

## Procréation, filiation et intérêt supérieur de l'enfant

*La France et son droit face aux Arrêts de la CEDH du 26 juin 2014*

Dans ses Arrêts du 26 juin 2014, la cinquième section de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> a donné en partie satisfaction à la requête des époux Mennesson, en condamnant la France, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, considérant que l'absence de nationalité et d'état civil français plaçait les enfants dans une « incertitude juridique » quant à leur filiation et portait atteinte à leur identité et donc à leur « vie privée ».

Autrement dit, bien que le couple M. ait utilisé une mère de substitution, pratique prohibée et punie en France, et qu'il ait contourné le code civil et fraudé délibérément la loi, la Cour demande à la France de mieux respecter l'intérêt des enfants.

Faute d'avoir demandé un renvoi en Grande Chambre, la France peut satisfaire la Cour en montrant qu'elle tient le plus grand compte de **l'intérêt de l'enfant, sans pour autant transcrire à l'état civil français les actes étrangers**, car cette inscription plongerait le droit français dans l'incohérence et ouvrirait la voie à une légalisation de la « GPA ». A titre préliminaire, demandons-nous d'abord :

### **Pourquoi la transcription à l'état civil n'est-elle pas compatible avec la prohibition de la GPA ?**

La CEDH reconnaît explicitement à la France son droit à prohiber la GPA. Or, la transcription pure et simple à l'état civil français des enfants nés d'une mère porteuse à

---

<sup>1</sup> CEDH, instituée en 1949 par la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe (Traité de Londres). Elle compte 47 Etats. L'Union européenne en comprend 28.

l'étranger est incompatible avec le maintien de la prohibition de cette pratique sur notre territoire.

Une telle transcription mettrait le droit français dans la contradiction et l'incohérence.

En effet, comment interdire et punir la pratique de la « GPA » en France, comme c'est le cas aujourd'hui, si les Français qui vont la pratiquer ailleurs, et ont les moyens de le faire, deviennent automatiquement des parents légaux en rentrant chez eux?

Si les Français qui peuvent louer la vie d'une femme, dans un autre Etat, devenaient des parents légaux en rentrant chez eux, ils seraient littéralement incités à pratiquer un tourisme procréatif, au mépris des femmes utilisées hors de nos frontières. De plus, comment alors continuer à interdire, et donc à sanctionner en France, cette pratique sans créer une inégalité entre les adultes ayant recourt à cette pratique ailleurs et ceux qui le feraient ici - et bien sûr sans créer une inégalité entre les enfants nés dans ces conditions à l'étranger ou en France ? Les uns disposeraient d'un livret de famille en bonne et due forme, tandis que les autres ne pourraient obtenir aucune filiation légale.

En conséquence, et au nom de l'égalité, si la France transcrivait à l'état civil les actes de naissance délivrés à l'étranger sur la base d'une « GPA », elle devrait le faire également pour les enfants nés de cette façon sur son territoire. La maternité de substitution serait ainsi tolérée, puis légalement organisée.

Notons que le premier ministre, qui vient d'exposer la position du gouvernement, exprime à sa façon la même analyse et en tire la conclusion qui s'impose : « *En tout état de cause, le gouvernement exclut totalement d'autoriser la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaudrait à accepter et normaliser la GPA.* » (Propos recueillis par *La Croix*, 2 octobre 2014). **Cette position était déjà celle du Gouvernement,<sup>2</sup> face à la CEDH. Permettre cette transcription "aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction." (§ 72 de l'Arrêt)**

---

<sup>2</sup> Le Gouvernement était représenté par Mme. E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

L'incompatibilité de la transcription à l'état civil et de la prohibition de la GPA explique pourquoi cette transcription est le cheval de Troie des partisans de la légalisation. C'est le but poursuivi par ceux qui mettent aujourd'hui en avant « l'intérêt de l'enfant » et déclarent sans vergogne, avec M. Mennesson « *S'en prendre aux enfants est ignoble* ». <sup>3</sup>

Aussi cousue de fil blanc soit-elle, cette stratégie n'a pas manqué d'efficacité, auprès des juges de la CEDH, comme aux yeux d'une opinion qui s'inquiète, à juste titre, du sort fait aux enfants. Encore faudrait-il se montrer un peu plus exigeant et rigoureux à l'égard de *l'intérêt de l'enfant* et se demander ce que l'on fait aux enfants lorsqu'on décide :

1. De leur donner une filiation frauduleuse en droit ;

2. De les « concevoir » comme les produits d'une fabrication à l'aide de matériaux biologiques anonymes.

Encore faudrait-il se demander aussi ce que l'on fait aux femmes, où qu'elles soient, en les traitant comme des moyens de production d'enfants. L'enjeu de ces question est le droit des personnes en général, dont, jusqu'à preuve du contraire, les enfants et les femmes font partie.

Je vais donc considérer séparément deux questions : d'abord celle des **droits fondamentaux de la personne qui inspirent le droit français**. Ensuite celle des enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger, qui doivent pouvoir vivre dans les meilleures conditions, sans pour autant cautionner le recours à la GPA.

