



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**Archive ouverte UNIGE**

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2018

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## Les affaires Mennesson, Labassee et Paradiso : quels enseignements faut-il en tirer ?

---

Anthonioz, Lorène

### How to cite

ANTHONIOZ, Lorène. Les affaires Mennesson, Labassee et Paradiso : quels enseignements faut-il en tirer ? Master, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:142009>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 23:37

UNIVERSITÉ DE GENÈVE – FACULTÉ DE DROIT

LORÈNE ANTHONIOZ  
JUN 2018

**LES AFFAIRES MENNESSON, LABASSEE ET PARADISO :  
QUELS ENSEIGNEMENTS FAUT-IL EN TIRER ?**

MÉMOIRE DANS LE CADRE DU SÉMINAIRE  
DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L'ENFANT

PROFESSEUR GIAN PAOLO ROMANO  
ASSISTANT VITO BUMBACA

<b>Table des abréviations</b>	<b>3</b>
<b>I. Introduction</b>	<b>4</b>
<b>II. La gestation pour autrui</b>	<b>5</b>
i. Aperçu de droit comparé	5
ii. Aperçu du droit international	7
iii. Arguments en faveur et en défaveur de la GPA	8
iv. La problématique du tourisme procréatif	13
<b>III. Affaires Mennesson, Labassee et Paradiso : en fait</b>	<b>15</b>
i. Mennesson	15
ii. Labassee	17
iii. Paradiso	18
<b>IV. Affaires Mennesson, Labassee et Paradiso : en droit et conclusions</b>	<b>20</b>
i. Mennesson et Labassee	20
a. L'applicabilité de l'art. 8 CEDH	20
b. L'existence d'une ingérence	20
c. La justification de l'ingérence	21
ii. Paradiso	24
Sur les violations alléguées au nom de l'enfant	24
Sur la violation alléguée par les époux en leur nom	24
a. L'applicabilité de l'art. 8 CEDH	25
b. L'existence d'une ingérence	26
c. La justification de l'ingérence	26
<b>V. Comparaison</b>	<b>28</b>
<b>VI. Conséquences engendrées, en particulier dans les ordres juridiques suisse et français</b>	<b>29</b>
i. Conséquences dans l'ordre juridique suisse	31
ii. Conséquences dans l'ordre juridique français	32
<b>VII. Perspectives d'avenir</b>	<b>34</b>
<b>VIII. Conclusion</b>	<b>35</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>37</b>

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLaH 61	Convention de la Haye supprimant l'exigence de la législation des actes publics étrangers du 5 octobre 1961 (RS 0.172.030.4)
CLaH 93	Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 (RS 0.211.221.311)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
FIV	Fécondation <i>in vitro</i>
GPA	Gestation pour autrui
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)
UE	Union européenne

## I. INTRODUCTION

La gestation pour autrui, autrement appelée maternité pour autrui ou maternité de substitution, est une technique de procréation médicalement assistée dont le but est la mise au monde d'un nouvel être humain<sup>1</sup>. Une femme, la gestatrice, mère porteuse ou mère de substitution, est chargée de porter un enfant pour le compte d'un couple, le couple d'intention ou d'accueil, qui le prendra en charge à sa naissance<sup>2</sup>.

Il existe deux types de GPA<sup>3</sup>.

Dans une maternité de substitution traditionnelle, il y a un lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant qui est issu d'une FIV entre les gamètes de son père d'intention et les ovules de la génitrice. Dans une maternité de substitution gestationnelle, il n'y a pas de lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant. Ce dernier est alors issu d'une FIV utilisant les gamètes des deux parents d'intention, ou les gamètes du père d'intention et un don d'ovule, ou encore un double don de gamètes.

Nous pouvons également différencier une GPA altruiste d'une GPA commerciale. Dans la première, la mère porteuse ne reçoit aucun paiement de la part des parents d'intention, ou alors seulement une compensation qui couvre les frais engendrés par la grossesse<sup>4</sup>. Ainsi, l'acte de la gestatrice, souvent un membre de la famille ou une amie proche, est vu comme un don<sup>5</sup>. Dans la seconde, la mère de substitution reçoit une compensation pécuniaire de la part des parents d'intention ; il s'agit alors d'une transaction<sup>6</sup>.

Le premier bébé issu d'une GPA sans lien génétique avec la mère porteuse est né en 1984, en Californie<sup>7</sup>. En 2013, d'après le Service social international, 20'000 bébés sont nés de cette technique, et ce chiffre pourrait vraisemblablement augmenter<sup>8</sup>. Aux États-Unis, en 2012, nous pouvons compter 1'000 à 1'400 bébés nés suite à l'utilisation d'une telle méthode (pour 4'000'000 naissances au total) – la moitié se trouve, d'ailleurs, être des étrangers<sup>9</sup>. En France, 200 bébés issus de la GPA entreraient sur son territoire chaque année<sup>10</sup>. La plupart des parents d'intention passent par le Canada ou les États-Unis, qui disposent des agences réputées comme étant les plus sûres, mais également les plus chères du marché<sup>11</sup>.

Cette technique de reproduction humaine fait évoluer les formes de famille, et avec cela, le droit<sup>12</sup>. Elle engendre, cependant, beaucoup de difficultés en raison de l'absence d'uniformité des pratiques entre les différents États<sup>13</sup>. Un certain nombre de pays considère cette technique

---

<sup>1</sup> MÉTRAL, p. 10.

<sup>2</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; SPAHNI, p. 442 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 628 ; WELLS-GRECO, p. 35 ; art. 2 let. k LPMA.

<sup>3</sup> MÉTRAL, p. 10 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 629 ; WELLS-GRECO, p. 37 et 38.

<sup>4</sup> MÉTRAL, p. 49 ; WELLS-GRECO, p. 38, 56 et 57.

<sup>5</sup> MÉTRAL, p. 49 ; WELLS-GRECO, p. 39.

<sup>6</sup> MÉTRAL, p. 49 ; WELLS-GRECO, p. 38.

<sup>7</sup> MÉTRAL, p. 6.

<sup>8</sup> SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL ; WELLS-GRECO, p. 40 ; MÉTRAL, p. 6.

<sup>9</sup> MERCHANT, N 8.

<sup>10</sup> SAGET/BOUSENNA.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 9.

<sup>13</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 9.

comme étant contraire à leurs mœurs. Le principe, sacré pour beaucoup, *mater semper certa est* n'est plus si absolu. Un enfant peut potentiellement se retrouver avec trois mères : la mère sociale, la mère gestatrice et la mère génétique<sup>14</sup>.

L'absence d'uniformité des législations engendre, entre autres, du tourisme procréatif, soit le fait de se rendre dans un autre pays pour pratiquer une GPA interdite ou plus coûteuse dans l'État national des parents d'intention<sup>15</sup>. Ce tourisme crée toute une série de difficultés, qui seront évoquées dans ce travail, pour les mères porteuses, les enfants issus de maternité de substitution et les parents d'intention.

La CourEDH a eu l'occasion, ces dernières années, de se pencher sur trois affaires concernant la GPA : le cas des familles Mennesson<sup>16</sup>, Labassee<sup>17</sup> et Paradiso<sup>18</sup>, qui ont eu recours à la GPA. Elle a ainsi pu analyser la situation au sein des États parties et fixer un début de cadre que doivent suivre ces États.

Dans ce travail, je commencerai par faire un aperçu du droit comparé et du droit international concernant la GPA. J'aborderai, ensuite, les différents arguments en faveur et défaveur de cette technique afin de cerner les problématiques. Après cela, je me pencherai sur les trois arrêts de la CourEDH susmentionnés et examinerai les conséquences de ces arrêts, ainsi que leurs répercussions sur les droits suisse et français. Je finirai par évoquer les éventuelles perspectives d'avenir.

## II. LA GESTATION POUR AUTRUI

### i. Aperçu de droit comparé

Il est important pour la CourEDH de connaître la situation juridique relative à la GPA dans les différents États parties à la CEDH. Le pouvoir d'appréciation laissé à ceux-ci en dépend. En effet, plus il existe un consensus entre les États, moins large sera leur marge de liberté<sup>19</sup>.

Ainsi, après avoir procédé à une comparaison de la législation de trente-cinq États parties<sup>20</sup>, la CourEDH a constaté que quatorze d'entre eux interdisaient expressément la GPA : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. La France se situe également dans cette catégorie<sup>21</sup>. Dix autres pays ne disposent pas d'une réglementation spécifique : soit elle y est interdite, soit non tolérée, soit sa légalité est incertaine. C'est le cas d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de Saint-Marin.

---

<sup>14</sup> MÉTRAL, p. 11 ; RAVEZ, p. 113 ; WELLS-GRECO, p. 39.

<sup>15</sup> MÉTRAL, p. 17 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 629 ; FULCHIRON, p. 564 ; WELLS-GRECO, p. 10.

<sup>16</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Mennesson contre France du 26 juin 2014, requête No 65192/11 [arrêt Mennesson].

<sup>17</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Labassee contre France du 29 juin 2014, requête No 65941/11 [arrêt Labassee].

<sup>18</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Paradiso et Campanelli contre Italie du 27 janvier 2015, requête No 25358/12, par. 7 [arrêt Paradiso, 2015] ; Arrêt CourEDH dans la cause Paradiso et Campanelli contre Italie du 24 janvier 2017, requête No 25358/12, par. 37 [arrêt Paradiso, 2017].

<sup>19</sup> Arrêt Mennesson, par. 77 ; Arrêt Labassee, par. 56 ; Arrêt Paradiso, 2017, par. 182 ; WELLS-GRECO, p. 341.

<sup>20</sup> Arrêt Mennesson, par. 41 ; Arrêt Labassee, par. 32.

<sup>21</sup> Cf. *infra* p. 16.

En revanche, la GPA est autorisée dans sept États parties, à savoir l'Albanie, la Géorgie, la Grèce, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Russie et l'Ukraine. En principe, il s'agit de la GPA altruiste, sauf en Géorgie, en Ukraine et en Russie. Enfin, la maternité de substitution semble être tolérée en Belgique, au Luxembourg, en Pologne et en République tchèque.

Parmi les États autorisant la GPA, les solutions juridiques peuvent être très différentes. A titre d'exemple, en droit anglais, la gestatrice reste la mère de l'enfant, mais les parents d'intention peuvent demander, entre les 6 semaines et 6 mois suivant la naissance et avec l'accord de la gestatrice, un « parental order for a child to be treated in law as the child of the applicants »<sup>22</sup>. Le tribunal doit s'assurer, notamment, qu'aucune rémunération autre que le remboursement des dépenses raisonnables n'ait été fournie à la gestatrice<sup>23</sup>.

En Grèce, où seule la GPA gestationnelle est autorisée<sup>24</sup>, la conception juridique est presque opposée : le contrôle judiciaire intervient avant que l'embryon puisse être implanté<sup>25</sup>. La mère d'intention est réputée être la mère légale<sup>26</sup>. Cela marque une rupture avec le modèle traditionnel désignant la femme qui accouche comme étant la mère légale<sup>27</sup>. Il n'est pas possible de contester le lien de filiation, sauf si, dans les six mois après la naissance, la mère présumée prouve que l'enfant a été conçu avec l'un de ses ovules en violation de la loi<sup>28</sup>. Beaucoup considèrent cette législation comme étant la plus aboutie et la plus satisfaisante<sup>29</sup>.

En ce qui concerne la reconnaissance ou l'établissement du lien juridique de filiation, treize États parties à la CEDH autorisent ladite reconnaissance ou ledit établissement<sup>30</sup>. Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovénie et de l'Ukraine.

En Autriche, Belgique, Finlande, Islande, Italie (pour la filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), Pologne, Suède, Suisse, au Luxembourg, à Malte et à Saint-Marin, qui sont des États qui interdisent la GPA ou n'en traitent pas dans leur loi, la reconnaissance ou l'établissement semble possible.

En revanche, il est exclu de reconnaître le lien juridique dans les onze États suivants : Andorre, l'Allemagne, la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

En ce qui concerne les États non parties à la CEDH, les pratiques sont également très variées<sup>31</sup>. La Bulgarie, la Chine, le Québec, la Norvège, les Philippines, le Portugal, la République Dominicaine, le Salvador et la Slovaquie interdisent expressément la GPA. Dans d'autres États

---

<sup>22</sup> Art. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

<sup>23</sup> Art. 54 par. 8 Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

<sup>24</sup> ROKAS, p. 145.

<sup>25</sup> Art. 1458 Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; ROKAS, p. 145.

<sup>26</sup> Art. 1464 Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction ; ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; ROKAS, p. 148.

<sup>27</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>28</sup> Art. 1464 Greek Law 3089/2002 On Medically Assisted Human Reproduction ; LANGE, N 17 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; ROKAS, p. 148.

<sup>29</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>30</sup> Arrêt Mennesson, par. 42 ; Arrêt Labassee, par. 33.

<sup>31</sup> MÉTRAL, p. 15 et 16 ; FULCHIRON, p. 568 et 569.

où aucune loi n'interdit expressément la maternité de substitution, la GPA altruiste est tolérée. Il s'agit de l'Argentine, du Chili, de Chypre, de la Corée du Sud, de la Croatie, du Guatemala, de l'Ile Maurice, du Japon, du Sri Lanka, de l'Uruguay et du Venezuela.

Enfin, certains États autorisent et encadrent la maternité de substitution. Pour celle dite altruiste, il s'agit de l'Albanie, de l'Afrique du Sud, du Brésil, du Danemark, d'Israël et de la Nouvelle-Zélande. Et pour celle dite commerciale, nous pouvons retenir l'Inde et la Thaïlande (pour les couples de nationalité thaïlandaise).

Les États fédérés des États-Unis, du Canada et du Mexique sont libres d'adopter leur propre réglementation<sup>32</sup>. Les États de l'Alabama, de l'Arkansas, de Californie, du Connecticut, de l'Illinois, du Massachusetts, du Nevada, du Texas et bien d'autres autorisent la GPA<sup>33</sup>. En revanche, New-York, le Michigan et le district de Columbia l'interdisent<sup>34</sup>.

En conclusion, il n'y a pas de consensus sur le sort qui est réservé à la GPA, que cela soit au sein des États parties à la CEDH ou des États tiers. De nombreuses lois sont simplement muettes. La GPA commerciale est autorisée, tout de même, dans une minorité d'États.

## ii. Aperçu du droit international

Au niveau international, aucune convention ne règle la question de la maternité de substitution et aucun consensus n'a été trouvé quant à l'établissement de la filiation juridique dans ce domaine<sup>35</sup>. Néanmoins, certains instruments internationaux énoncent des règles qui sont utiles aux États lorsqu'ils sont confrontés à cette problématique<sup>36</sup>.

Tout d'abord, la CEDH prévoit à son art. 8 le droit au respect de la vie privée et familiale :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Le droit au respect de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille, même *de facto*, et le droit au respect de la vie privée englobe, notamment, l'identité d'une personne, sa filiation et la connaissance de ses origines. Cela sera analysé plus en détail ultérieurement<sup>37</sup>.

