de Reims, 2017, p. 52-53.

² Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, « Étude sur la gestation pour autrui et la vente d'enfants », 15.01.2018, A/HRC/37/60, §64.

³ Conférence de la Haye de droit international privé, *Etude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, 03.2014, Doc. prélim. No 3C (L'étude), § 188.

⁴ « Le droit français sur la GPA résistera-t-il aux coups de boutoir de l'Europe ? », 11.01.2019, *Généthique*.

droits de futurs enfants avec ceux des autres personnes concernées. Il est par conséquent nécessaire de s'interroger en amont sur la signification de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut d'abord reconnaître que **la gestation par autrui a pour but de satisfaire le désir des adultes** qui, pour légitime qu'il puisse être, n'autorise pas à porter atteinte à la dignité d'autrui.

Ce but est l'exact opposé de celui de l'adoption, qui est réalisée dans l'intérêt de l'enfant. L'adoption donne une famille à un enfant qui en a été privé par les malheurs de la vie. La gestation par autrui fabrique un enfant pour le déposséder de ses parents.

Tout enfant qui vient au monde a besoin de ses véritables parents : il devrait connaître ses parents biologiques, être élevé par eux et avoir une filiation biologique véridique. Toute autre situation ne devrait exister que par accident. Priver volontairement un enfant de ses véritables parents et de la connaissance de sa filiation est toujours une injustice grave, cause de souffrances.

La gestation par autrui a des **impacts négatifs divers sur les enfants** qui en sont issus. Outre les inconvénients connus de la procréation médicalement assistée, l'enfant né de gestation par autrui doit vivre en sachant qu'il est venu au monde en exécution d'un contrat, et que sa mère l'a abandonné pour de l'argent. À sa naissance ou peu après, il est arraché à sa mère, avec laquelle se sont tissés pendant toute la grossesse des liens profonds dont la science révèle de plus en plus la profondeur et l'impact sur la vie et la santé physique et psychique de l'enfant.

Précisons que la gestation par autrui « purement altruiste » n'est pas forcément meilleure pour l'enfant. Outre le fait que l'absence totale de contrepartie est rarissime, l'accord entre les parties risque d'être éphémère, donnant lieu à des haines violentes et des procédures sans fin, dont l'enfant est l'objet et la victime.

2- Droits à l'identité, à l'accès aux origines et à l'environnement familial

La gestation par autrui heurte de front la Convention relative aux droits de l'enfant, notamment les articles 7.1, 8.1, et 9.3. Par ailleurs, d'après l'article 16, « *nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille (...)* » (§1) et « *l'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* » (§2). Ces dispositions sont à comprendre en lien les unes avec les autres et montrent que les États ont l'obligation positive de favoriser les relations entre l'enfant, d'une part, et ses parents et plus globalement sa famille biologiques, d'autre part.

L'importance du fondement biologique de la filiation

La CEDH englobe le droit à l'identité dans le droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne. Elle y inclut expressément le droit d'avoir accès à ses origines biologiques et précise même qu'il « *inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de [l']identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »⁵. Il y a donc une obligation positive de faciliter l'accès des personnes à l'identité de leurs parents biologiques, en prenant en particulier en compte l'intérêt supérieur de l'enfant⁶. La jurisprudence en matière de gestation par autrui confirme l'importance accordée par la CEDH au fondement biologique de la filiation⁷.

⁵ *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20.12.2007, § 45.

⁶ *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, 4.09.2002, § 56 à 59.

⁷ Comparer *Menesson c. France*, n° 65192/11, 26.06.2014 (violation) et *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], préc. (non-violation).

En France, **les dons de gamètes sont anonymes**. Aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant qui en est issu (code civil, art. 311-19) et toute action afin d'établir ou contester la filiation est interdite (code civil, art. 311-20). Il est donc impossible pour une personne conçue à l'aide d'un tel don d'accéder à ses origines. Autrement dit, il n'y a pas de mise en balance entre les droits de l'enfant conçu à l'aide d'un don de gamètes et ceux des autres parties prenantes. C'est justement sur ce point que des affaires pendantes à la CEDH mettent en cause la France⁸.