## A. La prohibition de la maternité pour autrui

**La prohibition de la maternité pour le compte d'autrui** repose sur **les droits fondamentaux de la personne** : elle ne tient *pas uniquement* au refus de la **marchandisation** du corps humain mais aussi et d'abord au refus de **l'aliénation** intrinsèque que représente, pour toute femme, le fait de mettre sa personne (et son corps organique) au service d'autrui pour porter un enfant pendant neuf mois, en

---

<sup>3</sup> Cf. Dominique Mennesson et Alexandre Urwicz : « Enfants nés de GPA : rendez-vous en terre inconnue », mis en ligne sur le *Huffington Post* le 25/01/2014. Alexandre Urwicz est Président et co-fondateur de l'Association Des Familles Homoparentales.

accoucher et le remettre à ses commanditaires. En effet, une grossesse n'est pas *séparable* de la personne, elle ne peut donc pas être *aliénée*, autrement dit *donnée ou vendue*, sans aliéner la personne elle-même – disons : la déposséder d'elle-même.

Il faut donc ici distinguer l'aliénation et la marchandisation, l'une entraînant l'autre.

L'aliénation désigne l'opération de séparation, le fait que la femme et sa grossesse, et donc la femme et son ventre, soient dissociés l'un de l'autre, comme s'ils étaient indépendants l'un de l'autre. Cette dissociation fictive est effectuée pour permettre ***l'usage du corps féminin*** par autrui. L'état de la femme enceinte n'est alors plus propre à sa vie (biologique et biographique) mais devient **quelque chose d'utilisable**, un « moyen » disponible pour d'autres, autrement dit un instrument pour faire un enfant destiné à d'autres personnes (que la femme soit inséminée, ou qu'elle porte un embryon transplanté, ne change pas cette instrumentalisation).

Seule une certaine pratique sociale est susceptible de transformer une femme en moyen de production d'enfant pour le compte d'autrui. L'organisme féminin prend alors **une valeur d'usage et par là même une possible valeur d'échange**.

L'aliénation est donc la condition de la marchandisation de la grossesse et de son fruit. La « gestation », devenue fonction disponible pour d'autres que la femme enceinte elle-même, entre dans la sphère des échanges marchands et se trouve envisagée comme un travail possible.

C'est pourquoi, peu après l'apparition de cette pratique, liée d'abord à l'insémination artificielle, **la Cour de cassation, en 1991**, a rendu un arrêt excluant à la fois la l'aliénation de la femme, même à titre gratuit, et la marchandisation du corps de la femme et de l'enfant.

Je cite le texte : « la convention par laquelle une femme s'engage, *fût-ce à titre gratuit*, à concevoir et à 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 de l'état des personnes. »<sup>4</sup> Cette nullité est aujourd'hui expressément prévue par l'article 16-7 du Code Civil, qui figure dans le chapitre II traitant du respect du corps humain. De plus, l'enfant, qui est une personne, un sujet de droits, n'est pas la

---

<sup>4</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, Audience publique du vendredi 31 mai 1991, N° de pourvoi: 90-20105. (J'ai souligné certains termes)

« propriété » de sa mère (comme pourrait l'être une chose). Ce qui la lie à elle est un lien personnel de filiation, établi en droit par un acte de naissance. Autrement dit, donner ou vendre un enfant, c'est falsifier son **acte de naissance, qui repose directement sur l'accouchement de la mère : la femme qui a accouché d'un enfant est désignée comme sa mère** (Article 56 du Code Civil). **Lui en attribuer comme mère une autre femme**, en dehors d'un processus d'adoption, constitue un délit, réprimé par l'article 227-13 du nouveau [Code pénal](#). C'est donc le lien même de la filiation mère/enfant qui n'est pas *disponible*, et ne peut faire l'objet d'un échange.

### ***Remarque sur le don***

Par stratégie, ou par candeur, on tente **d'assimiler la maternité de substitution à un « don »**, susceptible d'entrer dans un cadre biomédical, comme un don de sperme, ou même un don d'organe. Cette comparaison est absurde, car lorsqu'une femme est utilisée comme mère de substitution, c'est *l'enfant* qu'on lui demande de donner au terme du contrat, et rien d'autre. Le contrat est d'ailleurs annulé si aucun enfant n'est donné, et la mère doit rembourser tous ses *à valoir*.

La notion de « don d'engendrement » est ici un mythe, ou plutôt une mystification verbale. C'est une fiction qui permet de masquer la réalité des échanges marchands et de cacher le cynisme du marché sous la rhétorique du don.

De fait, l'usage des fonctions organiques d'une personne constitue un **asservissement biologique** de cette personne. (Pourquoi ne pas envisager aussi, pendant qu'on y est la « respiration pour autrui » ou la « digestion pour autrui » ?)