A titre d'exemple, dans l'affaire Wagner contre Luxembourg<sup>38</sup>, l'art. 8 CEDH a été déclaré applicable pour des liens familiaux *de facto* établis entre une célibataire et un enfant adopté au

---

<sup>32</sup> MÉTRAL, p. 16 ; MERCHANT, N 3.

<sup>33</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, General report, p. 443.

<sup>34</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, General report, p. 463.

<sup>35</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 9 ; LORENZINI, p. 833 ; WELLS-GRECO, p. 6 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 630.

<sup>36</sup> WELLS-GRECO, p. 7 et 264 ; MÉTRAL, p. 32.

<sup>37</sup> Cf. *infra* p. 20 et 24.

<sup>38</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg du 28 juin 2007, requête No 76240/01 [arrêt Wagner et J.M.W.L.].

Pérou, en violation de la loi nationale<sup>39</sup>. Plus loin dans cet arrêt, la CourEDH a décrété qu'une situation valablement créée dans un pays étranger doit être reconnue si elle correspond au droit de ce pays et à la vie familiale<sup>40</sup>.

Ensuite, la CDE énonce une série de dispositions destinées à protéger les enfants. L'art. 3 expose le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être une considération primordiale. Par ailleurs, l'enfant a un droit au nom, un droit d'acquérir une nationalité et le droit de connaître ses parents, dans la mesure du possible<sup>41</sup>. L'art. 8 par. 1 traite du droit de l'enfant de « [...] préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale ».

En sus, d'autres instruments<sup>42</sup> traitent de la protection des droits des femmes<sup>43</sup>, des enfants<sup>44</sup> et des familles<sup>45</sup>. Par ailleurs, les questions de traite d'êtres humains et de vente d'enfants sont exposées ci-dessous<sup>46</sup>.

Enfin, au sein de l'UE, aucun traité ne régleme la question. Cependant, dans les affaires Ilonka Sayn-Wittgenstein<sup>47</sup> et Grunkin et Paul<sup>48</sup>, il a été reconnu possible que le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un État membre soit une entrave à la liberté de circulation, sous réserve de motifs d'ordre public, interprétés restrictivement<sup>49</sup>.

Le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé a, par ailleurs, affirmé que la CLaH 93 n'était pas adaptée aux questions de maternité de substitution<sup>50</sup>.

En définitif, au niveau international, la GPA n'est pas réglementée. Un grand nombre d'instruments – bien plus qu'évoqués ici – permettent de donner des principes qui doivent guider les États dans leur réflexion, ordonnent la lutte contre certains comportements et fournissent des droits directement applicables pour les justiciables<sup>51</sup>.

### **iii. Arguments en faveur et en défaveur de la GPA**

---

<sup>39</sup> Arrêt Wagner et J.M.W.L., par. 117 ; Arrêt Mennesson, par. 26 ; WILLEMS/SOSSON, N 70.

<sup>40</sup> Arrêt Wagner et J.M.W.L., par. 133 ; THÉRY/LEROYER, p. 222 ; WELLS-GRECO, p. 360.

<sup>41</sup> Art. 7 par. 1 CDE.

<sup>42</sup> WELLS-GRECO, p. 271ss ; MÉTRAL, p. 32.

<sup>43</sup> Convention du 18 décembre 1879 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108).

<sup>44</sup> Art. 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

<sup>45</sup> Art. 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1) ; art. 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

<sup>46</sup> Cf. *infra* p. 10 et 11.

<sup>47</sup> CJUE, arrêt Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien du 22 décembre 2010, aff. C-208/09, EU:C:2010:806.

<sup>48</sup> CJUE, arrêt Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul c. Amtsgericht Flensburg (Allemagne) du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, EU:C:2008:559.

<sup>49</sup> THÉRY/LEROYER, p. 223 ; FULCHIRON, p. 579 et 580 ; SINDRES, N 50.

<sup>50</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 43 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 633 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, General report, p. 532 ; WELLS-GRECO, p. 324 et 325.

<sup>51</sup> WELLS-GRECO, p. 264.

Un premier argument en faveur de la GPA est que cette méthode permet de résoudre les problèmes irrémédiables d'infertilité des femmes<sup>52</sup>. Elle permet également aux couples de même sexe d'avoir des enfants<sup>53</sup>. Ainsi, les parents d'intention peuvent élever un enfant ayant leurs propres gènes (du moins pour l'un d'entre eux), et éviter de passer par l'adoption qui est un processus long et compliqué<sup>54</sup>.

Ensuite, la maternité de substitution permet de se faire rencontrer des intérêts respectifs<sup>55</sup>. D'un côté, des couples stériles peuvent avoir un enfant portant leurs gènes. De l'autre, une femme peut vouloir aider de tels couples, peut aimer être enceinte et en cas de GPA commerciale, en tirer un bénéfice financier<sup>56</sup>. Dans son roman, Dawn Marmorstein, gestatrice, raconte qu'elle avait toujours apprécié être enceinte<sup>57</sup> et considère qu'en étant enceinte, elle effectuait un travail<sup>58</sup>.

Il peut être rétorqué à cela que la liberté de la mère porteuse et des parents d'intention n'est pas toujours égale. En effet, la volonté d'utiliser son utérus peut être l'expression de la misère dans laquelle vit la mère de substitution<sup>59</sup>.

D'un autre côté, un certain nombre d'arguments en défaveur de la GPA, soit en faveur de son interdiction, peuvent être évoqués.

Il y a, tout d'abord, les arguments d'une certaine notion d'éthique et de morale, qui mettent en avant la dignité et le respect du corps humain<sup>60</sup>. La gestatrice encourt des risques physiques qui peuvent véritablement affecter sa santé et sa qualité de vie durant et après la grossesse, telles qu'une réduction embryonnaire ou une césarienne<sup>61</sup>. Dawn Marmorstein s'est, par exemple, sentie obligée d'accepter de subir une césarienne à laquelle elle était entièrement opposée uniquement car elle était mère porteuse<sup>62</sup>.

Il existe également des risques psychologiques, comme un traumatisme de l'abandon qui amène chagrin, dépression et refus de donner l'enfant à la naissance<sup>63</sup>. En cas d'absence de relations entre la mère porteuse et l'enfant, la GPA peut être considérée comme inhumaine et dégradante<sup>64</sup>. La gestatrice loue simplement son utérus pour un temps limité<sup>65</sup>, ce qui peut donner le sentiment d'être méprisée, d'être une simple employée<sup>66</sup>. Au contraire, une GPA éthique vient d'un lien créé entre elle, l'enfant et les parents d'intention<sup>67</sup>. La mère porteuse est alors vue comme une femme qui accepte d'aider le couple d'intention dans son projet de

---

<sup>52</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; WELLS-GRECO, p. 51.

<sup>53</sup> WELLS-GRECO, p. 51 ; GROSS/MEHL, p. 103 et 104 ; DUPUIS, N 2.

<sup>54</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009.

<sup>55</sup> LANGE, N 7.

<sup>56</sup> LANGE, N 7 ; ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; WELLS-GRECO, p. 53.

<sup>57</sup> MARMORSTEIN, p. 15.

<sup>58</sup> MARMORSTEIN, p. 135.

<sup>59</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009.

<sup>60</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; Arrêt Paradiso, 2017, opinion concordante commune aux juges de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, par. 7.

<sup>61</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; WELLS-GRECO, p. 48.

<sup>62</sup> MARMORSTEIN, p. 152.

<sup>63</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009 ; WELLS-GRECO, p. 49.

<sup>64</sup> THÉRY/LEROYER, p. 176.

<sup>65</sup> MÉTRAL, p. 58.

<sup>66</sup> ACADEMIE NATIONALE DE MEDECINE 2009.

<sup>67</sup> THÉRY/LEROYER, p. 176 ; DIJON, N 48.

parentalité et avec laquelle les relations sont plus égalitaires et respectent le principe de dignité<sup>68</sup>.

Néanmoins, la GPA n'est pas nécessairement source de souffrance et de déchirement sentimental pour la mère porteuse. L'action physique d'être enceinte peut être dissociée du sentiment psychologique de devenir mère<sup>69</sup>. L'exemple typique est le déni de grossesse qui démontre que maternité n'est pas automatiquement associée à affection<sup>70</sup>. Dawn Marmorstein a dit au sujet de l'enfant qu'elle portait : « I [...] was not at all feeling emotionally attached to the child I was carrying for the recipient »<sup>71</sup>, « I didn't feel the connection to her like I did when my own children were born. Even though biologically I was related to her, I never felt like I was her mother »<sup>72</sup>.

La problématique de la rémunération est primordiale. Les États peuvent décider d'autoriser la GPA commerciale, dans laquelle la mère de substitution reçoit une rémunération, ou permettre une GPA altruiste uniquement, dans laquelle il peut y avoir le remboursement des frais liés à la grossesse ou une compensation de salaire<sup>73</sup>. En Floride, par exemple, « [as] part of the contract, the commissioning couple may agree to pay only reasonable living, legal, medical, psychological, and psychiatric expenses of the gestational surrogate that are directly related to prenatal, intrapartal, and postpartal periods »<sup>74</sup>.

Or, la GPA, notamment commerciale, est considérée, par certains, comme une exploitation de la mère porteuse et une commercialisation de son corps<sup>75</sup>. A cela s'oppose la liberté contractuelle de la gestatrice (dont le consentement doit être libre et éclairé) et le sentiment qu'il faut récompenser la femme qui a été mise au travail pour le bénéfice d'autrui<sup>76</sup>.

La traite d'êtres humains est définie à l'art. 3 let. a et b du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000<sup>77</sup> : il désigne, notamment, le recrutement, par une forme de contrainte ou par l'abus d'une situation de vulnérabilité, ou encore par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, par exemple, « [...] l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude [...] ». Par ailleurs, le consentement de la victime est indifférent.

La GPA commerciale, renforcée par des pratiques abusives, comme des mauvaises conditions de vie pour la mère porteuse, des circonstances douteuses de son arrivée à l'étranger ou des consentements non éclairés, peuvent correspondre à la traite d'êtres humains<sup>78</sup>. Certaines

---

<sup>68</sup> MÉTRAL, p. 58.

<sup>69</sup> LANGE, N 10 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>70</sup> LANGE, N 11 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>71</sup> MARMORSTEIN, p. 53.

<sup>72</sup> MARMORSTEIN, p. 68.

<sup>73</sup> WELLS-GRECO, p. 38, 56 et 57 ; MÉTRAL, p. 49.

<sup>74</sup> Art. 4 Florida Statute 742.15 2007.

<sup>75</sup> DUPUIS, N 2 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; MÉTRAL, p. 8.

<sup>76</sup> DIJON, N 46 ; MÉTRAL, p. 8 ; MARWAY, N 6.

<sup>77</sup> RS 0.311.542.

<sup>78</sup> MÉTRAL, p. 60 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 633 ; SINDRES, N 2 ; WELLS-GRECO, p. 48 ; ERGAS, p. 429.

peuvent être contraintes de devenir mères de substitution, peuvent subir des pressions de la part de leur entourage en raison de leur compensation pécuniaire attrayante<sup>79</sup>. Ce sont souvent les femmes les plus pauvres qui sont touchées par cela<sup>80</sup>. Certes, les États pourraient prévoir la gratuité de la GPA, mais il serait possible pour les parents d'intention de contourner cela en rémunérant officieusement la mère porteuse<sup>81</sup>.

En légalisant et légiférant, les États peuvent éviter la création d'un « marché noir » et mieux protéger les droits de ces femmes. A ce titre, ils peuvent fixer des conditions relatives à la mère porteuse, dans le but de protéger son intégrité physique et psychique, comme son âge, le fait qu'elle ait déjà eu des enfants à elle ou sa situation financière. A titre d'exemple, en Floride, la mère porteuse doit avoir 18 ans au minimum<sup>82</sup>, alors que 21 ans est exigé dans l'Utah<sup>83</sup>. Par ailleurs, dans cet État, elle ne peut pas être au bénéficiaire du *Medicaid* ou toute autre assistance publique<sup>84</sup>. En Grèce, elle doit faire l'objet d'examen médicaux et entreprendre une évaluation psychologique afin de déterminer ses capacités à être gestatrice<sup>85</sup>.

Pour l'enfant, une GPA commerciale serait une déshumanisation de ce dernier, qui devient alors objet d'une transaction, ayant une valeur monétaire<sup>86</sup>. Le risque que l'enfant soit victime de violences et objet de traite est important ; de tels cas se sont d'ailleurs déjà produits<sup>87</sup>.

L'art. 2 let. a du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000<sup>88</sup> définit la « vente d'enfants » comme « [...] tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou groupe de personnes contre rémunération ou tout autre avantage [...] ». Cela correspondrait à une GPA commerciale selon certains<sup>89</sup>. Il faudrait alors qu'elle soit prohibée.

Cependant, en quoi une GPA est-elle si différente d'une adoption ? Certes, la CLaH 93 exige que le consentement à l'adoption n'ait pas été donné suite à un paiement ou une contrepartie<sup>90</sup>. Mais l'enfant est tout de même déplacé d'une entité à une autre ; il est alors objet d'un transfert, qui n'est pas gratuit<sup>91</sup>. En effet, l'adoption engendre des coûts, à la charge des adoptants, comme le paiement des frais engagés pour la constitution du dossier et des frais relatifs à la procédure locale<sup>92</sup>. Une première différence entre une GPA et une adoption réside dans le fait que, pour la première, la mère de substitution accepte de porter un enfant qu'elle ne va pas garder et

---

<sup>79</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 34 ; WELLS-GRECO, p. 44 ; ERGAS, p. 429.

<sup>80</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 34 ; DUPUIS, N 2 ; WELLS-GRECO, p. 44 ; GENICOT, N 4.

<sup>81</sup> SINDRES, N 2.

<sup>82</sup> Art. 1 Florida Statute 742.15 2007.

<sup>83</sup> Art. 6 2006 Utah Code - 78-45g-801.

<sup>84</sup> Art. 2 2006 Utah Code - 78-45g-801.

<sup>85</sup> Art. 13 par. 2 Greek Law 3305/2005 on Application of Medically Assisted Reproduction ; ROKAS, p. 146.

<sup>86</sup> MÉTRAL, p. 50 ; SINDRES, N 2 ; WELLS-GRECO, p. 43.

<sup>87</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 31.

<sup>88</sup> RS 0.107.2.

<sup>89</sup> Arrêt Paradiso, 2017, opinion concordante commune aux juges de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, par. 7 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, États-Unis d'Amérique, par. 29 ; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Inde, par. 57 ; ERGAS, p. 428.

<sup>90</sup> Art. 4 let. c ch. 3 CLaH 93.