La pratique de la gestation par autrui étant interdite en France, des personnes en mal d'enfant se tournent vers les pays où elle est autorisée ou tolérée. À leur retour en France, les commanditaires demandent la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant sur les registres français de l'état civil afin d'obtenir un acte de naissance français, rendre opposable la filiation établie à l'étranger et finalement camoufler le recours à la gestation par autrui.

Les garde-fous empêchant la reconnaissance des conventions de gestation par autrui à l'étranger, principalement le refus de transcription, ont été privés d'effet par la CEDH : au lieu de condamner clairement la gestation par autrui, elle donne espoir aux fraudeurs à la loi de ne pas être condamnés et même d'être reconnus dans leur bon droit.

En effet, n'ayant d'abord permis aucune transcription en cas de gestation par autrui⁹, la France a été condamnée par la CEDH¹⁰ puis s'est inclinée¹¹ en permettant la transcription de l'acte mentionnant le père biologique et la mère porteuse. En 2017, elle a admis que la filiation paternelle soit reconnue à l'égard du père biologique par transcription partielle de l'acte de naissance mentionnant les deux membres du couple commanditaire et que la filiation soit établie à l'égard de son épouse (voire de son époux) par l'adoption¹². Cette solution, admise par la CEDH¹³, se fonde sur l'article 47 du Code civil selon lequel l'acte étranger fait foi sauf s'il est « *irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». En effet, la naissance se réalise par l'accouchement et **en droit français, la mère est la femme qui accouche** suivant le principe fondamental ancestral énoncé par l'adage *mater semper certa est* appliqué par les tribunaux lorsqu'ils traitent de la transcription de l'acte de naissance étranger. Ainsi, la mère étant la femme porteuse, un acte de naissance dressé à la suite d'une gestation par autrui et indiquant pour mère la femme commanditaire ne peut pas être transcrit, les faits déclarés ne correspondant pas à la réalité.

Si un tel acte était transcrit, cela impliquerait la création d'une « **filiation de pure convenance établie au gré de la volonté individuelle (...), contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes** »¹⁴. L'état civil ne poursuivrait plus un objectif d'intérêt général mais servirait à satisfaire des désirs individuels.

Cette solution concerne toutefois l'hypothèse où l'ovule provient de la femme porteuse ou d'une donneuse : **quelle serait la solution s'il s'agissait de celui de la femme commanditaire** ? Un jugement du tribunal de grande instance de Nantes vient de reconnaître

⁸ *Gauvin-Fournis c. France*, n° 21424/16 ; *Silliau c. France*, n° 45728/17.

⁹ Cass. 1re civ., 6.04.2011 (10-19.053) ; Cass. 1re civ., 13.09.2013 (12-18.315).

¹⁰ *Menesson c. France*, n° 65192/11, et *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26.06.2014.

¹¹ Cass. Ass. Plén., 3.07.2015 (14-21.323 et 15-50.002).

¹² Cass. 1re civ., 5.07.2017 (15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455 et 16-16.495 et 16-20.052), confirmé par Cass. 1re civ., 29.11.2017 (16-50.061) et Cass. 1re civ., 14.03.2018 (17-50.021).

¹³ Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation par autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, P16-2018-001, 10.04.2019.

¹⁴ « Le droit français sur la GPA résistera-t-il aux coups de boutoir de l'Europe ? », *Généthique*, 11.01.2019.

« mère d'intention » une femme commanditaire ayant fourni ses ovocytes à la mère porteuse¹⁵. Si ce jugement était confirmé, cela reviendrait à renoncer au principe *mater semper certa est* et à reconnaître la gestation par autrui, en lui donnant plein effet en violation de la loi. Cela contreviendrait aussi à l'interdiction de l'établissement de la filiation à l'égard de la donneuse d'ovocyte.