L'usage d'une femme comme « gestatrice » rappelle malheureusement l'institution des *Lebensborn*, ces maternités créées par Himmler en 1936. Des mères anonymes, réputées « aryennes », pouvaient y accoucher, librement et discrètement, de bébés conçus avec des officiers allemands et offrir ces enfants à l'institution SS pour repeupler le Reich. Les femmes se trouvaient alors réduites à une fonction biologique de reproduction. C'est aussi ce qui se passe avec la GPA, sauf que, au lieu de « travailler » pour un Etat totalitaire, les « gestatrices » modernes acceptent de le faire pour des particuliers, dans le cadre d'une société où tout peut s'acheter et se vendre. Les critères de sélection des mères ne sont pas la pureté de la race, mais la bonne santé des femmes et leur aptitude physique et morale à respecter leur contrat. En revanche, l'achat du

sperme ou des ovocytes, tel qu'il est pratiqué en Californie ou en Ukraine, réintroduit des critères raciaux, car les clients veulent s'assurer du « type ethnique » de leur futur enfant.

A partir de là, **la pratique sociale de la « GPA » semble non seulement, dans son principe, contraire à l'éthique, mais aussi à une société civilisée**, qui respecte la personne humaine et sa vie organique, et donc exclut d'en faire un matériau de production biologique ou un objet d'échange. Il n'y a pas plus de GPA éthique qu'il n'y a de servitude ou d'esclavage « éthiques » - quand bien même certaines personnes sont prêtes à y consentir.

### ***Remarque sur Le consentement***

On ne peut ici se satisfaire du discours ultralibéral qui soutient que chacun est *libre* faire ce qu'il veut de son corps. En réalité, la liberté *comme droit de consentir* à une demande d'échange commercial est invoquée pour cautionner la demande d'achat elle-même. Françoise Héritier remarque justement à propos de la prostitution : « Dire que les femmes ont *le droit de se vendre*, c'est masquer que *les hommes ont le droit de les acheter* ». De même, prétendre qu'une femme a le « droit » d'aliéner sa vie en la louant, c'est promouvoir le droit de certains à *utiliser* cette vie pour son propre compte, moyennant un salaire ou une indemnité – c'est la différence avec les formes anciennes d'esclavage.

On ne peut fonder les relations sociales sur le consentement et la moralité subjective sans faire s'effondrer le rôle des lois tel qu'il est conçu par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La loi *protège* les individus en leur garantissant des libertés et des droits (à la fois contre les abus du pouvoir de l'Etat et contre ceux des autres citoyens).<sup>5</sup>

C'est aux lois, et non à chacun, qu'il appartient de délimiter les conditions générales du consentement, en protégeant la personne en général contre les rapports

---

<sup>5</sup> A l'opposé, les ultralibéraux, voire les « libertariens », ne reconnaissent que la liberté individuelle comme fondement des relations sociales et économiques. De sorte qu'ils récuse le principe d'une société fondée sur le respect de principes communs. Chacun doit être libre d'aliéner sa personne ou de vendre son corps.

de force ou la puissance de l'argent. Si le droit du travail n'existait pas, beaucoup *consentiraient* aujourd'hui à travailler 12 heures par jour, au mépris de leur santé, de leur vie, ou de leur dignité. De même, lorsque, dans un Etat, le droit ne délimite pas le domaine des échanges marchands, le corps humain peut devenir objet de transactions commerciales et être abandonné à la loi de l'offre et de la demande. C'est le cas du marché des organes humains en Inde ou aux Philippines. C'est le cas du marché des cellules ou de la gestation en Californie et ailleurs.

Par conséquent, si la maternité pour autrui constitue une aliénation de la personne, elle ne peut être légalisée au prétexte que certaines femmes se porteraient volontaires. On ne peut aménager ni « encadrer » une pratique essentiellement aliénante pour l'être humain : on doit l'abolir, comme on l'a fait pour l'esclavage.

Revenons maintenant à la CEDH et à l'intérêt de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît qu'il est légitime, pour un Etat, de prohiber la maternité de substitution et même de décourager ses ressortissants de recourir à une pratique aliénante pour l'être humain. Les ressortissants français qui contournent le droit de leur pays prennent donc une lourde responsabilité.

Or, que voit-on ? Cette **responsabilité** est déniée par ceux qui accusent aujourd'hui le droit français de porter atteinte à l'intérêt de leurs enfants.

En utilisant une mère porteuse à l'étranger, les ressortissants français, sachant **qu'aucune filiation ne peut être établie dans notre pays à partir du moment où une femme a servi de « mère de substitution »**, portent **atteinte**, sciemment, à l'**état civil du nouveau-né**, privé d'une filiation légale en droit français. Eux seuls sont responsables du fait que l'enfant a un état civil et des passeports américains.

Il est plus que paradoxal que ceux qui, en fraudant le droit de leur pays, ont privé l'enfant d'un état civil légal, **se retournent ensuite contre leur pays pour exiger... qu'il change ses lois.**

Mais la question fondamentale porte sur « l'intérêt supérieur des enfants », pour savoir comment il est le mieux protégé.

## **B. L'intérêt de l'enfant et ses droits en tant que personne humaine**

Plus que son intérêt supérieur, notion floue et ambiguë ce sont les *droits de l'enfant en tant qu'être humain* qui demandent à être repensés et pris en compte.