<sup>91</sup> CADORET, N 28.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

qu'elle soit payée pour des soins qu'elle va donner à l'enfant pour d'autres parents<sup>93</sup>. Une autre différence vient du fait que les parents adoptifs ne paient pas les familles qui mettent leurs enfants à l'adoption, alors que les parents d'intention, dans le cadre d'une GPA, versent une compensation financière à la mère gestatrice. Mais dans les deux modèles, des futurs parents déboursent de l'argent pour accueillir un enfant chez eux. La GPA n'est donc peut-être pas si condamnable sachant que l'adoption est largement acceptée.

Au niveau psychologique, il existe également pour l'enfant un risque de traumatisme de l'abandon. Durant la période de gestation, un lien fort est créé entre l'enfant et la mère porteuse dont l'environnement aurait un impact sur l'enfant<sup>94</sup>. A sa naissance, celui-ci a besoin de continuité pour se sentir en sécurité, mais l'arrivée de la mère sociale marque une rupture qui pourrait avoir un impact sur son développement. « D'où l'importance de favoriser les contacts entre la gestatrice et la mère d'intention au cours de la grossesse et de restituer au maximum les repères prénataux après la naissance de l'enfant pour lui donner un sentiment de sécurité »<sup>95</sup>. Cela étant, des études, limitées dans le temps néanmoins, n'ont relevé aucun trouble particulier chez les enfants issus de GPA<sup>96</sup>. Ainsi, « [...] les risques psychiques pour les enfants ainsi nés ne semblent pas plus grands que dans les autres formes de procréation médicalement assistée, tels le don d'ovocyte ou le don d'embryon »<sup>97</sup>. Ils peuvent être même plus entourés par les parents qui cherchent à compenser l'absence de lien génétique, du moins pour la mère<sup>98</sup>. Sur le long terme, aucun résultat sur l'enfant n'a pu encore être observé<sup>99</sup>.

La construction identitaire de l'enfant, qui repose sur la clarté de sa filiation et de ses origines, peut également être en danger<sup>100</sup>. La CourEDH a d'ailleurs souligné l'importance de la filiation pour la construction identitaire, et accordé un véritable droit à la connaissance de ses origines<sup>101</sup>. Or, suite à une GPA, l'enfant se retrouve avec potentiellement trois mères (la mère sociale, la mère génétique et la mère porteuse), et peut-être même plusieurs « pères » si la mère porteuse est mariée<sup>102</sup>. Par ailleurs, si l'enfant a été conçu dans des circonstances peu éthiques, les parents raconteront moins facilement les circonstances de sa venue au monde, ce qui l'affectera d'autant plus<sup>103</sup>.

Ensuite, il se pose la question des agences et intermédiaires, qui peuvent intervenir dans la mise en contact et au niveau du traitement médical<sup>104</sup>. Certains États autorisent uniquement des agences à but non lucratif, d'autres sont permissifs et donnent le droit aux intermédiaires de réaliser des profits financiers très importants, comme en Inde<sup>105</sup>. En droit anglais, par exemple,

---

<sup>93</sup> CADORET, N 32.

<sup>94</sup> MÉTRAL, p. 13 ; ROEGIERS, p. 48 ; ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; Arrêt Paradiso, 2017, opinion concordante commune aux juges de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, par. 7.

<sup>95</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; dans le même sens, ROEGIERS, p. 52.

<sup>96</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009 ; MÉTRAL, p. 20.

<sup>99</sup> WELLS-GRECO, p. 46.

<sup>100</sup> MÉTRAL, p. 32 et 44 ; RAVEZ, p. 111 ; BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 33 ; WELLS-GRECO, p. 47.

<sup>101</sup> MÉTRAL, p. 22 ; Arrêt Labassee, par. 59 ; Arrêt CourEDH dans la cause Jäggi contre Suisse du 13 juillet 2006, requête No 58757/00, par. 25 et 43.

<sup>102</sup> MÉTRAL, p. 11 ; RAVEZ, p. 113 ; WELLS-GRECO, p. 39.

<sup>103</sup> MÉTRAL, p. 30, 60 et 61.

<sup>104</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 39.

<sup>105</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 39.

les intermédiaires ne peuvent pas recevoir de paiement de la mère porteuse, ni des parents d'intention ou de n'importe quelle personne connectée à eux<sup>106</sup>.

Avec une GPA commerciale, et surtout dans les pays en voie de développement, il existe un risque d'appât du gain chez les intermédiaires, qui instaурeraient des tarifs déloyaux<sup>107</sup>, et une recherche de coûts de moins en moins élevés par les parents d'intention<sup>108</sup>. La maternité de substitution est un véritable commerce mondial en plein essor<sup>109</sup> et là où la réglementation est permissive ou par des arrangements privés, le risque d'abus des parties en position de force est important<sup>110</sup>.

Il existe un certain nombre d'autres problématiques qui compliquent le recours à la GPA si rien n'est réglementé dans la législation nationale. Il s'agit, notamment, d'un éventuel droit de la mère porteuse de se rétracter et de finalement décider de garder l'enfant<sup>111</sup>, droit considéré comme fondamental selon certains<sup>112</sup>. Cette question peut être liée à celle d'un droit à l'exécution forcée des parents d'intention ou à des dommages-intérêts<sup>113</sup>. Il se pose également la question du sort d'un enfant naissant handicapé ou malade : qui doit prendre la responsabilité de ce bébé, dont le risque d'abandon est plus élevé<sup>114</sup> ?

En définitif, il revient aux États de faire une pesée des intérêts entre tous ces différents arguments. Un État ayant décidé que les arguments en défaveur de la GPA l'emportent aura une législation prohibitive, et inversement. Les questions juridiques évoquées devraient être abordées par les législations nationales. Les contrats de mère porteuse peuvent régler un certain nombre d'entre eux, mais devraient être encadrés par des normes impératives, dans le but d'éviter les abus et l'atteinte aux droits fondamentaux des intéressés.

#### **iv. La problématique du tourisme procréatif**

La problématique de la maternité de substitution s'étend principalement sur le plan international. Au niveau interne, un État peut, certes, sanctionner et interdire la GPA, mais au niveau international, il se doit de prendre en compte les situations créées dans un État étranger et de respecter les instruments internationaux<sup>115</sup>.

Le tourisme procréatif peut être dû à d'autres raisons que simplement l'interdiction de la GPA dans son État de résidence<sup>116</sup>. Il peut s'agir du manque d'équipement, de connaissances insuffisantes dans le domaine, de prix plus attractifs, de conditions quant aux individus restreignantes<sup>117</sup>...

---

<sup>106</sup> Art. 2 par. 5 Surrogacy Arrangement Act 1985.

<sup>107</sup> MARWAY, N 6 ; BRUNET, N 1 ; MÉTRAL, p. 59 ; WELLS-GRECO, p. 45.

<sup>108</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 12 ; WELLS-GRECO, p. 45.

<sup>109</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 11 ; FULCHIRON, p. 564 ; WELLS-GRECO, p. 55 ; BRUNET, N 1.

<sup>110</sup> WELLS-GRECO, p. 248.

<sup>111</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 33.

<sup>112</sup> RAVEZ, p. 114.

<sup>113</sup> GENICOT, N 16 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 629.

<sup>114</sup> ROEGIERS, p. 49 ; MÉTRAL, p. 70.

<sup>115</sup> WILLEMS/SOSSON, N 1 ; FULCHIRON, p. 565.

<sup>116</sup> WELLS-GRECO, p. 54.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

Pour ce qui est du tourisme procréatif en raison de la prohibition dans l'État d'origine, celui-ci engendre encore d'autres difficultés que celles évoquées ci-dessus.

Si les condamnations pénales des parents d'intention cherchent à dissuader ces derniers de recourir à la GPA, de telles condamnations ne sont, en principe, pas efficaces face à des couples qui se rendent à l'étranger. En effet, ils ne sont pas punissables en vertu du principe de la territorialité<sup>118</sup>. Il faudrait une législation dont les effets sont extraterritoriaux, comme cela est expressément prévu par certains États, comme l'Australie<sup>119</sup>.

En outre, la question la plus problématique est celle de la situation de l'enfant. Ce dernier peut, potentiellement, se retrouver dans un vide juridique, entre deux États qui pourraient ne pas vouloir le reconnaître<sup>120</sup>. Selon le pays d'origine des parents d'intention, la mère porteuse est la mère juridique et ce n'est alors pas autorisé de fournir un passeport à l'enfant et reconnaître les actes d'état civil. Pour le pays de naissance, les parents d'intention sont les parents juridiques, et donc l'enfant ne peut pas acquérir la nationalité de ce pays-ci. Par conséquent, l'enfant n'est ressortissant d'aucun pays, sa filiation est incertaine et il n'a aucun passeport, donc il ne peut pas quitter le territoire<sup>121</sup>. Tout cela est contraire à la protection de l'enfant et au respect de ses droits fondamentaux<sup>122</sup>.

En Inde, le cas du nourrisson Manji a été dramatique<sup>123</sup>. L'enfant s'est retrouvé sans nationalité et sans parents en raison du système d'établissement de la filiation indien, État de la mère porteuse, et du désengagement des parents d'intention japonais<sup>124</sup>. L'Inde a finalement délivré un passeport au seul nom du père d'intention et c'est la grand-mère qui a accueilli l'enfant au Japon après que cet État ait octroyé à l'enfant un visa pour motifs humanitaires<sup>125</sup>.

Même dans les cas moins extrêmes, l'enfant et les parents d'intention sont confrontés à des difficultés dans leur vie courante et administrative. Ces problèmes seront évoqués ci-dessous lors de l'analyse du raisonnement de la CourEDH<sup>126</sup>, mais nous pouvons notamment mentionner l'établissement de la nationalité de l'enfant, le statut de ce dernier dans l'État des parents d'intention, la responsabilité parentale et ses effets<sup>127</sup>.

Ces problèmes peuvent constituer des violations des droits de l'enfant mentionnés ci-dessus<sup>128</sup>, notamment de son droit d'acquérir une nationalité, de son droit à une identité et de son droit au respect de sa vie familiale<sup>129</sup>. A ce titre, nous pourrions nous demander s'il est juste de faire peser sur les épaules des enfants les conséquences des actions des parents<sup>130</sup>.

---

<sup>118</sup> Cf. *infra* p. 16 ; WELLS-GRECO, p. 75.

<sup>119</sup> WELLS-GRECO, p. 258.

<sup>120</sup> MÉTRAL, p. 42 et 54 ; BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 13 ; WELLS-GRECO, p. 7.

<sup>121</sup> MÉTRAL, p. 54 ; BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 13.

<sup>122</sup> MÉTRAL, p. 55 ; cf. *supra* p. 7 et 8.

<sup>123</sup> MÉTRAL, p. 43 ; DUPUIS, N 2 ; SMERDON, p. 197 et 198.

<sup>124</sup> MÉTRAL, p. 43.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> Cf. *infra* p. 22ss.

<sup>127</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 3 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 630 ; FULCHIRON, p. 573.

<sup>128</sup> Cf. *supra* p. 7 et 8.

<sup>129</sup> MÉTRAL, p. 42 ; BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 14.

<sup>130</sup> SINDRES, N 2.

Par ailleurs, les États prohibant la GPA sont face à une situation délicate : s'ils reconnaissent les liens établis valablement à l'étranger, cela met à néant le choix, réfléchi, du législateur d'interdire la maternité de substitution et cela indique qu'il cautionne le contournement de sa propre loi<sup>131</sup>. Refuser la transcription des actes d'état civil, sans priver l'enfant de filiation et de la possibilité de vivre avec ses parents, revient à prendre une sanction en y retirant tout effet<sup>132</sup>. Les États réfractaires à la GPA peuvent également avoir l'impression d'inciter au tourisme procréatif en contribuant à l'aggravation de l'exploitation des femmes les plus démunies<sup>133</sup>. Le juge Dedov a d'ailleurs affirmé qu'« [...] il est extrêmement hypocrite d'interdire la maternité de substitution dans son propre pays pour protéger les femmes qui y vivent, mais de permettre le recours à ce type d'opérations à l'étranger »<sup>134</sup>.

En conclusion, malgré une interdiction totale, un État ne peut pas fermer les yeux sur la maternité de substitution et se doit de trouver des solutions, principalement pour sauvegarder les droits des enfants issus de cette pratique.

### III. AFFAIRES MENNESSON, LABASSE ET PARADISO : EN FAIT

#### i. Mennesson

Mme Sylvie Mennesson, M. Dominique Mennesson, deux époux ressortissants français, ainsi que Mlle Valentina Mennesson et Mlle Fiorella Mennesson ont saisi la CourEDH le 6 octobre 2011 en présentant une requête dirigée contre la République française. Les juges ont rendu leur décision le 26 juin 2014.

En raison de l'infertilité de Mme Mennesson, les époux ont décidé de recourir à la GPA en implantant dans l'utérus d'une mère porteuse un embryon issu des gamètes de M. Mennesson et d'un don d'ovule. Ils ont conclu une convention de GPA en Californie qui prévoyait, notamment, que la mère porteuse ne serait pas rémunérée, mais seulement défrayée.

En juillet 2000, la Cour suprême de Californie a rendu un jugement reconnaissant les époux Mennesson comme étant les parents de tout enfant qui serait mis au monde par la mère porteuse. Cela figurerait sur l'acte de naissance. Les jumelles Valentina et Fiorella sont nées le 25 octobre 2000.

M. Mennesson a demandé alors au Consulat français de Los Angeles de transcrire les actes de naissance sur le registre de l'état civil français et d'inscrire les enfants sur son passeport afin de rentrer en France avec elles. Les autorités ont tout d'abord refusé dû à l'impossibilité d'établir l'accouchement de Mme Mennesson. Puis, sur les instructions du parquet, les actes de naissance ont été retranscrits sur les registres d'état civil français. Cependant, le procureur compétent a, ensuite, ordonné l'annulation de la transcription car la convention de GPA était nulle en raison de sa violation à l'ordre public. Ainsi, le jugement et les actes d'état civil américains ne pouvaient pas être reconnus en France.

---

<sup>131</sup> THÉRY/LEROYER, p. 221 ; SINDRES, N 2 ; LORENZINI, p. 839.

<sup>132</sup> BRUNET, N 4.

<sup>133</sup> BRUNET, N 6.

<sup>134</sup> Arrêt Paradiso, 2017, Opinion concordante du juge Dedov.

Il s'en est suivi une série d'actions. Les premières concernaient la remise en question de la qualité du procureur pour invoquer l'ordre public qu'il aurait lui-même troublé en ordonnant la transcription.

Une fois ce litige-ci écarté<sup>135</sup>, la cour d'appel de Paris<sup>136</sup> a annulé la transcription des actes de naissance en raison de la nullité de la convention de GPA, nullité qui est d'ordre public. L'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, ne pouvait permettre de valider *a posteriori* un processus illicite ; les enfants n'étaient pas privés de filiation maternelle et paternelle reconnues par le droit américain, ni empêchés de vivre avec les époux. Ce jugement a été confirmé par la Cour de cassation<sup>137</sup>.