Les inconvénients de l'adoption par le conjoint du père biologique

Cette solution pose de nombreux problèmes. Si la filiation ainsi établie est plus conforme à la réalité et plus respectueuse de l'intérêt de l'enfant qu'une transcription mensongère, elle revient à entériner *a posteriori* le processus de gestation par autrui, en violation d'un interdit essentiel du droit français et au prix d'un détournement de l'adoption, comme l'a reconnu la Rapporteuse spéciale en 2016¹⁶. Elle encourage finalement à recourir à l'étranger à une pratique interdite en France¹⁷ : la fabrication d'un enfant délibérément privé de l'une de ses ascendances biologiques, pour le rendre adoptable afin de satisfaire un désir d'enfant.

Rappelons que dans sa Recommandation 1443(2000), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est élevée avec force contre les dérives mercantiles entourant l'adoption, qui s'appliquent également à la gestation par autrui. Par ailleurs, la Convention de La Haye sur l'adoption internationale, qui a pour but d'éviter les trafics d'enfants, exclut tant le versement d'une somme d'argent en échange d'une adoption que les contacts entre les parents biologiques et les adoptants avant la naissance (art. 4).

Les problèmes sont aggravés lorsqu'une adoption plénière est prononcée car elle efface toute trace de la gestation par autrui en effaçant l'état civil initial, c'est-à-dire la filiation réelle de l'enfant (code civil, art. 354). Si la transcription complète de l'acte de naissance est refusée dans le but de respecter le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et son droit à l'identité, **prononcer une adoption plénière suite à gestation par autrui est en toute logique contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.** Cela a pourtant été fait¹⁸.

3- Vente d'enfants

La gestation par autrui entre parfaitement dans la définition de la vente d'enfant prohibée par le droit international¹⁹. Comme l'a reconnu la Rapporteuse spéciale, la maternité de substitution commerciale, mais aussi altruiste, « *relève de la vente d'enfant* »²⁰. **La Rapporteuse spéciale doit en tirer toutes les conséquences en condamnant le principe de la maternité de substitution.**

Entre marchandisation et esclavage

¹⁵ « Enfants nés par GPA : l'évolution de la justice », *Le Monde*, 24.05.2019.

¹⁶ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, « Etude sur les adoptions illégales », 22.12.2016, A/HRC/34/55, § 52.

¹⁷ Au moins 200 enfants seraient commandés chaque année à l'étranger par des Français dans le cadre de conventions illégales de maternité de substitution : Laurence Brunet (dir.), *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 15.05.2013, p. 19.

¹⁸ « GPA à l'étranger : pourquoi la cour d'appel de Paris dénie l'intérêt supérieur de l'enfant », *Valeurs actuelles*, 21.09.2018.

¹⁹ OPSC, 25 mai 2000, art. 2a; CDE art. 35. Voir aussi Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants, 1999, art. 3.

²⁰ A/HRC/37/60, § 41 et 69.

L'enfant est conçu, porté, mis au monde et livré en exécution d'un contrat. Il est donc réifié, traité comme une marchandise²¹, utilisé pour satisfaire le désir d'adultes. Même lorsque la mère porteuse n'est pas rémunérée, il n'est pas rare qu'elle reçoive certains avantages et une indemnité. Les sociétés intermédiaires et équipes médicales impliquées n'exercent jamais à titre gratuit. Finalement, **une gestation par autrui « éthique » et « non-commerciale » en Grande-Bretagne coûte deux fois plus cher qu'une gestation par autrui commerciale en Europe de l'est et quatre fois plus qu'en Asie.** Il en va de même pour les « dons » d'ovocytes : même dans des pays où ce don est gratuit, les femmes reçoivent souvent une importante « indemnité »²². Ayant commandé un enfant et choisi certaines de ses caractéristiques, les commanditaires exigent un certain niveau de qualité. Certains n'hésitent pas à refuser la « livraison » et poursuivre la mère porteuse ou les intermédiaires si le « produit » ne correspond pas à leurs attentes quant aux sexe, caractéristiques physiques ou état de santé²³.

L'enfant est cédé à titre gratuit (rarissime) ou à titre onéreux, on dispose de lui, ce qui signifie qu'**est exercé sur lui un attribut du droit de propriété, l'abusus.** Or la Convention contre l'esclavage de 1926 définit celui-ci comme « *l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* ». Objectivement, et indépendamment des intentions des commanditaires qui sont le plus souvent bonnes, l'enfant se trouve donc en situation d'esclavage.