La notion *d'intérêt* de l'enfant est un principe directeur qui n'a pas reçu de définition précise (ni par la CIDE, ni ensuite par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies<sup>6</sup>). L'intérêt de l'enfant, qui doit orienter le juge et le Législateur<sup>7</sup>, est dit supérieur, notamment lorsqu'il est confronté à l'intérêt d'autres personnes, par exemple l'intérêt des adultes, dans telle ou telle situation concrète. Mais cet intérêt de l'enfant n'est pas supérieur au droit des personnes en général, puisque l'enfant est lui-même une personne dès sa naissance. Autrement dit, l'enfant doit voir garanti son **intérêt supérieur en tant qu'il est un enfant**, avec sa vulnérabilité particulière et ses droits propres, mais aussi jouir de ses **droits fondamentaux en tant que personne humaine**.

La question qui se pose alors est de savoir si **la manière dont un enfant est conçu et mis au monde est indifférente quant à son statut de personne humaine, avec ses droits fondamentaux**.

### ***1. Remarque sur l'humanité et le droit***

Les coutumes et le droit contribuent à instituer un monde humain : ce qui veut dire un monde où tout n'est pas possible, où certaines règles obligent l'être humain à ne pas suivre aveuglément ses instincts les plus agressifs ou ses impulsions sexuelles. Un humain ne verse pas le sang - sauf conditions très particulières - et ne couche pas avec sa mère ou son père. L'être humain est celui qui se pose à lui-même certaines limites (il est capable de retenue, de respect) et cette possibilité conditionne à la fois l'éthique (ou morale), le droit et la politique.

---

<sup>6</sup> Voir la note de présentation : « *Intérêt supérieur de l'enfant* », publiée par Le défenseur des enfants. <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/interet-superieur-enfant-note-dossier-9-11-11-.pdf>, p. 3.

<sup>7</sup> La Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 (CIDE) ou Convention de New York (26 janvier 1992) est le principal engagement international ratifié par la France relatif aux droits des enfants. Son article 3, §1, énonce que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Considérons le cas de l'inceste.

La prohibition de l'inceste, qui existe dans toute société sous des formes variables, se traduit dans le droit civil (et parfois dans le droit pénal). Elle consiste à définir les conditions des alliances, ou mariages, possibles ou impossibles. Ainsi, nul ne peut contracter un mariage avec un proche parent. Et si un enfant naît d'une relation sexuelle incestueuse entre un père et sa fille, ou entre un frère et une sœur, sa filiation ne pourra être établie que pour l'un des deux géniteurs (comme dans le cas d'une famille monoparentale) mais non pour les deux.

Prétendra-t-on, sans réfléchir, que l'on « pénalise » ainsi l'enfant né d'un inceste, en le privant de son second « parent » biologique ? Après tout, il n'est pas coupable de la transgression de ses géniteurs...etc. Un tel raisonnement « oublie » simplement le lien entre l'humanité et la loi et confond le fait et le droit. Prenons les choses dans l'autre sens : que se passerait-il si l'on pouvait établir le couple incestueux comme le père et la mère de l'enfant selon le droit ? La prohibition elle-même s'effacerait. Or, si tout le monde pouvait faire des enfants avec tout le monde, le frère avec sa sœur, le père avec sa fille etc., les relations de parenté elles-mêmes se brouilleraient. La *distinction* père/ fille, ou mère/fils, etc. n'aurait plus de sens. Le fils d'un inceste père/fille, par exemple, aurait la même personne comme père et comme grand-père, tandis que sa mère serait en même temps sa sœur. Autrement dit, il n'y aurait plus de famille possible ni d'identité inscrite dans un ordre de parenté. En excluant d'établir pour un individu une filiation à l'égard de deux géniteurs incestueux, le droit ne peut certes nier la réalité factuelle d'une relation incestueuse, mais elle l'ignore en la laissant à sa pure naturalité, hors du monde humain institué. Cependant, ce n'est pas l'enfant qui est alors hors la loi (un orphelin, ou un enfant né de père ou de mère inconnus ne sont pas hors la loi), ce sont ceux qui ont transgressé la loi. Ainsi, l'un des deux géniteurs incestueux doit-il rester hors des liens de filiation, sinon, on annule en même temps la prohibition de l'inceste et le principe de la parenté elle-même. Disons que le droit civil épargne aux êtres humains la possibilité d'être le *fruit d'un inceste*. Il donne ainsi à l'enfant une filiation conforme au droit commun.