En parallèle, une enquête préliminaire pour simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfants<sup>138</sup> a été ouverte contre les époux. Cette procédure a ensuite été clôturée en vertu du principe de territorialité car les actes avaient été commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles.

Le droit français pertinent est le suivant :

Art. 18 Code civil français : « Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

Art. 16-7 et 16-9 Code civil français : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. [...] Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

Art. 47 Code civil français : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Par ailleurs, selon la jurisprudence française, une convention de mère porteuse est nulle car elle contrevient au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>139</sup>. Ce premier principe stipule qu'une personne ne dispose pas de ses données corporelles comme de choses qui lui seraient extérieures<sup>140</sup>. Le deuxième signifie que les éléments composant l'état de la personne sont placés hors du commerce et ne peuvent être objets d'accords privés<sup>141</sup>.

De ce fait, il n'est pas possible d'établir un lien de filiation entre la mère qui accueille l'enfant et celui-ci, que ce soit sur la base de la transcription sur les registres d'état civil des mentions

---

<sup>135</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Première chambre civile, 17 décembre 2008, 07-20.468.

<sup>136</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris, Pôle 1 – chambre 1, 18 mars 2010, 09/11.017.

<sup>137</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Première chambre civile, 6 avril 2011, 10-19.053.

<sup>138</sup> Art. 227-13 du Code pénal français.

<sup>139</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Assemblée plénière, 31 mai 1991, 90-20105 ; Arrêt Mennesson, par. 33 ; Arrêt Labasse, par. 24.

<sup>140</sup> DIJON, N 40 ; PERREAU-SAUSSINE/SAUVAGE, p. 120.

<sup>141</sup> LORENZINI, p. 834 ; PERREAU-SAUSSINE/SAUVAGE, p. 120.

figurant sur les actes de naissance étrangers<sup>142</sup> ou par possession d'état<sup>143</sup>. Cette institution « [...] s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir, sans aucun lien avec un contrat [...] »<sup>144</sup>. Il n'est pas non plus possible pour elle d'adopter l'enfant<sup>145</sup>.

Quant à la paternité du père, qui est, en principe, le donneur, si la filiation n'est pas reconnue, c'est en raison de la fraude commise par celui-ci<sup>146</sup>. En revanche, les autorités ont l'obligation de délivrer des documents de voyage permettant aux enfants d'entrer sur le territoire français, afin de garantir leur intérêt supérieur.

## ii. Labassee

M. Francis Labassee et Mme Monique Labassee, deux ressortissants français mariés, ainsi que Mlle Juliette Labassee, ont déposé une requête à la CourEDH dirigée contre la République française, le 6 octobre 2011. L'instruction de cette requête a été opérée simultanément à celle de la famille Mennesson. Le jugement a donc également été rendu le 26 juin 2014.

Mme Labassee étant infertile, les époux ont décidé de recourir à la GPA. Pour ce faire, ils ont conclu un contrat aux États-Unis avec l'*International Fertility Center for Surrogacy* et une mère porteuse, afin que cette dernière porte un embryon provenant d'un ovule d'une donneuse anonyme et des gamètes de M. Labassee.

L'enfant, Juliette Labassee, est née dans le Minnesota le 27 octobre 2001. Quelques jours plus tard, deux jugements de l'État du Minnesota ont constaté que la mère porteuse renonçait à ses droits parentaux et que M. Labassee était le père biologique de l'enfant, qu'il avait sa garde légale et que, notamment, il était autorisé à retourner en France avec elle.

L'acte de naissance américain de Juliette Labassee indique qu'elle est la fille de M. et Mme Labassee. Cependant, le Parquet du tribunal de grande instance de Nantes a refusé de le retranscrire sur les registres d'état civil français car cela contrevenait à l'ordre public français. Un acte de notoriété (attestant de la qualité d'héritier<sup>147</sup>) a tout de même été délivré en faveur de Juliette Labassee, mais le Parquet a refusé de porter la mention marginale de cet acte à l'état civil et a demandé l'annulation dudit acte.

Les requérants ont été déboutés devant la première instance de la Cour de cassation en raison de la nullité et du caractère frauduleux de la convention de mère porteuse<sup>148</sup>. De ce fait, l'acte de notoriété et la possession d'état sur lesquels se fondaient les requérants étant viciés, les époux ne pouvaient pas se baser dessus pour établir un lien de filiation. Il a, par ailleurs, été soulevé que cette décision ne portait pas atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant car ce dernier ne se voyait pas privé d'une filiation maternelle et paternelle et n'était pas empêché de vivre avec les époux.

---

<sup>142</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre civile 1, 13 septembre 2013, 12-18.315 ; THÉRY/LEROYER, p. 219 ; Arrêt Mennesson, par. 33 et 34 ; Arrêt Labassee, par. 24 et 25.

<sup>143</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre civile 1, 6 avril 2011, 09-17.130 ; THÉRY/LEROYER, p. 219 ; Arrêt Mennesson, par. 33 ; Arrêt Labassee, par. 24.

<sup>144</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre civile 1, 6 avril 2011, 09-17.130.

<sup>145</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre civile 1, 29 juin 1994, 92-13.563 ; Arrêt Mennesson, par. 33 ; Arrêt Labassee, par. 24 ; THÉRY/LEROYER, p. 219.

<sup>146</sup> Arrêt Mennesson, par. 37 ; Arrêt Labassee, par. 28 ; THÉRY/LEROYER, p. 220.

<sup>147</sup> Art. 730-1 Code civil français.

<sup>148</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Chambre civile 1, 6 avril 2011, 09-17.130.

### iii. Paradiso

Les époux, Donatina Paradiso et Giovanni Campanelli, deux ressortissants italiens, ont saisi la CourEDH le 27 avril 2012 en déposant une requête dirigée contre la République italienne pour violation de l'art. 8 CEDH. Ils ont également introduit la requête au nom de Teodoro Campanelli, un enfant qui, d'après un certificat de naissance délivré par les autorités russes, serait leur fils. La CourEDH a rendu sa décision le 27 janvier 2015. Suite à cette première décision de la CourEDH, le Gouvernement a sollicité, le 27 avril 2015, le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Cette dernière a statué le 24 janvier 2017.

Les circonstances à l'origine de l'affaire sont les suivantes. N'ayant pas réussi à avoir un enfant, les époux ont recouru en vain à des tentatives de FIV. Ils ont, ensuite, déposé une demande d'adoption. Malgré l'agrément délivré par les autorités italiennes pour adopter un enfant étranger, le couple a décidé de recourir à la GPA et a contracté une convention de GPA avec une clinique basée à Moscou. La convention prévoyait le paiement d'une importante somme d'argent (EUR 49'000.-). Mme Paradiso a affirmé avoir transporté le matériel génétique de son mari en Russie pour procéder à l'insémination.

Suite à la conclusion de ce contrat, deux embryons ont été implantés dans l'utérus d'une mère porteuse. Ni la mère porteuse, ni la mère d'intention n'avaient de lien génétique avec ces derniers. Un bébé est ensuite né le 27 février 2011 et la mère porteuse a donné « [...] son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme fils des requérants »<sup>149</sup>. Suite à cela, les époux ont été enregistrés en Russie comme parents de l'enfant, et le certificat de naissance a été apostillé conformément aux dispositions de la CLaH 61. L'apostille « [...] atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu »<sup>150</sup>.

Le Consulat d'Italie a délivré les documents permettant à l'enfant de partir en Italie avec Mme Paradiso, et ces derniers sont arrivés dans ce pays le 30 avril 2011. Il semblerait que Madame ait fait circuler la rumeur de sa grossesse et qu'elle ait laissé sous-entendre qu'elle était la mère naturelle au Consulat.

Suite à une demande d'enregistrement du certificat de naissance, les époux ont été mis en examen pour « altération d'état civil »<sup>151</sup>, pour faux<sup>152</sup>, ainsi que pour violation de la loi sur l'adoption car « [...] ils avaient amené l'enfant sans respecter la loi et avaient contourné les limites posées dans l'agrément à l'adoption obtenu le 7 décembre 2006, qui excluait qu'ils puissent adopter un enfant en si bas âge »<sup>153</sup>.

Par ailleurs, pouvant être considéré comme étant dans un état d'abandon, une procédure d'adoptabilité de l'enfant a été ouverte et celui-ci s'est vu nommer un curateur. Les époux ont fait une demande d'adoption de l'enfant, qui sera ensuite refusée.

---

<sup>149</sup> Arrêt Paradiso, 2015, par. 7.

<sup>150</sup> Art. 5 par. 2 CLaH 61.

<sup>151</sup> Art. 567 du Code pénal italien.

<sup>152</sup> Art. 489 et 479 Code pénal italien.

<sup>153</sup> Arrêt Paradiso, 2015, par. 12.

Une expertise sur le bien-être de l'enfant, conduite par un psychologue mandaté par les époux, décrivait que les époux avaient développé une relation affective intense avec l'enfant, qui était sain, vif et réactif.

Des tests ADN ont été ordonnés et il s'est avéré que l'enfant n'avait aucun lien génétique avec M. Campanelli. Les époux ont allégué qu'ils ne comprenaient pas pourquoi le liquide séminal de Monsieur n'avait pas été utilisé.

Suite à cela, l'enregistrement du certificat de naissance a été refusé et le tribunal pour mineurs a décidé d'éloigner l'enfant des époux, de le placer dans une maison d'accueil et d'interdire tout contact entre lui et les époux.

Ceux-ci ont fait recours, en vain, contre ces mesures. Les arguments du Gouvernement au sujet de l'acte de naissance étaient notamment les suivants : les époux n'étant pas les parents biologiques, il n'y avait pas eu de GPA. Ainsi, l'acte de naissance russe était faux étant donné que la loi russe présuppose un lien biologique avec au moins l'un des parents. Il était alors contraire à l'ordre public de transcrire un certificat faux.

Quant aux mesures relatives à l'enfant, le tribunal a décrété que les époux avaient eu une conduite illégale dans le but d'obtenir la transcription de la naissance et de contourner les lois italiennes. Il fallait donc mettre fin à cette situation illégale. Par ailleurs, l'enfant vivait depuis trop longtemps en famille d'accueil et il fallait lui éviter une nouvelle séparation douloureuse. Enfin, les juges italiens ont affirmé la chose suivante : « le fait que M. Campanelli et Mme Paradiso (en particulier Mme Paradiso) ont affronté les souffrances et les difficultés des techniques de la [procréation médicalement assistée] (Mme Paradiso a même affirmé qu'elle s'était trouvée en danger de mort lors de l'une de ces interventions) et ont préféré contourner la législation italienne en la matière, alors même qu'ils étaient en possession d'un agrément à l'adoption internationale, fait penser et craindre que le mineur soit un instrument pour réaliser un désir narcissique du couple ou exorciser un problème individuel ou de couple. Tout cela, au vu de la conduite de M. Campanelli et de Mme Paradiso en l'espèce, jette une ombre importante sur l'existence de réelles capacités affectives et éducatives et d'un instinct de solidarité humaine, qui doivent être présents chez ceux qui désirent intégrer les enfants d'autres personnes dans leur vie comme s'il s'agissait de leurs propres enfants »<sup>154</sup>.

Il était alors dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'éloigner celui-ci de Mme Paradiso et M. Campanelli. L'enfant est ensuite resté avec les familles d'accueil et n'a jamais revécu avec le couple Paradiso.

A titre informatif, l'enfant a reçu une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance.

Le droit italien pertinent est le suivant :

Art. 33 de la Loi italienne sur le droit international privé : « La filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance ».

Art. 18 de la Loi italienne de simplification de l'état civil : « Les actes formés à l'étranger ne peuvent être transcrits s'ils sont contraires à l'ordre public »<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Arrêt Paradiso, 2017, par. 37.

<sup>155</sup> Arrêt Paradiso, 2017, par. 59.

L'art. 4 de la Loi italienne sur la procréation médicalement assistée interdit de recourir à la procréation hétérologue et prévoit des sanctions pécuniaires.

Art. 2 de la Loi italienne sur l'adoption : « Le mineur qui est resté temporairement sans un environnement familial adéquat peut être confié à une autre famille [...] afin de lui assurer la subsistance, l'éducation et l'instruction ».

Art. 8 de la Loi italienne sur l'adoption : « Peuvent être déclarés en état d'adoptabilité par le tribunal pour enfants, même d'office, [...] les mineurs en situation d'abandon car dépourvus de toute assistance morale ou matérielle de la part des parents ou de la famille tenus d'y pourvoir, sauf si le manque d'assistance est dû à une cause de force majeure de caractère transitoire ».

#### IV. AFFAIRES MENNESSON, LABASSEE ET PARADISO : EN DROIT ET CONCLUSIONS

##### i. Mennesson et Labassee

###### a. L'applicabilité de l'art. 8 CEDH

Le droit au respect de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille. A ce sujet, des liens familiaux *de facto* suffisent, indépendamment de la reconnaissance du lien de filiation en droit interne. L'important est la réalité concrète de la relation entre les individus. Par exemple, dans l'arrêt X, Y, Z c. Royaume-Uni, de tels liens familiaux étaient donnés entre un enfant né par insémination artificielle et le donneur qui se trouvait être le compagnon transsexuel de sa mère et qui s'était comporté comme un père depuis la naissance de l'enfant<sup>156</sup>.

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il existe une vie familiale, qui ne se distingue en rien de celle comprise dans son acceptation habituelle, entre les époux Mennesson et Labassee et leurs enfants respectives, depuis la naissance de ces dernières. Ainsi, l'art. 8 CEDH est applicable.

Quant à la vie privée, ce droit comprend des éléments de l'identité physique et sociale. Il implique que « [...] chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation [...] ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation [...] »<sup>157</sup>.

Ici, il est question de la détermination juridique du lien de filiation entre des enfants nés d'une GPA. Ce volet de l'art. 8 trouve donc également application.

###### b. L'existence d'une ingérence

Le Gouvernement français et les parties se sont mises d'accord sur le fait que le refus de reconnaître juridiquement le lien familial entre les époux et leurs enfants constituait une ingérence dans leur droit au respect de la vie familiale et de la vie privée, au sens de l'art. 8 CEDH, sous l'angle des obligations négatives de l'État défendeur.

<sup>156</sup> Arrêt CourEDH dans la cause X, Y et Z contre Royaume-Uni du 22 avril 1997, requête No 21830/93, par. 37.

<sup>157</sup> Arrêt Labassee, par. 75 ; Arrêt Mennesson, par. 96 ; Arrêt CourEDH dans la cause Mikulic contre Croatie du 7 février 2002, requête No 53176/99, par. 54.