Le droit français n'incrimine pas la vente d'enfant

Même si la cour d'appel de Rennes²⁴ a constaté dans une affaire de gestation par autrui qu'il s'agissait en réalité « *d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public* », **le droit français n'incrimine pas la vente d'enfant.** Cette grave lacune a été relevée par le Comité des droits de l'enfant. Le gouvernement l'a reconnu dans son rapport d'octobre 2012 à ce Comité, tout en précisant que les faits entrant dans cette définition étaient « *incriminés en droit français, dans le cadre de la vente d'enfants, la provocation à l'abandon d'enfants et l'entremise pour l'abandon ou l'adoption d'enfants, notamment dans le cas des mères porteuses* »²⁵. Il reconnaissait au passage que la gestation par autrui constitue une modalité de vente d'enfant. Il n'y a cependant **aucune sanction pénale spécifique pour la vente d'enfant**, au point qu'une femme ayant vendu deux de ses enfants par internet a été condamnée seulement à un an de prison avec sursis, pour avoir escroqué les acheteurs !²⁶ A défaut d'incrimination de la vente d'enfant, il serait possible de reconnaître que la maternité de substitution constitue les crimes de réduction en esclavage (code pénal, art. 224-1-A) et de traite des enfants (code pénal, art. 225-4-1)²⁷. Ces dispositions²⁸ n'ont toutefois jamais été utilisées en matière de gestation par autrui.

²¹ Clotilde Brunetti-Pons (Dir.), op. cit., p. 344-346.

²² « Indemnisées ou rémunérées ? Les donneuses d'ovocytes belges touchent jusqu'à 2000 € par don », *Généthique*, 13.05.2019. Cf. aussi IGAS, « État des lieux et perspectives du don d'ovocyte en France », 02.2011, p. 25.

²³ Clotilde Brunetti-Pons (Dir.), op. cit., p. 367. Emilie Lopes et Paul de Coustin, « Gammy, le bébé qui sème le malaise sur la GPA », *Le Figaro*, 6.08.2014.

²⁴ Arrêt n° 11/01846, 10.01.2012.

²⁵ CRC/C/FRA/5, § 588.

²⁶ Tribunal correctionnel de Blois, 22.03.2016 : après avoir reçu le versement du prix, elle avait prétendu que les enfants étaient morts et les avait revendus à d'autres acheteurs.

²⁷ Claire de La Hougue, « La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Droit de la famille* n° 11, Novembre 2015, étude 15.

²⁸ Cf. Muriel Fabre-Magnan, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot »,

Conclusion

Traiter uniquement la question des droits des enfants nés de gestation par autrui présente l'inconvénient majeur de considérer cette pratique comme un fait non seulement accompli, mais aussi acceptable.

Le respect de l'intérêt de l'enfant implique que les décisions le concernant soient prises de manière à le servir et dans le respect de ses droits et intérêts. Avant de s'attaquer à la question de l'intérêt des enfants nés de gestation par autrui, il faut reconnaître que **cette pratique est intrinsèquement attentatoire à l'intérêt des enfants et à la dignité humaine. Il faut d'abord empêcher l'élaboration de structures permettant la création de situations contraires aux droits des enfants** : cela implique d'**interdire la maternité de substitution en ce qu'elle nuit à l'intérêt des enfants et de sanctionner ceux qui y ont recours**, surtout les agences, médecins, avocats et autres intermédiaires. Seule cette solution fera chuter le recours à cette pratique et permettra que le cas des enfants qui en seront nés soit traité au mieux de leur intérêt.

Il serait trop facile, voire profondément hypocrite, de se contenter de défendre les droits des enfants nés de gestation par autrui en fermant les yeux sur la cause de leur situation. Une pratique contraire à la dignité humaine et aux droits des personnes doit être interdite et ceux qui y participent sanctionnés. Si l'existence d'une pratique empêchait son interdiction, l'esclavage n'aurait jamais été interdit.