Autre exemple : le clonage humain. Là, le droit pénal intervient : **le clonage humain à but reproductif est universellement prohibé et condamné pour qu'aucun enfant ne puisse être fabriqué et génétiquement programmé**. L'enjeu de cette prohibition est d'exclure l'eugénisme et d'empêcher les rapports entre les générations de **basculer dans l'ordre de la fabrication et de l'anthropotechnie**. En effet, en conjurant la loterie génétique inhérente à la procréation bisexuée, le clonage permettrait de **déterminer entièrement a priori** le patrimoine génétique du futur enfant. Le droit pénal tente de protéger ainsi *les générations à venir*, et non pas seulement les enfants déjà nés. C'est l'enjeu de ce que l'on pourrait appeler une *éthique du futur*. Cette éthique du futur, selon la formulation de Hans Jonas, s'attache à

***protéger nos descendants de notre action présente.*** Elle inspire à la fois les préoccupations écologiques et anthropologiques.

Autrement dit, face au développement mondial des biotechnologies, de l'industrie et des marchés procréatifs, avec les pratiques sociales qu'il suscite, les droits de la personne humaine devraient être pris en compte en considérant les conditions dans lesquelles nous faisons naître les nouvelles générations, c'est à dire dont nous lions une personne à d'autres personnes, et non pas à de simple matériaux biologiques.

Jusqu'à présent, la filiation a été étayée ou articulée à la procréation personnelle, et donc sur la relation entre géniteurs et progéniture. La question est de savoir si elle peut être fondée sur la relation entre des adultes « commanditaires » ou « producteurs » et le nouveau-né fabriqué à leur intention. La notion juridique, d'origine californienne, de « parents d'intention » (*intended parents*) ne désigne rien d'autre que ces commanditaires.

## ***2. Remarque sur l'éthique***

La notion d'intérêt de l'enfant ne peut ignorer les conditions de sa naissance. L'enfant subit en effet un dommage du fait d'être immédiatement abandonné à d'autres par la femme qui l'a porté et mis au monde. Les médecins, les psychologues, les psychanalystes ont depuis longtemps observé le rôle rassurant de la mère pour le nouveau-né (son corps, son odeur, sa voix). D'autre part, être porté par une femme qui a pour projet de le donner ou abandonner à sa naissance, contre une rémunération ou un « défraiement », défavorise le développement prénatal de l'enfant. On sait que nombre de mères porteuses, pressées d'en finir avec ce qui est pour elle un service et non un projet personnel, accouchent prématurément. Ce mode de procréation porte donc atteinte à l'intérêt de l'enfant.

Mais, au delà des divers effets de la séparation brutale entre l'enfant et sa mère, il est inquiétant de voir comment on envisage cette séparation en évacuant toute question éthique. Cette indifférence, et même ce mépris, sont révélateurs d'une négation de la responsabilité des êtres humains à l'égard des enfants dont ils sont les *auteurs*. Un donneur anonyme de sperme, comme une « mère porteuse », est à l'avance déchargé de toute responsabilité à l'égard de l'enfant auquel, l'un comme l'autre, a donné la vie.

La pratique sociale de la maternité de subsitution exige de la mère qu'elle renonce à toute responsabilité personnelle à l'égard de l'enfant qu'elle a mis au monde. Pourtant, même ceux qui sont favorables à une telle pratique reculent devant cette exigence et sont prêts à accorder à la mère un droit à dénoncer leur engagement et, finalement, à garder l'enfant. Ce recul témoigne de la conscience de briser délibérément un lien à la fois *physique et éthique*, chez

l'homme, entre les géniteurs et leur progéniture. La responsabilité simple (non contractuelle et non réciproque) entre les auteurs et l'enfant, apparaît même, selon Hans Jonas, « l'archétype de tout agir responsable ». <sup>8</sup>

Comment l'enfant donné ou vendu (et plus généralement une société dans laquelle les enfants peuvent être donnés ou vendus) pourra-t-il lui-même accéder au principe humain de la responsabilité ?

Non seulement l'enfant devra se penser comme un possible objet d'échange, mais tout être humain lui apparaîtra ainsi. La société où la personne a un prix remplacera celle où il a une dignité, c'est à dire une « valeur » intrinsèque, absolue, non échangeable. La distinction kantienne s'impose ici : **les choses ont un prix, les personnes ont une dignité.**

Prohiber l'usage des femmes comme mères porteuses, ce n'est donc pas seulement garantir le respect des femmes et de leur corps, c'est aussi aussi prendre en compte les conditions dans lesquelles un enfant naît et peut se situer dans un monde humain, et non dans un monde de choses échangeables. A l'inverse, la pratique de la maternité de substitution instaure une confusion entre les choses et les personnes, entre le droit personnel, qui concerne les personnes, et le droit réel, qui concerne les choses et les « biens ». La grossesse ne fait pas partie des « biens » échangeables. L'enfant non plus.

### ***3. Remarque sur les droits de l'enfant***

**L'intérêt de l'enfant ne peut être déconnecté du respect de sa personne.** Le respect de la personne en général ne peut être sacrifié pour mieux garantir « l'intérêt de l'enfant », puisque l'enfant doit lui-même être considéré comme une personne, c'est à dire un sujet de droits.