Cette solution avait d'ailleurs également été retenue dans l'affaire Wagner susmentionnée<sup>158</sup>.

c. La justification de l'ingérence

(1) « Prévues par la loi »

Dans l'affaire Labassee, toutes les parties étaient en accord sur le fait que l'ingérence était prévue par la loi.

En revanche, dans l'affaire Mennesson, les époux contestaient l'existence d'une base légale suffisante. « Selon eux, au vu du droit positif à l'époque des faits, ils pouvaient légitimement croire que l'exception d'ordre public ne leur serait pas opposée et que la transcription des actes de naissance légalement établis en Californie se ferait sans difficulté »<sup>159</sup>.

L'exigence d'une ingérence « prévue par la loi » impose une base légale accessible et prévisible en droit interne.

En l'occurrence, contrairement à ce qu'affirment les époux, il n'y a aucune preuve que la France avait, antérieurement, eu une pratique plus libérale quant à la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants nés d'une GPA et les parents d'intention.

Par ailleurs, les art. 16-7 et 16-9 Code civil français exposent expressément le principe de la nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse. Les époux pouvaient se douter, sur la base de cela et de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il y avait un risque que le lien de filiation ne soit pas reconnu en France.

Le Cour a donc conclu à l'existence d'une base légale suffisante.

(2) « Buts légitimes »

Tout d'abord, le Gouvernement français soutient que les buts légitimes sauvegardés par l'ingérence étaient « la défense de l'ordre » et « la prévention des infractions pénales ». Or, le recours à la GPA dans un pays où elle est légale n'est pas constitutif d'une infraction pénale en droit français<sup>160</sup>. Ainsi, la Cour n'a pas suivi ce raisonnement.

Ensuite, la France invoque comme autres buts légitimes « la protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ». En effet, le refus de reconnaître un tel lien de filiation résulte « [...] de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et [...] la mère porteuse »<sup>161</sup>. Ces buts légitimes ont été acceptés par la Cour.

---

<sup>158</sup> Cf. *supra* p. 7 et 8.

<sup>159</sup> Arrêt Mennesson, par. 51.

<sup>160</sup> Cf. *supra* p. 16.

<sup>161</sup> Arrêt Labassee, par. 54 ; Arrêt Mennesson, par. 62.

### (3) « Nécessaire », « dans une société démocratique »

En premier lieu, en ce qui concerne la marge d'appréciation de l'État, celle-ci est large en l'absence d'un consensus entre les États membres ou si l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates. En revanche, elle est restreinte si un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu est mis en jeu.

Dans le cas d'espèce, il n'y a pas de consensus entre les États membres que cela soit sur la légalité de la GPA ou de la reconnaissance du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant issu d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger. En effet, comme exposé précédemment<sup>162</sup>, la GPA est expressément interdite dans quatorze États sur trente-cinq (autres que la France). Elle est interdite en vertu de dispositions générales, non tolérée ou sa légalité est incertaine dans dix autres États. Enfin, elle est expressément autorisée dans sept États et semble tolérée dans quatre.

Quant à la reconnaissance ou l'établissement de la filiation, cela est possible dans treize des trente-cinq États et semble possible dans onze. En revanche, elle est exclue dans les onze États restants.

Cela met en avant le fait que la problématique suscite des questions d'ordre éthique délicates. Néanmoins, en touchant à leur filiation, un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu. La marge d'appréciation relativement large des États doit ainsi être atténuée en conséquence. Par ailleurs, la situation d'enfants est concernée, donc le principe essentiel de l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer.

La France justifie son ingérence par le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, entraînant une nullité du contrat de mère porteuse, nullité d'ordre public. Ainsi, elle recourt à l'exception d'ordre public international pour refuser la reconnaissance. Cette justification est un choix éthique du législateur français. La Cour ne revoit pas l'exception d'ordre public mais analyse uniquement si le Gouvernement a ménagé un juste équilibre entre les différents droits mis en cause.

Dans un second temps, la Cour a séparé l'ingérence faite au droit de M. et Mme Mennesson et Labassee et celle subie par les jumelles Mennesson et Juliette Labassee.

#### - M. et Mme Mennesson et Labassee : droit au respect de la vie familiale

Les époux sont affectés dans leur vie familiale. En effet, la Cour d'appel de Paris a reconnu dans son jugement portant sur la famille Mennesson que cette dernière doit faire face à des « difficultés concrètes »<sup>163</sup>.

Tout d'abord, il est impossible pour les enfants issus d'une GPA effectuée à l'étranger d'obtenir un acte d'état civil français ; ils n'ont donc qu'un acte étranger<sup>164</sup>. Certes, dans la vie courante, les actes étrangers peuvent être utilisés par les parents, mais les formalités sont néanmoins plus

---

<sup>162</sup> Cf. *supra* p. 5 et 6.

<sup>163</sup> Arrêt Mennesson, par. 24.

<sup>164</sup> Arrêt Mennesson, par. 88 ; Arrêt Labassee, par. 67.

compliquées ; l'acte peut être rejeté ou contesté<sup>165</sup>. Les personnes auxquelles les parents s'adressent peuvent montrer de l'incompréhension, voire de la suspicion<sup>166</sup>.

Par ailleurs, les enfants ne peuvent pas acquérir la nationalité française puisqu'ils n'ont pas de lien de filiation avec un des parents<sup>167</sup>. Cela complique les déplacements et est source d'inquiétudes quant au droit de séjour des enfants<sup>168</sup>. Durant leur minorité, ils ne risquent pas d'être déplacés et séparés de leurs parents, mais la situation se complique à leur majorité. Le Gouvernement français soutient que les enfants peuvent obtenir un certificat de nationalité française en produisant les actes américains, mais cela ne semble pas assuré au regard du droit français<sup>169</sup>.

De plus, les parents ne sont fondamentalement pas détenteurs de l'autorité parentale<sup>170</sup>. Des difficultés peuvent survenir en cas de séparation ou de décès<sup>171</sup>. Les enfants, n'étant pas héritiers légaux, il faut qu'ils soient institués héritiers par leur mère d'intention. Dès lors, ils acquièrent l'héritage comme des tiers, avec donc des conséquences fiscales désavantageuses<sup>172</sup>.

Cela étant, la Cour doit analyser la situation au regard des obstacles concrets qu'ont subis les époux. Or, les inquiétudes et difficultés évoquées sont surmontables et rien n'indique qu'ils n'aient pas pu bénéficier de leur droit au respect de la vie familiale en France. Les époux vivent avec leurs filles depuis la naissance de ces dernières et rien ne laisse à penser qu'ils pourraient en être séparés par les autorités.

En outre, les tribunaux français ont procédé à un examen du cas concret en rendant leurs décisions. En effets, ils ont précisé que les familles n'étaient pas empêchées de vivre ensemble. « [...] [Par] cette formule, ils ont estimé implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention »<sup>173</sup>.

Ainsi, en considération de la marge d'appréciation et de l'absence de conséquences concrètes du refus de reconnaissance, le Gouvernement a su ménager un juste équilibre entre les intérêts des époux et de l'État. Il n'y a donc pas de violation de l'art. 8 à leur égard.

- [Valentina Mennesson, Fiorella Mennesson et Juliette Labassee : droit au respect de la vie privée](#)

Pour les jumelles Mennesson et Juliette Labassee, l'analyse est faite sur la base de leur respect au droit à la vie privée, tel que défini ci-dessus<sup>174</sup>.

En l'espèce, les jeunes filles sont dans une situation d'incertitude juridique. Le refus de faire déployer des effets au jugement américain et de retranscrire l'état civil indique que le lien de

---

<sup>165</sup> Arrêt Mennesson, par. 37 et 38 ; Arrêt Labassee, par. 28 et 29.

<sup>166</sup> Arrêt Mennesson, par. 88 ; Arrêt Labassee, par. 67.

<sup>167</sup> Arrêt Mennesson, par. 38 et 89 ; Arrêt Labassee, par. 29 et 68.

<sup>168</sup> Arrêt Mennesson, par. 89 ; Arrêt Labassee, par. 68.

<sup>169</sup> Arrêt Mennesson, par. 38, 89 et 90 ; Arrêt Labassee, par. 29, 68 et 69.

<sup>170</sup> Arrêt Mennesson, par. 38 ; Arrêt Labassee, par. 29.

<sup>171</sup> Arrêt Mennesson, par. 91 ; Arrêt Labassee, par. 70.

<sup>172</sup> Arrêt Mennesson, par. 37 ; Arrêt Labassee, par. 28.

<sup>173</sup> Arrêt Mennesson, par. 93 ; Arrêt Labassee, par. 72.

<sup>174</sup> Cf. *supra* p. 20.

filiation entre elles et leurs parents n'est pas reconnu par la France, bien qu'elles aient été identifiées comme étant leur enfant dans un ordre juridique.

La nationalité est également un aspect de la vie privée, de l'identité des personnes. Or, Valentina et Fiorella Mennesson et Juliette Labassee sont dans l'incertitude quant à la possibilité de se voir accorder la nationalité française sur la base de la nationalité française de leur père.

Les conséquences sur leurs droits dans la succession sont également importantes. Comme vu précédemment<sup>175</sup>, elles ne peuvent hériter de leur mère d'intention que si elles sont instituées légataires, et les droits successoraux seront calculés comme si elles étaient des tiers, soit moins favorablement.

Ainsi, la volonté de la France de décourager ses ressortissants à recourir à une méthode de GPA à l'étranger a des conséquences sur les enfants eux-mêmes et leur droit au respect de la vie privée. L'intérêt supérieur de l'enfant est donc mis en danger.

Tout cela est renforcé par le fait que l'un des parents d'intention est également un parent génétique de l'enfant. « [...] [On] ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine connaissance »<sup>176</sup>.

En conclusion, le Gouvernement français a dépassé la marge d'appréciation qu'il disposait et a violé le respect de la vie privée de Valentina et Fiorella Mennesson et Juliette Labassee. Ces dernières ont eu le droit à EUR 5'000.- chacune au titre de préjudice moral.

## **ii. Paradiso**

Sur les violations alléguées au nom de l'enfant

Dans leur première requête à la Cour, les époux se sont plaints au nom de l'enfant de l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de la filiation établie en Russie et des mesures prises par l'Italie pour l'éloigner et le faire adopter.

La Cour refuse d'avoir une approche trop restrictive quant à la question de la représentation de l'enfant. Elle prend en compte les liens entre l'enfant et ses « représentants », l'objet et le but de la demande, et l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts.

Ici, les époux n'ont aucun lien biologique avec l'enfant, celui-ci a été représenté par un tuteur devant les instances nationales et une nouvelle identité et un nouveau certificat de naissance lui ont été donnés. Par ailleurs, la procédure d'adoption des époux a été refusée, l'enfant vivait dans une famille d'accueil et aucune procuration n'avait été donnée.

Par conséquent, M. Campanelli et Mme Paradiso ne peuvent pas représenter l'enfant et n'ont donc pas la qualité pour agir devant la Cour en son nom.

Sur la violation alléguée par les époux en leur nom

---

<sup>175</sup> Cf. *supra* p. 22 et 23.

<sup>176</sup> Arrêt Mennesson, par. 100 ; Arrêt Labassee, par. 79.

#### a. L'applicabilité de l'art. 8 CEDH

Conformément à la jurisprudence de la CourEDH<sup>177</sup>, la vie familiale s'analyse au regard des liens personnels étroits existants dans les faits. Cependant, l'art. 8 CEDH ne garantit pas un droit de fonder une famille ni d'adopter ; il présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas simplement le désir d'en fonder une.

Dans l'affaire Wagner, dans laquelle la protection de l'art. 8 CEDH a été accordée, les liens familiaux existaient depuis plus de 10 ans<sup>178</sup>. Dans d'autres affaires, une vie familiale de fait avait également été retenue même si la durée des liens était plus courte. Par exemple, dans l'arrêt Moretti et Benedetti c. Italie, les requérants, profondément attachés à l'enfant, avaient vécu pendant 19 mois avec lui, arrivé à l'âge d'un mois, et celui-ci s'était bien intégré<sup>179</sup>. Dans l'arrêt Kopf et Liberda c. Autriche, une famille d'accueil s'était occupée d'un enfant de deux ans pendant 46 mois<sup>180</sup>.

Dans le cas d'espèce, il n'y a pas de lien de filiation juridique en droit italien en raison du refus de transcription de l'acte de naissance russe. Ainsi, ce sont les relations *de facto* qui doivent être prises en compte. Mme Paradiso est restée avec le nouveau-né trois mois en Russie, puis les époux et l'enfant ont été réunis six mois en Italie. Durant cette période, les époux se sont comportés comme des parents à l'égard de l'enfant, et donc, malgré une durée relativement courte, une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH a été retenue dans le premier jugement de la Cour.

Cette analyse a été critiquée dans une opinion dissidente commune des juges Raimondi et Spano qui considéraient que l'art. 8 CEDH ne peut pas être interprété « [...] comme consacrant une « vie familiale » entre un enfant et des personnes dépourvues de tout lien biologique avec celui-ci dès lors que les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public »<sup>181</sup>.

Dans le second arrêt, la Grande Chambre reconnaît que les époux avaient conçu un projet parental, qu'ils assumaient leur rôle de parents, avaient tissé des liens affectifs forts avec l'enfant, ce qui avait d'ailleurs été confirmé par une assistante sociale. En outre, M. Campanelli croyait être le père biologique de l'enfant, mais cela ne pouvait compenser la courte durée des liens. Par ailleurs, la fin des relations n'était pas directement imputable aux époux, même s'ils l'avaient entraînée en contournant le droit italien.

Malgré cela, compte tenu de l'absence de tout lien biologique, de la courte durée de la relation familiale et de la précarité des liens du point de vue juridique, la Cour a estimé que les conditions permettant de conclure à l'existence d'une vie familiale *de facto* n'étaient pas réalisées.

Ensuite, la vie privée recouvre l'intégrité physique et morale d'une personne, et peut englober des aspects de son identité physique et sociale. Elle inclut le droit pour l'individu de nouer des

---

<sup>177</sup> Cf. *supra* p. 20.

<sup>178</sup> Arrêt Wagner et J.M.W.L, par. 117.

<sup>179</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Moretti et Benedetti contre Italie du 27 avril 2010, requête No 16318/07, par. 49ss.

<sup>180</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Kopf et Liberda contre Autriche du 17 janvier 2012, requête No 1598/06, par. 37.

<sup>181</sup> Arrêt Paradiso, 2015, opinion en partie dissidente commune des juges Raimondi and Spano, par. 3.

relations avec ses semblables. « La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »<sup>182</sup>.

Ici, dans le premier jugement de la Cour, cette dernière explique que dans le cadre de sa demande de reconnaissance du lien de filiation, M. Campanelli a cherché à savoir s'il était le père génétique de l'enfant en se soumettant à un test ADN. De ce fait, l'art. 8 CEDH s'applique également sous ce volet.