Or, lorsque sa naissance fait l'objet d'un contrat ou d'une convention entre des adultes (entre les parents commanditaires et la « mère porteuse ») l'enfant est considéré

---

<sup>8</sup> Cf. Hans Jonas, *Le principe responsabilité*. Sur ce thème, voir le film remarquable des frères Dardenne, *L'enfant*, dans lequel un jeune homme découvre, à travers la détresse de sa compagne et finalement la sienne, qu'il ne peut impunément vendre l'enfant dont il est le père.

a priori **comme une sorte de « produit » et non comme une personne issue d'autres personnes.**

A l'inverse, la *Convention internationale sur les droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 prend en compte le lien personnel entre ascendants et descendants. Dans son article 6, elle dit que l'enfant a « le droit, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Ici, les « parents » sont évidemment ceux qui lui ont donné la vie. Mais que devient ce droit de l'enfant à connaître ses origines **si sa naissance est a priori organisée pour les effacer** ? La révolte des personnes nées sous X, ou nées « de sperme inconnu », contre l'institution du secret maintenu sur les personnes qui leur ont donné la vie est révélatrice d'un profond malaise.

La CEDH ne tient aucun compte de ce malaise et donc des dommages incalculables infligés aux enfants nés de PMA. Pourtant, beaucoup de ceux qui ont eu un père légal, aimant et aimé, cherchent néanmoins à connaître l'identité de leur géniteur.

Or la CEDH semble ignorer l'article 6 de la Convention et se lave les mains des conséquences de la PMA ou de la GPA sur les enfants (comme sur les femmes).

Par là même, elle laisse aux Etats le soin de traiter les questions bioéthiques et juridiques liées aux modes de procréation assistée.

Sur nombre de sujets, comme le droit à l'avortement, la CEDH laisse les Etats membres du Conseil de l'Europe libres de légiférer comme ils l'entendent, en considérant que « les valeurs nationales ont la primauté »<sup>9</sup>.

Il est intéressant de noter qu'un pays, comme l'Autriche, qui interdit le don de gamètes au nom du droit de l'enfant à connaître ses origines, n'a pas été condamné par la CEDH. La grande chambre a en effet considéré que ce pays n'avait pas outrepassé sa "*marge d'appréciation*" dans un domaine où les législations nationales évoluent constamment.

Mais, si elle laisse ici la priorité aux « valeurs nationales » – et renonce à défendre tout principe universel – alors la Cour devrait au moins **respecter la**

---

<sup>9</sup> Ainsi dans l'arrêt, *A, B, C c/ Irlande* du [16 décembre 2010](#) (grande chambre, requête n° 25579/05) la Cour a-t-elle pu juger que « le droit à l'avortement n'est pas garanti par la convention ».

**cohérence des législations nationales qui défendent le respect de la personne humaine et de son corps.**

**Ce respect implique d'exclure l'aliénation et la marchandisation du corps des femmes, tout comme il exclut de faire de l'enfant un produit fabriqué, disponible sur le marché procréatif.**

En tout état de cause, répétons-le, la France ne peut accepter de renoncer à la cohérence de son code civil en établissant **une filiation légale entre des enfants et des personnes, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme, ayant utilisé une mère de substitution pour les faire naître.** <sup>10</sup>

### *Remarque sur les critères biologiques*

**Il n'y a pas lieu, en l'occurrence, de faire de distinction entre la filiation paternelle et la filiation maternelle, puisque c'est un couple qui a eu conjointement recours à une mère porteuse et que l'usage du sperme de l'époux ne peut suffire à légitimer un tel mode de procréation et donc à établir une filiation légitime en droit.**

Pourquoi un critère purement biologique ne peut-il suffire à établir la filiation paternelle ?

La première raison est que **le géniteur biologique n'est jamais automatiquement le père légal - par exemple dans le cas d'une naissance à la suite d'un inceste, d'un viol, ou même dans le cas d'un don anonyme de sperme là où il existe (dans le cadre d'une PMA).** La filiation est toujours une institution : elle s'articule, d'une manière que le droit précise, sur les conditions de la procréation, mais elle n'est pas automatiquement déduite de ces faits.

La seconde raison est que, ayant utilisé une mère porteuse, et donc fraudé la loi, l'homme qui a fourni le sperme nécessaire à une FIV (Fécondation in vitro), a renoncé d'avance à établir sa paternité légale en droit français. De plus, il serait étrange que cette

---

<sup>10</sup> Le Premier ministre, Manuel Valls, vient de le confirmer : « Le Gouvernement exclut totalement la transcription automatique des actes étrangers, car cela équivaldrait à accepter et normaliser la GPA. » (Réponses au quotidien La Croix, 2 octobre 2014)

paternité soit établie sur la base d'un « lien biologique » avec l'enfant, alors même que tout lien biologique entre la mère et l'enfant dont elle a accouché a tout simplement été nié - comme a été gommé par ailleurs le rôle génétique de la femme qui a donné ses ovocytes.