La Grande Chambre a affirmé que la vie privée peut recouvrir les liens affectifs qui se sont créés entre les époux et l'enfant ; cela fait partie de leur vie et identité sociale. En effet, ils avaient un projet parental et ont cherché durant une grande partie de leur vie à avoir un enfant. Ils ont ainsi un droit au respect de la décision de devenir parent et au développement personnel à travers le rôle de parents qu'ils souhaitaient assumer.

#### b. L'existence d'une ingérence

Le refus de reconnaissance de la filiation établie en Russie et les décisions judiciaires conduisant à l'éloignement et à la prise en charge de l'enfant constitue une ingérence dans les droits conférés par l'art. 8 CEDH. Devant la Grande Chambre, seul le deuxième élément est examiné.

#### c. La justification de l'ingérence

##### (1) « Prévues par la loi »

Pour commencer, l'apostille, au sens de la CLaH 61, n'atteste pas la véracité du contenu de l'acte<sup>183</sup>. Les États signataires peuvent appliquer leurs propres règles de droit international privé.

A ce sujet, le droit international privé italien prévoit que la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance<sup>184</sup>. Or, l'enfant est ici issu de gamètes de donneurs inconnus. Ainsi, sa nationalité ne peut être établie et il n'était pas arbitraire de la part des autorités italiennes d'appliquer le droit italien à l'enfant. Les mesures d'éloignement et de placement en vue d'adoption étaient fondées sur le droit italien qui prévoit la possibilité de placer l'enfant pour l'adoption s'il est en état d'abandon. Dès lors, l'ingérence était prévue par la loi.

##### (2) « Buts légitimes »

Les buts légitimes invoqués par le Gouvernement italien, et retenus par la Cour, sont « la protection des droits et libertés de l'enfant » et « la défense de l'ordre » car les actes des requérants violaient le droit sur l'adoption internationale et le droit sur les techniques de reproduction assistée hétérologue, qui étaient, à l'époque, interdites.

---

<sup>182</sup> Arrêt Paradiso, 2015, par. 70.

<sup>183</sup> Cf. art. 5 CLaH 61.

<sup>184</sup> Art. 33 de la Loi italienne sur le droit international privé.

### (3) « Nécessaire », « dans une société démocratique »

Les développements sur la marge d'appréciation des États exposés ci-dessus s'appliquent ici *mutatis mutandis*<sup>185</sup>.

En l'espèce, les États jouissent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'adoption, la prise en charge d'un enfant et la procréation médicalement assistée.

Il faut, tout de même, analyser si l'État avait des circonstances justifiant un retrait, et s'il a ménagé un juste équilibre entre les intérêts privés et publics en jeu, sans oublier le principe primordial de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En l'espèce, pour ce qui est de la non-reconnaissance de l'acte d'état civil russe, les juges de la Cour mettent en avant dans le premier jugement qu'il n'y a pas de liens génétiques entre l'enfant et les époux. Malgré le fait que M. Campanelli croyait être le père génétique et les aspects émotionnels de l'affaire, les autorités italiennes n'ont pas pris une décision déraisonnable concernant la non-reconnaissance du lien de filiation.

Pour ce qui est des mesures prises à l'égard de l'enfant, « [...] l'éloignement de l'enfant est une mesure extrême à laquelle on ne devrait avoir recours qu'en tout dernier ressort. Pour qu'une mesure de ce type se justifie, elle doit répondre au but de protéger l'enfant confronté à un danger immédiat pour celui-ci »<sup>186</sup>.

Le Gouvernement a attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle se trouvaient les époux, ainsi qu'au fait qu'ils avaient recouru à la GPA, interdite en Italie, malgré l'obtention de l'agrément pour adopter un enfant. Il a vu là une volonté de court-circuiter la loi sur l'adoption, un désir narcissique du couple et la possibilité que l'enfant soit destiné à résoudre des problèmes conjugaux. Dès lors leurs capacités affective et éducative pouvaient être mises en doute et il fallait éloigner l'enfant.

Par ailleurs, le choix du législateur italien de limiter les possibilités d'établissement d'un lien de filiation sert à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment à le protéger de pratiques illicites, comme le trafic d'êtres humains. Il n'y a, d'ailleurs, pas de consensus au sein des États membres quant à la GPA.

En outre, en raison de la courte période passée en leur compagnie et de son jeune âge, l'enfant surmonterait la séparation avec les époux, qui n'avaient, en plus de cela, aucun lien biologique avec lui.

Le raisonnement entre le premier et le second jugement diffère par la suite. Dans le premier, la Cour a affirmé que, malgré les soupçons pesant sur les parents et la courte durée des relations familiales, le Gouvernement ne pouvait prendre les mesures litigieuses car, entre autres, la responsabilité pénale des époux n'avait aucun rôle dans la procédure civile et donc les soupçons pesant sur eux ne pouvaient pas être pris en compte. De plus, les juges ne pouvaient conclure à l'incapacité d'éduquer et d'aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient violé la loi sur l'adoption, sans qu'aucune expertise n'ait été ordonnée.

---

<sup>185</sup> Cf. *supra* p. 21.

<sup>186</sup> Arrêt Paradiso, 2015, par. 80.

Dans le premier jugement, il y a, donc, eu violation de l'art. 8 CEDH. Les époux ont reçu conjointement EUR 20'000.-. Néanmoins, cela n'obligeait en rien les autorités à remettre le mineur aux époux compte tenu des liens que l'enfant avait développés dans sa famille d'accueil. Cette décision a également été critiquée par les juges Raimondi et Spano qui estimaient que l'évaluation faite par l'État n'avait pas à être remise en jeu, en considérant notamment la difficile pesée des intérêts entre ceux de l'enfant et ceux publics.

Dans le jugement de la Grande Chambre, les juges ont estimé que l'affaire n'était pas comparable à celles de l'éclatement d'une famille par la séparation d'un enfant et de ses parents. Dans ces situations, il y a besoin que l'intégrité physique et morale de l'enfant soit en danger. Or, ici, « [...] les juridictions internes n'étaient pas tenues de donner la priorité à la préservation de la relation entre les requérants et l'enfant. Elles étaient plutôt face à un choix délicat : soit permettre aux requérants de continuer leur relation avec l'enfant, et ainsi légaliser la situation que ceux-ci avaient imposée comme un fait accompli, soit prendre des mesures en vue de donner à l'enfant une famille conformément à la loi sur l'adoption »<sup>187</sup>.

Face à la difficile balance des intérêts, l'Italie a privilégié le placement de l'enfant chez un couple approprié, sans fermer les yeux sur l'éventuel impact que cela aurait pour lui. Il n'y a donc pas eu violation de l'art. 8 CEDH.

## V. COMPARAISON

La différence la plus importante entre les affaires *Mennesson*, *Labassee* et *Paradiso* est le fait qu'il n'y avait pas de liens biologiques entre les parents d'intention et l'enfant dans ce dernier cas. Ainsi, le refus de reconnaître la filiation juridique a entraîné une violation de l'art. 8 CEDH pour les enfants *Mennesson* et *Labassee*, mais non dans l'affaire *Paradiso*. Par ailleurs, dans l'arrêt *Paradiso*, l'enfant n'avait pas qualité de partie, et donc, contrairement aux enfants *Mennesson* et *Labassee*, il ne pouvait être constaté une éventuelle violation de l'art. 8 CEDH à son égard.

L'objet des affaires constitue également une autre différence : dans le second jugement du cas *Paradiso*, l'affaire porte sur les mesures italiennes entraînant la séparation définitive de l'enfant et du couple et non sur la transcription de l'acte de naissance étranger et sur la reconnaissance du lien de filiation<sup>188</sup>. Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee*, à aucun moment, les familles n'avaient été menacées d'être séparées<sup>189</sup> et toute la question portait sur l'identité et la filiation de l'enfant. Or, dans *Paradiso*, l'enfant n'avait aucun lien biologique avec les parents d'intention et l'État lui avait changé son identité, ce que les époux ne pouvaient contester<sup>190</sup>. L'Italie n'avait donc pas à privilégier les relations entre les époux et l'enfant, et il ne pouvait donc être retenu une violation de la part de l'État italien pour les mesures d'éloignement, même si les mesures prises par ce dernier semblaient être plus graves que celles prises par les autorités françaises.

---

<sup>187</sup> Arrêt *Paradiso*, 2017, par. 209.

<sup>188</sup> Arrêt *Paradiso*, 2017, par. 133.

<sup>189</sup> Arrêt *Paradiso*, 2017, par. 132.

<sup>190</sup> Arrêt *Paradiso*, 2017, par. 195.

## VI. CONSÉQUENCES ENGENDRÉES, EN PARTICULIER DANS LES ORDRES JURIDIQUES SUISSE ET FRANÇAIS

Dans les trois arrêts susmentionnés, la CourEDH ne se prononce pas sur la GPA en soi. Elle laisse aux États la liberté de l'autoriser ou non, notamment en raison de son caractère éthique sensible<sup>191</sup>.

Les États parties doivent simplement, désormais, reconnaître un lien de filiation entre un enfant et son parent génétique<sup>192</sup>, car « [...] le droit au respect de la vie privée de l'enfant impliquait le droit de connaître son identité, donc d'obtenir la reconnaissance par le for du lien de filiation l'unissant à son parent biologique »<sup>193</sup>. La nullité de la convention de maternité de substitution et les buts d'intérêts publics ne peuvent pas s'opposer à cela<sup>194</sup>. Pour le parent non-biologique, la CourEDH ne dit pas s'il y a atteinte ou non ; cela entre dans la marge d'appréciation des États, qui peuvent décider de reconnaître la filiation ou non<sup>195</sup>.

Il peut être considéré que les arrêts de la CourEDH n'ont pas impliqué une obligation de reconnaître la situation créée à l'étranger par la convention de maternité de substitution<sup>196</sup>, mais une interdiction de « [...] déduire de son illicéité l'impossibilité pour l'enfant qui en est issu d'établir sa filiation avec ses parents biologiques »<sup>197</sup>. Autrement dit, « l'illicéité de la convention de gestation pour autrui ne doit pas [...] affecter le droit qu'a l'enfant d'établir un lien de filiation avec ses parents biologiques »<sup>198</sup>. Les États sont libres de choisir la manière d'y parvenir<sup>199</sup>.

Une autre violation que pourrait commettre un État serait de retirer immédiatement l'enfant des parents d'intention si une vie familiale *de facto* a déjà été constituée<sup>200</sup>, même en l'absence de tout lien génétique. Pour analyser s'il y a une vie familiale, la CourEDH prend en compte, notamment, la durée des relations et l'intensité des liens créés entre les différents membres. Au vu de la vaste diversité de familles existantes, la Cour fait une analyse au cas par cas, en comparant avec la situation d'une famille traditionnelle.

La CourEDH a, pour l'instant, suivi sa jurisprudence lorsqu'elle a rendu des affaires similaires, comme dans les arrêts Foulon et Bouvet<sup>201</sup> et Laborie<sup>202</sup>.

Ces arrêts restreignent considérablement la liberté des États puisqu'ils ne peuvent plus invoquer leur ordre public pour refuser de donner des effets à une GPA étrangère. Selon les juges Raimondi et Spano, le premier arrêt Paradiso constatant une violation de l'art. 8 CEDH « [...] revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que

<sup>191</sup> LORENZINI, p. 839 ; LENGAND/ESCUILLIE, N 10.

<sup>192</sup> ATF 141 III 328, consid. 7.2, *in* JdT 2015 II 351 ; LORENZINI, p. 837.

<sup>193</sup> SINDRES, N 50.

<sup>194</sup> LORENZINI, p. 837.

<sup>195</sup> FULCHIRON/BIDAUD-GARON, p. 5 et 6.

<sup>196</sup> FULCHIRON/BIDAUD-GARON, p. 18 ; SINDRES, N 76.

<sup>197</sup> SINDRES, N 76.

<sup>198</sup> SINDRES, N 78.

<sup>199</sup> FULCHIRON/BIDAUD-GARON, p. 18.

<sup>200</sup> ATF 141 III 328, consid. 7.2, *in* JdT 2015 II 351.

<sup>201</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Foulon et Bouvet contre France du 21 juillet 2016, requêtes Nos 9063/14 et 10410/14.

<sup>202</sup> Arrêt CourEDH dans la cause Laborie contre France du 19 janvier 2017, requête No 44024/13.

les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une vie familiale, il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (Mennesson c. France, No 65192/11), 26 juin 2014, § 79, et Labassee c. France, (No 65941/11), 2 juin 2014, § 58), est réduite à néant »<sup>203</sup>.

La CourEDH met en lumière l'objet central du débat : l'enfant. En retenant une violation uniquement à l'égard des enfants Mennesson et Labassee, elle met l'accent sur l'importance de leur construction identitaire et du respect à leur droit à la vie privée<sup>204</sup>. L'atteinte de la France était disproportionnée en raison des nombreuses conséquences compliquant la vie quotidienne et l'exercice des droits liés à la filiation<sup>205</sup>.

Le bien de l'enfant a été mis au centre, en tout cas dans les arrêts Mennesson et Labassee. Cela peut paraître moins évident dans l'arrêt Paradiso étant donné que la CourEDH n'a pas condamné l'Italie pour avoir séparé l'enfant de ses « parents d'intention ». Elle a considéré qu'une vie familiale de fait n'avait pas été constituée et que l'intérêt général à lutter contre la GPA prohibée et les comportements violant le droit sur l'adoption primait sur l'intérêt des époux<sup>206</sup>. « Accepter de laisser l'enfant avec les parents d'intention serait venu à légaliser la situation créée par eux, en violation de la prohibition de la gestation pour autrui par le législateur italien »<sup>207</sup>.

Elle a, néanmoins, analysé quelques éléments du bien de l'enfant, par exemple, en considérant que, au vu de son âge, il était encore trop jeune pour souffrir d'une séparation avec les époux. Elle a également respecté le choix de l'Italie de vouloir protéger l'enfant de parents qui ne semblaient pas pouvoir l'élever de manière adéquate. A mon sens, le bien de l'enfant aurait pu être analysé plus en profondeur dans l'arrêt Paradiso car il avait été relevé que les époux avaient développé une relation affective intense avec l'enfant, qui était sain, vif et réactif. Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle l'enfant était « un instrument pour réaliser un désir narcissique du couple ou exorciser un problème individuel ou de couple » ne semble pas se baser sur des indices concrets et tangibles. Je suis, en revanche, d'accord avec le fait qu'il ne suffit pas de créer un lien à l'étranger avec un enfant, de quelque manière que ce soit, puis vivre avec lui un certain temps pour pouvoir bénéficier de la protection de l'art. 8 CEDH. Cela ouvrirait la porte à toute une série d'abus, de contournements de lois nationales et de risques de trafic.

En conclusion, un certain nombre d'inconvénients pour l'enfant et la vie de famille énoncés ci-dessus<sup>208</sup> sont résolus, du moins à l'égard du parent génétique. L'enfant peut acquérir la nationalité de ce parent, peut hériter légalement et être sous son autorité parentale. Les filles Mennesson ont, d'ailleurs, acquis la nationalité le 18 février 2015<sup>209</sup>.

Pour l'autre parent, la situation est plus complexe<sup>210</sup> : aura-t-il des droits en cas de séparation ? Comment peut-il exercer les droits liés à l'autorité parentale ? La CourEDH accorde une grande importance au lien biologique, ce qui pourrait laisser penser, *a contrario*, qu'un lien non

---

<sup>203</sup> Arrêt Paradiso, 2015, opinion en partie dissidente commune des juges Raimondi and Spano, par. 15.

<sup>204</sup> MÉTRAL, p. 47.

<sup>205</sup> LORENZINI, p. 837.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> LORENZINI, p. 839.

<sup>208</sup> Cf. *supra* p. 22 et 23.

<sup>209</sup> C.L.A.R.A., Histoire de Sylvie et Dominique.

<sup>210</sup> SINDRES, N 6.

biologique n'est pas si important<sup>211</sup>. Dans la majorité des ordres juridiques, la situation du parent d'intention est incertaine, et aucun ou peu de moyens sont disponibles pour établir sa filiation<sup>212</sup>. Ce parent est autorisé, en général, à s'occuper de l'enfant, mais il n'est pas reconnu comme étant le parent juridique<sup>213</sup>.

Il convient de se demander si une évolution de l'arrêt Paradiso est possible. En effet, les juges de la CourEDH n'ont pas statué à l'unanimité : onze voix contre six ont décrété qu'il n'y avait pas eu de violation. Certains faits particuliers ont pu renforcer la volonté des juges de ne pas conclure à une violation, tels que les mensonges des époux, le recours à la GPA malgré l'agrément en vue de l'adoption, les circonstances incertaines dans lesquelles a été créé l'enfant... Certains juges ont décrété que « [le] fait que les requérants ont agi avec préméditation afin de tourner la législation nationale ne peut que jouer en leur défaveur. Dans les circonstances de l'espèce, l'existence d'un « projet parental » est en réalité une circonstance aggravante »<sup>214</sup>. Dès lors, dans des situations différentes, la CourEDH pourrait décréter qu'il y a eu violation, notamment en retenant l'existence d'une vie familiale *de facto* (comme cela avait été fait dans le premier arrêt) ou si l'enfant est lui-même requérant, en retenant une violation à son égard, au regard de son intérêt supérieur.

### **i. Conséquences dans l'ordre juridique suisse**

En Suisse, en vertu de l'art. 119 al. 2 let. d Cst., la maternité de substitution est interdite. Cela repose sur la volonté de protéger la femme par rapport à une instrumentalisation et de protéger l'enfant<sup>215</sup>. Par ailleurs, au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP, une décision étrangère ne doit pas être reconnue si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse. Or, un jugement étranger reconnaissant des liens de filiation juridiques entre des parents d'intention et un enfant issu d'une GPA ainsi qu'un certificat de naissance sont des décisions étrangères au sens de l'art. 25 LDIP<sup>216</sup>. De telles décisions ont été retenues comme étant contraires à l'ordre public suisse<sup>217</sup>.

Les arrêts Mennesson et Labassee ont eu une répercussion dans l'ordre juridique suisse qui s'est manifestée dans notamment deux jugements du Tribunal fédéral.

Dans la premier<sup>218</sup>, un couple de partenaires enregistrés avait eu recours à une mère porteuse en Californie. L'enfant a été conçu par le biais d'un ovule d'une donneuse anonyme et des gamètes d'un des partenaires<sup>219</sup>. Les pères d'intention avaient demandé, en Suisse, la reconnaissance du jugement de paternité californien constatant l'existence d'un lien de filiation entre eux et l'enfant. Le Tribunal fédéral a affirmé qu'« [il] faut déduire de la jurisprudence de la CEDH qu'il n'est pas admissible, du point de vue de l'art. 8 CEDH, de ne pas reconnaître, au nom de l'ordre public, un lien de filiation de nature génétique entre l'enfant et un de ses parents. Par conséquent, il est, à juste titre, incontestable que la reconnaissance de la paternité

---

<sup>211</sup> LENGRAND/ESCUILLIE, N 31.

<sup>212</sup> WELLS-GRECO, p. 246.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> Arrêt Paradiso, 2017, opinion concordante commune aux juges de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek et Dedov, par. 4.

<sup>215</sup> ATF 141 III 312, consid. 4.2.1, in JdT 2015 II 351 ; ATF 141 III 328, consid. 5.2, in JdT 2015 II 351.

<sup>216</sup> SPAHNI, p. 444.

<sup>217</sup> ATF 141 III 312, consid. 5.3.4, in JdT 2015 II 351 ; ATF 141 III 328, consid. 6.5, in JdT 2015 II 351.

<sup>218</sup> ATF 141 III 312, in JdT 2015 II 351.

<sup>219</sup> ATF 141 III 312, consid. A.b, in JdT 2015 II 351.

de l'intimé 1, respectivement du père génétique de D., prononcée par le tribunal californien est compatible avec l'ordre public suisse. Rien ne fait obstacle à l'inscription du lien de filiation dans le registre d'état civil suisse »<sup>220</sup>.

Dans le second, un jugement californien reconnaissait également deux parents d'intention, mariés, comme étant les parents juridiques de jumeaux issus d'une mère porteuse. La différence réside dans le fait que les gamètes des enfants étaient issus de dons d'ovule et de sperme anonymes<sup>221</sup>. Le Tribunal fédéral a alors refusé de reconnaître le jugement et le certificat de naissance. « Si l'on considère les trois décisions de la CEDH, aucune violation de la Convention n'est réalisée en l'espèce. Il n'existe ni rapport génétique entre les enfants et un parent ni décision de retrait immédiat. Il y a au surplus une possibilité de créer en Suisse un rapport de filiation juridique par voie d'adoption »<sup>222</sup>.

Ainsi, la Suisse a suivi la jurisprudence de la CourEDH en reconnaissant le lien pour le parent biologique, mais non pour celui à l'égard duquel il n'y a aucun lien génétique.

## ii. Conséquences dans l'ordre juridique français

Selon sa conception juridique, la France refusait de dissocier le processus pour concevoir l'enfant et l'établissement du lien de filiation qui est l'établissement de ce processus<sup>223</sup>. Suite à la jurisprudence de Strasbourg, ce raisonnement est remis en question ; en effet, l'illicéité de la conception ne doit pas affecter l'établissement du lien de filiation, à tout le moins pour le père biologique<sup>224</sup>. Ainsi, c'est une remise en cause partielle de l'interdiction française de la maternité de substitution<sup>225</sup>. Pour le parent d'intention sans lien génétique, le lien entre conception et filiation peut demeurer<sup>226</sup>.

Les tribunaux français ont suivi la solution de la CourEDH. Il a été accepté de reconnaître la paternité pour le parent biologique<sup>227</sup>. Par ailleurs, la Cour d'appel de Rennes avait déjà accepté de retranscrire les actes d'état civil étrangers d'un enfant né d'une mère porteuse<sup>228</sup>. Les juges s'étaient basés sur l'art. 47 du Code civil français, et non plus sur la réflexion de la fraude et de l'ordre public<sup>229</sup>. Ils avaient affirmé qu'ils n'étaient pas saisis « [...] de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil dont ne sont contestées ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité de ses énonciations »<sup>230</sup>. Ainsi, les actes étrangers étaient considérés comme conformes à la réalité ; le seul fait de recourir à GPA ne constituait plus une irrégularité de l'acte et ne justifiait plus que les enfants soient privés d'un état civil reflétant une filiation certaine<sup>231</sup>. C'est donc l'intérêt supérieur de l'enfant qui était observé<sup>232</sup>.

---

<sup>220</sup> ATF 141 III 312, consid. 6.2, *in* JdT 2015 II 351.

<sup>221</sup> ATF 141 III 328, consid. 2, *in* JdT 2015 II 351.

<sup>222</sup> ATF 141 III 328, consid. 7.2, *in* JdT 2015 II 351.

<sup>223</sup> SINDRES, N 12 et 18.

<sup>224</sup> SINDRES, N 12, 18 et 88.

<sup>225</sup> SINDRES, N 12 et 18.

<sup>226</sup> SINDRES, N 12.

<sup>227</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, 14-21.323 et 15-50.002.

<sup>228</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, 11-02.758.

<sup>229</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, 11-02.758 ; LENGAND/ESCUILLIE, N 17.

<sup>230</sup> Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, 11-02.758

<sup>231</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, 11-02.758 ; LENGAND/ESCUILLIE, N 27 ; LORENZINI, p. 843.

<sup>232</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 21 février 2012, 11-02.758.

Pour les époux Mennesson, la situation semble être toujours compliquée. Après une nouvelle série de batailles judiciaires, la Cour de cassation a annulé la reconnaissance de l'état civil des jumelles<sup>233</sup>. En février dernier, il a été fait droit à la demande d'un nouvel examen<sup>234</sup>. Les époux Mennesson sont les seuls à avoir été poursuivis sur le plan civil et pénal alors qu'une centaine de couples français recourent chaque année à la même démarche<sup>235</sup>.

Par ailleurs, à la suite des arrêts Mennesson et Labassee, des juges français sont allés encore plus loin et ont permis la retranscription de l'acte d'état civil pour la mère d'intention mariée avec le père<sup>236</sup>. Cette solution n'a, cependant, pas été suivie ultérieurement et le refus de la retranscription de la filiation maternelle d'intention qui demeure résulte du but légitime de protection de l'enfant et de la mère porteuse, et de la volonté de décourager le recours à cette pratique<sup>237</sup>.

Enfin, en 2014, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de l'adoption de l'enfant issu d'une GPA par l'épouse de la mère<sup>238</sup>. En 2017, elle a mentionné que « [...] l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père »<sup>239</sup>. La solution de l'adoption paraît être la meilleure au regard de la réalité et du système juridique ; il s'agit d'établir un lien de filiation entre un parent et un enfant n'ayant pas de lien génétique<sup>240</sup>. Soit la fraude à la loi subsiste, mais elle n'a pas une gravité suffisante pour faire obstacle à l'adoption, soit le recours à une GPA à l'étranger est licite<sup>241</sup>. La première solution semble la plus probable au regard de la loi et de la jurisprudence française<sup>242</sup>.

Selon les époux Mennesson, cette adoption semble impossible dans la majorité des cas car les parents qui figurent sur l'acte de naissance doivent donner leur consentement à l'adoption d'un couple tiers<sup>243</sup>. Or, ce sont les parents d'intention qui figurent sur l'acte de naissance et « [il] est donc absurde et impossible pour la seule mère légale selon le droit du pays de naissance et selon les règles de droit international, de demander à renoncer à ses droits parentaux pour une hypothétique demande d'adoption [...] »<sup>244</sup>. Les époux Mennesson trouvent, de plus, absurde de devoir adopter son propre enfant.

Une autre solution pourrait être de changer la conception française de la filiation maternelle. En effet, actuellement, la France considère que la mère est celle qui accouche, indépendamment de tout lien génétique<sup>245</sup>. Or, la CourEDH a décrété que l'important pour l'établissement de la filiation était la réalité biologique<sup>246</sup>. Il y a donc une différence entre les deux conceptions ; en

---

<sup>233</sup> C.L.A.R.A., Histoire de Sylvie et Dominique.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 6<sup>ème</sup> chambre a, 12 décembre 2016, 15/08.549.

<sup>237</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Première Chambre civile, 5 juillet 2017, 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025.

<sup>238</sup> Cour de cassation française, 22 septembre 2014, avis Nos 15010 et 15011.

<sup>239</sup> Arrêt de la Cour de cassation française, Première Chambre civile, 5 juillet 2017, 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025.

<sup>240</sup> FULCHIRON/BIDAUD-GARON, p. 36.

<sup>241</sup> SINDRES, N 79.

<sup>242</sup> SINDRES, N 89 et 97.

<sup>243</sup> C.L.A.R.A., Communiqué de presse de l'Association C.L.A.R.A.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> LORENZINI, p. 839 ; WELLS-GRECO, p. 76.

<sup>246</sup> LORENZINI, p. 839.

droit national, si une mère porteuse est inséminée avec un ovule de la mère d'intention, c'est la première qui sera reconnue mère<sup>247</sup>. Or, en changeant cette conception, on pourra permettre la reconnaissance de la mère génétique, afin d'assurer l'intérêt supérieur de l'enfant et de suivre la jurisprudence de Strasbourg<sup>248</sup>.

## VII. PERSPECTIVES D'AVENIR

La GPA et le tourisme procréatif engendrent de nombreuses difficultés et incertitudes. Les solutions mises en place jusqu'à aujourd'hui ne sont pas satisfaisantes (solutions diplomatiques négociées entre État, notamment avec l'adoption internationale, visas particuliers accordés en dérogeant aux règles nationales...)<sup>249</sup>.

Des lois nationales seraient utiles, mais ne suffiraient pas en raison de la dimension internationale de la GPA<sup>250</sup>. Un instrument international pourrait permettre d'éclaircir la situation. Il pourrait tenter une harmonisation du droit de la GPA, mais aux vues des pratiques si vastes entre les États, cela semble irréaliste<sup>251</sup>. Il pourrait sinon fixer des règles minimales servant de socle commun<sup>252</sup> et de protection des personnes vulnérables, soit les enfants et mères porteuses pour éliminer le risque d'abus et de trafic<sup>253</sup>. Un système de supervision pourrait être instauré<sup>254</sup>.

Une convention internationale pourrait également traiter des questions de droit international privé, en instaurant des règles uniformes quant à la compétence, au droit applicable ou encore à la reconnaissance et à l'exécution des décisions<sup>255</sup>. Néanmoins, les règles de conflit de lois sont également très diverses entre les États, donc un consensus semble difficilement trouvable<sup>256</sup>. Quant à la reconnaissance, la solution semble se diriger vers la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, comme vu, par exemple, avec les arrêts Wagner ou encore Ilonka Sayn-Wittgenstein et Grunkin et Paul<sup>257</sup>. Cette reconnaissance des GPA étrangères et le déploiement de tous les effets relatifs serait la meilleure solution, notamment pour protéger les droits fondamentaux des enfants, comme le droit à l'acquisition d'une nationalité<sup>258</sup>.

Néanmoins, un instrument international obligeant la reconnaissance reviendrait à enlever les effets de la prohibition dans les États réfractaires, entraînant un risque de contamination des systèmes juridiques et d'encouragement au tourisme procréatif<sup>259</sup>. La peur de la pente glissante

---

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> LORENZINI, p. 840 ; FULCHIRON/BIDAUD-GARON, p. 33.

<sup>249</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 13.

<sup>250</sup> FULCHIRON, p. 565.