On semble oublier **le lien biologique** qui lie l'enfant à la mère qui l'a porté et en a accouché. Cet « oubli » tient notamment au fait que, pour mieux justifier l'usage d'une mère de substitution, on néglige arbitrairement le rôle essentiel que joue le corps féminin qui porte un enfant. Pourtant, les recherches en épigénétique prouvent combien ce rôle est déterminant dans la transformation de l'embryon. Un rapport de l'Académie de médecine rappelle les interactions profondes qui existent entre la parturiente et le fœtus. On sait que ces interactions conditionnent **l'expression des gènes du fœtus, ce qui exclut absolument de considérer que les gènes, transmis par les gamètes mâles et femelles, suffisent à dessiner l'individualité de l'enfant à naître.** La génétique n'est pas tout, comme semblent le croire ceux qui prétendent qu'une mère porteuse ne fait que « rendre l'enfant » qu'on lui a confié.

Il serait donc aberrant de fonder subitement la paternité légale exclusivement sur un lien « biologique » tout en abolissant l'accouchement comme fondement de la maternité. Mais la question, qu'il serait trop long de traiter ici, est celle des fondements de la filiation, avec leur asymétrie, corrélative de l'asymétrie des sexes dans la procréation.

J'en viens donc à la question de la situation, en France, des enfants nés d'une mère porteuse, à l'étranger.

### **C. Comment la France peut-elle prendre en compte les Arrêts de la CEDH, et respecter au mieux l'intérêt des enfants nés, à l'étranger, d'une mère porteuse?**

La Cour a statué au nom du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier de son droit à une vie familiale satisfaisante, mais aussi au respect de sa « vie privée », à savoir de son droit **à une identité, celle-ci incluant une filiation stable et une nationalité.**

On peut montrer que le droit peut **maintenir la prohibition de la maternité de substitution** et **préserver en même temps l'intérêt des enfants** nés d'une mère

porteuse à l'étranger – sans renoncer à convaincre les autres pays de la nécessité de faire régresser cette pratique,

La France peut garantir à ces enfants **une vie familiale satisfaisante** et le respect de leur « vie privée », c'est à dire une identité stable incluant **la nationalité** et la filiation, mais seulement **sur la base de l'état civil étranger**.

La CEDH a déjà reconnu que **la vie familiale** (de V. et F. Mennesson) était garantie.

En effet, ces jeunes filles portent le nom des parents que leur a attribués le droit californien. La responsabilité des parents (au sens californien du terme) n'est pas contestée par la France puisque la famille ne risque pas d'être séparée. La Cour note ainsi que le respect de leur vie familiale n'est pas en cause, que M et Mme M. peuvent élever les deux enfants et qu'ils peuvent vivre tous les quatre en France « dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles » (§ 94 de l'Arrêt)

### **La nationalité**

En ce qui concerne la nationalité, les enfants M. ne sont pas « apatrides ». Comme le dit la CEDH, elles sont des « ressortissantes américaines ».

Une probité intellectuelle minimale exige qu'on cesse de qualifier ces enfants de « fantômes » ou de dire qu'ils sont « sans papiers ». Ils ont des passeports américains et une filiation établie par l'Etat où ils sont nés.

De plus, le Gouvernement a précisé (§ 74) que les actes de naissance étrangers **produisaient certains effets sur le territoire français - indépendamment de leur transcription** - notamment « quant à la preuve de la filiation dont ils font état » (dès lors qu'ils répondent aux prescriptions de l'article 47 du code civil).

Autrement dit, bien que les conventions de « GPA » soient nulles, d'une nullité d'ordre public, et ne puissent produire d'effet en droit français *au regard de la filiation* (§ 74)<sup>11</sup>, la force probante de l'acte d'état civil établi à l'étranger, dès lors qu'il n'est pas explicitement contesté, peut produire *certaines effets*.

---

<sup>11</sup> Le Conseil constitutionnel a affirmé qu'il appartiendrait aux juridictions françaises compétentes de veiller à ce que ces conventions ne produisent aucun effet (Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) : « Considérant que, d'une part, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du Code civil aux termes desquelles : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » », et plus loin : « **Considérant, en troisième lieu, que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application**

Ainsi, dans la mesure où l'acte d'état civil étranger désigne M et Mme M comme parents, et que ceux-ci sont français, l'application de l'article 18 du code civil <sup>12</sup> permet aux enfants M. – et à ceux qui sont dans la même situation - d'obtenir un certificat de nationalité française, ainsi que le dit la circulaire Taubira <sup>13</sup>. Les actes de naissance américains pourraient ainsi suffire pour obtenir **un certificat de nationalité**, qu'il ne faut pas confondre avec un acte d'état civil.

### **La question de « l'incertitude juridique »**

La France doit enfin tenir compte de l'inquiétude de la CEDH en ce qui concerne la prétendue « incertitude juridique » dont, selon les requérants, souffriraient les enfants à cause de l'absence de transcription à l'état civil français des actes étrangers.

La Cour a en effet conclu à cet égard que, en portant atteinte à l'identité des enfants, la France portait atteinte à leur vie privée (et non, on l'a vu, à leur vie familiale).

La France peut faire valoir sur ce point qu'elle n'ignore pas la filiation des enfants M., établie *selon l'ordre juridique californien*, et donc que leur identité juridique n'est pas contestée.