<sup>251</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 635 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, General report, p. 533 ; FULCHIRON, p. 579 ; WILLEMS/SOSSON, N 73.

<sup>252</sup> FULCHIRON, p. 577 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 635 ; WILLEMS/SOSSON, N 73.

<sup>253</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 636 et 647.

<sup>254</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 636 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, General report, p. 534.

<sup>255</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 50 ; FULCHIRON, p. 578 ; WELLS-GRECO, p. 6 ; WILLEMS/SOSSON, N 73.

<sup>256</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, N 50 ; FULCHIRON, p. 578 et 579 ; WELLS-GRECO, p. 6.

<sup>257</sup> Cf. *supra* p. 8.

<sup>258</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need, p. 635 et 646.

<sup>259</sup> FULCHIRON, p. 580 et 588.

est grande<sup>260</sup>. Une telle obligation de reconnaissance risquerait donc également d'être difficile à établir<sup>261</sup>.

Cette solution restreint, certes, la liberté des États à légiférer et juger ce qui est contraire à leurs mœurs ou non, mais refuser de la reconnaître et fermer les yeux créent également des situations contraires aux mœurs. Il faut faire une balance des intérêts entre refuser d'accueillir des enfants issus de GPA, afin de ne pas porter atteinte à la crédibilité de son droit, et refuser tout statut à ces enfants, quitte à violer leurs droits fondamentaux<sup>262</sup>.

Enfin, il pourrait être prévu un système de coopération et de communication entre les juridictions<sup>263</sup>.

Actuellement, une proposition législative par la Conférence de la Haye de droit international privé est en cours<sup>264</sup>. Elle pourrait se baser sur la CLaH 93<sup>265</sup>.

Des conventions bilatérales ou des instruments régionaux, comme au sein de l'UE, pourraient également être envisagés, afin de régler les détails qui n'auront pas été abordés dans un instrument multilatéral<sup>266</sup>. Certains États ne seront peut-être pas tentés par des Conventions bilatérales, notamment si elles ont pour effet de compliquer le recours à la GPA autorisée chez eux. En effet, l'apport financier n'est pas négligeable, la GPA étant devenu un véritable *business*, et ils pourraient tout simplement vouloir laisser l'opportunité aux étrangers d'en profiter. C'est pourquoi les conventions multilatérales sont sûrement plus adaptées que celles bilatérales pour régler la situation entre États ayant des systèmes différents<sup>267</sup>.

Grâce à un instrument international et une législation nationale, basée sur les conclusions de la CourEDH dans les arrêts *Menesson*, *Labassee* et *Paradiso* et respectant les droits de l'enfant, il n'y aurait plus de risque de vide juridique pour ces derniers, ni de violation de leurs droits fondamentaux. Cela leur assurerait une intégration dans leur famille et État d'accueil. Le risque d'abus sur les mères porteuses serait également réduit.

## VIII. CONCLUSION

La GPA remet en cause certaines bases de notre société. « La démarche de GPA se situe sur un terrain différent des autres modes d'assistance médicale à la procréation. Ce n'est pas un progrès scientifique. C'est un changement complet et inédit de relations humaines »<sup>268</sup>. Elle joue sur le développement des enfants et présente un risque de violation des droits de ces derniers<sup>269</sup>.

---

<sup>260</sup> DIJON, N 51.

<sup>261</sup> FULCHIRON, p. 580.

<sup>262</sup> FULCHIRON, p. 588.

<sup>263</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, *Urgent need*, p. 635 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, *General report*, p. 533 ; FULCHIRON, p. 580 et 581.

<sup>264</sup> SPAHNI, p. 466 ; WILLEMS/SOSSON, N 73 ; HCCH, *Filiation/maternité de substitution*.

<sup>265</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, *Urgent need*, p. 636 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, *General report*, p. 535 ; FULCHIRON, p. 581 ; WILLEMS/SOSSON, N 73 ; BAKER, p. 415ss.

<sup>266</sup> TRIMMINGS/BEAUMONT, *Urgent need*, p. 635 ; TRIMMINGS/BEAUMONT, *General report*, p. 534 ; FULCHIRON, p. 578.

<sup>267</sup> WELLS-GRECO, p. 481.

<sup>268</sup> ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009.

<sup>269</sup> MÉTRAL, p. 68.

La CourEDH a pour vocation d'éviter que les enfants, mais également les parents d'intention, ne subissent de violations dans leurs droits, et notamment leur droit au respect de la vie privée et familiale. Pour éviter de telles violations, un État doit désormais reconnaître un lien de filiation entre un enfant issu d'une GPA et son parent génétique, et ne peut pas séparer de manière immédiate un enfant des parents d'intention si une vie familiale a été constituée. En l'absence de lien génétique, l'intérêt général prime, pour l'instant, sur l'intérêt des « parents »<sup>270</sup>.

Des questions subsistent, néanmoins : quel est le statut du parent d'intention sans lien biologique avec l'enfant ? En cas de divorce, de séparation ou encore de décès, il risquerait de ne pas ou d'être moins reconnu que l'autre parent, alors que, dans les faits, il l'est tout autant. Ne devrait-il pas avoir autant de droits que le parent génétique ? Il se crée une inégalité entre les parents, basée sur la réalité biologique, alors que cette réalité n'est peut-être pas si importante. Il est notamment possible de créer un lien de filiation juridique sans lien génétique par l'adoption.

Les familles ayant eu recours à une GPA sont encore discriminées – elles n'ont, par exemple, pas de congé maternité – et les droits des enfants ne sont pas entièrement garantis. Ils sont toujours face à une incertitude juridique : les deux parents d'intention sont reconnus à l'étranger, mais non en France où un seul parent est reconnu. Ainsi, les époux Mennesson considèrent que l'arrêt de la CourEDH n'est toujours pas réellement appliqué, et qu'un changement législatif est urgent.

La maternité de substitution crée des risques de trafic d'enfants et de mères porteuses, de vide juridique pour les enfants, d'une mauvaise construction identitaire, etc. Cela étant, elle permet la création de familles heureuses et n'est pas toujours un problème dans le développement des enfants. Par exemple, lorsqu'une enseignante a demandé en classe comment étaient faits les bébés, tous les enfants ont répondu « dans le ventre de sa mère », sauf une des jumelles Mennesson, qui a affirmé « moi, c'est pas ma maman [qui m'a portée], car elle n'a pas le sac dans son ventre pour les bébés [...]. C'est une autre dame qui l'a aidée »<sup>271</sup>.

La GPA est de plus en plus discutée au sein des ordres nationaux et des institutions internationales. A l'avenir, un instrument multilatéral, se concentrant à tout le moins sur les problèmes centraux, pourrait être trouvé.

L'important, comme le souligne la Cour d'appel de Rennes, est que la maternité de substitution n'engendre pas des « fantômes de la République, alors que ces enfants partagent une communauté de vie effective et affective avec leurs parents d'intention »<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> LORENZINI, p. 834 et 835.

<sup>271</sup> RAVEZ, p. 120.

<sup>272</sup> Cour d'appel de Rennes, 6<sup>ème</sup> chambre a, 12 décembre 2016, 15/08549.

## BIBLIOGRAPHIE

BAKER Hannah, A possible future instrument on International Surrogacy Arrangements: Are there « lessons » to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention ? , *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 411ss.

BRUNET Laurence, La globalisation internationale de la gestation pour autrui, *in* Travail, Genre et Sociétés, Paris (La Découverte) 2012/2, p. 199ss (<https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-199.htm>) (17.04.2018).

CADORET Anne, Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption?, *in* Recherches sociologiques et anthropologiques, 41-2, 2010, p. 5ss (<https://journals.openedition.org/rsa/241#text>) (13.05.18).

DIJON Xavier, Chronique d'une avalanche annoncée : les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 61ss.

DUPUIS Michel, La gestation pour autrui : brève note anthropologique, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 35ss.

ERGAS Yasmine, Thinking « through » Human Rights: The need for a Human Rights perspective with respect to the Regulation of Cross-border reproductive surrogacy, *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 425ss.

FULCHIRON Hugues/BIDAUD-GARON Christine, Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassee, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Revue critique de droit international privé, Paris (Dalloz) 2015/1, p. 1ss.

FULCHIRON Hugues, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, *in* Journal du Droit International, Paris (LexisNexis) 2014/1, p. 563ss.

GENICOT Gilles, Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 155ss.

GROSS Martine/MEHL Dominique, Homopaternalités et gestation pour autrui, *in* Enfances, Familles, Générations, 2011/14, p. 95ss (<http://www.efg.inrs.ca/index.php/EFG/article/view/136/126>) (17.04.2018).

LANGE Laura, La gestation pour autrui, Quelle représentation du corps et de la volonté, *in* Études, Paris (S.E.R) 2014/2, p. 43ss (<https://www.cairn.info/revue-etudes-2014-2-page-43.htm>) (28.05.2018).

LENGRAND Claire/ESCULLIE Camille, Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte, *in* La Revue des Droits de l'Homme, 2016 (<https://journals.openedition.org/revdh/1772>) (17.04.2018).

LORENZINI Lucie, Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant – Analyse de droit comparé (droit français et droit italien) au regard de la position de la CEDH, *in* Journal du Droit International, Paris (LexisNexis) 2017/1, p. 831ss.

MARWAY Herjeet, La gestation pour autrui commerciale : droit et éthique, *in* Travail, Genre et Sociétés, Paris (La Découverte) 2012/2, p. 173ss (<https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-173.htm>) (17.04.2018).

MERCHANT Jennifer, Une gestation pour autrui « éthique » est possible, *in* Travail, Genre et Sociétés, Paris (La Découverte) 2012/2, p. 183ss (<https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-183.htm>) (17.04.2018).

MÉTRAL Lorène, Le droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui, Orientation recherche, Présenté au Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève en vue de l'obtention de la Maîtrise universitaire interdisciplinaire en droits de l'enfant, Sion, 2015 ([http://doc.rero.ch/record/260980/files/M\\_tral\\_Lor\\_ne\\_M\\_moire\\_Orientation\\_recherche\\_VF\\_CIDE2015\\_MIDE\\_13-15\\_08.pdf](http://doc.rero.ch/record/260980/files/M_tral_Lor_ne_M_moire_Orientation_recherche_VF_CIDE2015_MIDE_13-15_08.pdf)) (17.04.2018).

PERREAU-SAUSSINE Louis/SAUVAGE Nicolas, France, *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 119ss.

RAVEZ Laurent, La gestation pour autrui nous aide à mieux comprendre le métissage de la filiation humaine, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 109ss.

ROEGIERS Luc, Gestation pour autrui : Essai sur le point de vue de l'enfant, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 47ss.

ROKAS A Konstantinos, Greece, *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 143ss.

SINDRES David, Le tourisme procréatif et le droit international privé, *in* Journal du Droit International, Paris (LexisNexis) 2015/1, p. 429ss.

SMERDON Usha Rengachary, India, *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 187ss.

SPAHNI Elodie, Surrogacy abroad, recognition (or non-recognition?) in Switzerland, a painful dilemma, *in* Yearbook of Private International law, Vol. 18, 2016/2017 (Otto Schmidt) 2016.

THÉRY Irène/LEROYER Anne-Marie, Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Paris (Odile Jacob) 2014.

TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul, General Report on Surrogacy, *in* International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level [TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul (édit.)], Oxford, Portland (Hart Publishing) 2013, p. 439ss (cité: TRIMMINGS/BEAUMONT, General report).

TRIMMINGS Katarina/BEAUMONT Paul, International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level, *in* Journal of Private International Law, Vol. 7, 2011/3, p. 627ss (<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.5235/jpil.v7n3.627>) (17.04.2018) (cité : TRIMMINGS/BEAUMONT, Urgent need).

WELLS-GRECO Michael, The status of children arising from inter-country surrogacy agreements, La Haye (Eleven International Publishing) 2016.

WILLEMS Geoffrey/SOSSON Jehanne, Légiférer en matière de gestation pour autrui : Quelques repères de droit comparé et de droit international, *in* La gestation pour autrui : vers un encadrement ? Sous la coordination de Geneviève SCHAMPS et Jehanne SOSSON, Bruxelles (Bruylant) 2013, p. 239ss.

## Articles de presse

SAGET Estelle/BOUSENNA Youness, Gestation pour autrui : la filière américaine, *in* L'express, 3 novembre 2014 ([https://www.lexpress.fr/actualite/societe/famille/gestation-pour-autrui-la-filiere-americaine\\_1603640.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/famille/gestation-pour-autrui-la-filiere-americaine_1603640.html)) (12.05.2018).

## Sources

ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE 2009, La gestation pour autrui : rapport 09-05, Bulletin 193, No 3, p. 583-618, séance du 10 mars 2009 (<http://www.academie-medecine.fr/la-gestation-pour-autrui-rapport-09-05/>) (17.04.2018).

BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international, Document préliminaire No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (<https://assets.hcch.net/docs/da27b1a2-cc90-45bf-9d3e-7934fd51b10c.pdf>) (17.04.2018).

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant le deuxième rapport périodique des États-Unis d'Amérique, soumis en application de l'article 12 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adoptées par le Comité à sa soixante-deuxième session (14 janvier – 1<sup>er</sup> février 2013),

CRC/C/OPSC/USA/CO/2, 2 juillet 2013

(<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrHPiif0%2F1kumQo%2BD50%2F9nYuN1Cg%2FtkLKTb9cFHOqpFKoJJGhf3jvUWHX65YO7tpPz9AvrLUtV56eecRauLITlrujG2hCUXjNUBTgRykUkWJwyxFVBSN%2B489Y67q9cFx9w%3D%3D>) (28.05.2018) (cité : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, États-Unis d'Amérique).

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Inde, soumis en un seul document, CRC/C/IND/CO/3-4, 7 juillet 2014

(<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtdYfiGTDt1J0qP5rl8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2bI2tER3ZzM0WtzFNF3ZsV1BKjJmFa%2fPkF10UyQa5dOo%2fErH%2ftlmmrman5I>) (28.05.2018) (cité : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Inde).

MARMORSTEIN Dawn, My Egg, My Womb, Your Baby! The Tales of a 3x Traditional Surrogate Mother (Smashwords) 2012.

SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, Maternité de substitution à caractère international et personnes conçues par procréation avec donneur, « préserver l'intérêt supérieur de l'enfant », appel à l'action du réseau du service social international, 2013 ([http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call\\_for\\_Action2013\\_FRA.pdf](http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2013_FRA.pdf)) (29.05.2018).

### **Pages internet**

C.L.A.R.A, Communiqué de presse de l'Association C.L.A.R.A, 5 juillet 2017 (<http://claradoc.gpa.free.fr/doc/780.pdf>) (12.05.2018).

C.L.A.R.A, Histoire de Sylvie et Dominique (<http://claradoc.gpa.free.fr/index.php?page=histoire>) (12.05.2018).

HCCH, Filiation/maternité de substitution (<https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>) (16.05.2018).