La Cour dit que la France « leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique » et elle considère que « pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française. » Disant cela, elle exonère les « parents d'intention » de toute responsabilité : non seulement elle ignore leur fraude, mais elle ne voit même pas en quoi la législation californienne nuit aux droits de l'enfant.

La France peut soutenir que, dès lors que les enfants ont un état civil (américain en l'occurrence), qu'ils jouissent de toutes les conditions nécessaires pour vivre en famille, obtenir la nationalité française, et qu'ils jouissent des mêmes droits que les autres enfants au sein de la société française, **leur identité n'est pas mise en cause par le droit français.**

---

**n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ».**

<sup>12</sup> L'article 18 du Code civil dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

<sup>13</sup> Circulaire du 25 /01/2013. La légalité de cette circulaire a cependant été attaquée en justice et le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur cette légalité.

En revanche, si une **certaine forme d'incertitude** subsiste pour les enfants quant à leur identité, elle ne tient pas du tout à l'ordre juridique français. Elle **tient, plus profondément, aux conditions réelles de leur naissance dans un Etat, comme la Californie, qui autorise l'établissement de filiations effaçant la mère qui a mis au monde l'enfant.**

En fait, la **Cour européenne des droits de l'Homme ne s'interroge à aucun moment sur la légitimité de ce mode de procréation et de ces règles de filiation au regard des droits de la personne humaine, qu'elle est pourtant censée défendre.**

La France peut donc soutenir qu'elle est à cet égard *plus exigeante* que la CEDH, et qu'elle entend défendre les droits fondamentaux de ses ressortissants. Pour que les enfants ne se trouvent pas en porte-à-faux, pris dans la contradiction entre deux régimes juridiques incompatibles, la solution est d'éviter que les pays où la GPA est possible, ressortissants français puissent y avoir recours. C'est le sens de l'initiative internationale annoncée par le Premier ministre.

### **Les droits de succession**

Sur ce point, l'arrêt est très contestable : la difficulté au regard du droit des successions n'est nullement prouvée. Il est possible en France d'hériter sur la base d'actes d'état civil étranger. On ne peut fonder un constat de violation de la CEDH sur de simples allégations.

Cette difficulté pourrait être résolue autrement que par la délivrance d'actes d'état civil français.

Il est important de souligner qu'en **tenant compte** des actes d'état civil américains sans pouvoir les transcrire, **la France est allée au maximum de ce qui est possible pour concilier l'intérêt individuel des enfants et la préservation de son ordre juridique.**

La France pourrait enfin faciliter la vie de l'enfant et du couple qui l'élève en **établissant un tutorat, ou un mandat d'administration** (judiciaire ou légal), pour les ressortissants français reconnus comme les parents par une filiation légale établie à l'étranger - sans préjudice d'une sanction pénale pour avoir agi frauduleusement. Cette solution serait en accord avec le Code de l'action sociale et des familles. En effet, l'article L.221-1 déclare que l'une des missions du service de l'Aide sociale à l'enfance est de « veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant *avec d'autres personnes*

*que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur* ». La France peut donc prendre en compte ces liens noués entre l'enfant et le couple qui serait en accord l'élève, mais elle ne peut établir un lien de filiation légale entre eux. (voir la décision du 17 mai 2013 du Conseil constitutionnel, § 44) En désignant comme ses tuteurs ceux qui ont la responsabilité d'un enfant et qui l'élèvent *en vertu d'une filiation établie à l'étranger* mais illégale en France, le droit français satisferait la demande de la CEDH.

Pour finir, on regrettera que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'intéresse pas davantage aux droits fondamentaux de la personne humaine et qu'elle laisse en friche la question des droits de l'enfant, tout comme ceux des femmes, dans le contexte biotechnologique et économique actuel.

Sylviane Agacinski \*

\* Ce texte est la version longue de l'exposé que j'ai présenté plus brièvement dans le cadre de la Réunion d'information sur : "**Le marché de la maternité et des enfants : un enjeu de société décisif**", le 7 octobre, à l'Assemblée Nationale. Cette réunion publique était organisée conjointement par **Anne-Yvonne Le Dain**, Députée PS de l'Hérault, **Dominique Potier**, Député PS de Meurthe et Moselle, et le **Collectif pour le respect de la personne (CORP)**. **Frédéric Chiche** a présenté quant à lui les « Réflexions d'un gynécologue-obstétricien sur la maternité pour le compte d'autrui ». Je les remercie chaleureusement d'avoir organisé cette réunion-débat.

#### **Quelques lectures :**

Donna Dickenson : ***Body Shopping, The Economy Fuelled by Flesh and Blood***, Oxford, Oneworld Publications, 2008.

Céline Lafontaine : ***Le Corps-Marché, La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie***, Seuil, 2014

Michael J. Sandel : ***Ce que l'argent ne saurait acheter***, Seuil, 2014

Muriel Fabre-Magnan : ***La gestation pour autrui, Fictions et réalités***, Fayard, 2013

Sylviane Agacinski : ***Corps en miettes***, Flammarion, 2013