

## Face au fait des maternités de substitution que peut et doit faire le juge ?

par Marie-Anne Frison-Roche <sup>1</sup>

Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit économique à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences po Paris).

La GPA, ou maternité de substitution, est une pratique qui conduit à s'interroger sur la normativité juridique à travers la relation entre le droit et le fait (que celui-ci soit technologique, sociétal, économique, ou géographique). Face aux litiges qui lui sont soumis, le juge français doit rendre une décision en application des règles de droit en vigueur, y compris européennes. La question ici posée est de savoir si, au regard de ses pouvoirs et de son office, le juge peut et doit dégager des solutions techniques plus fines et s'il peut et doit répondre par principe.

*So-called « altruistic surrogacy », or surrogate motherhood, is a practice that raises questions about the normativity of law through the relationship between law and fact (whether the latter be technological, societal, economic or geographic). Faced with the cases that are brought before them, the French judges have to base their decision on the rules of law in force, including European law. The main issues at stake here are whether, considering their powers and responsibilities, judges can and must achieve subtler technical solutions and whether they can and must respond on principle.*

**L**a maternité de substitution (GPA) est une pratique. On peut, voire on doit, avoir une opinion à son propos, mais la perspective ici choisie est celle du juge et la question posée est celle de savoir si, face à cette pratique, il peut techniquement faire quelque chose et s'il doit faire quelque chose au regard de son « office ». Cela constitue un cas particulièrement net

d'une question plus générale, à savoir la possibilité même du Droit de faire encore « quelque chose » face à des phénomènes qui, technologiquement, économiquement, sociologiquement, semblent aujourd'hui dépasser le Droit. Le Droit serait-il donc désormais l'inférieur du Fait ? Peut-être. Autant le savoir. En tout cas, il faut y réfléchir. La GPA est en cela une bonne « épreuve », au sens probatoire du terme.

1. Le lecteur trouvera des liens et des références dans un *working paper*, ayant en outre vocation à intégrer des évolutions jurisprudentielles postérieures à la remise de cet article, à

l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/face-au-fait-des-maternites-de-substitution-gpa-qu/>

Les juges sont pris à partie et on ne peut reprocher au juge français de rendre des décisions en matière de GPA, puisque des justiciables leur portent des causes à trancher, que c'est leur office de le faire et qu'ils doivent y procéder en application des règles de droit en vigueur, y compris les règles européennes, telles qu'interprétées par la CEDH.

Dans son office, le juge a pour fonction de reprendre les solutions techniques, cela et pas plus. Mais il peut aussi à travers la technique de motivation exprimer ce qui est la fonction même du Droit, à savoir la protection de la dignité des personnes, ici le cœur même de la question, comme le posa le Tribunal Fédéral Suisse dans sa décision du 14 septembre 2015.

## **GPA et normativité juridique : du Droit et du Fait**

La maternité de substitution (appelée souvent GPA) est une pratique qui consiste, pour un couple – ou une personne seule – à se mettre d'accord avec une femme pour que celle-ci devienne enceinte et leur remette à la naissance l'enfant afin que celui-ci soit rattaché aux premiers en tant que parents de l'enfant. Les modalités peuvent être diverses mais l'objet de l'accord, sa cause finale, est celui-là.

On débat autour de cette pratique, soit pour la décrier et demander au Droit d'utiliser sa force pour s'opposer à la puissance de fait de cet arrangement, soit pour l'approuver et demander au Droit d'accompagner cette pratique entre personnes consentantes ajus-

tant leurs volontés dans un espace privé s'épanouissant dans un monde ouvert et globalisé. On la décrit, soit comme étant une pratique sociale, soit comme une pratique médicale, soit comme une pratique juridique puisque l'accord prend la forme d'un échange de consentements : la « convention » selon la terminologie francophone, l'« arrangement » selon la terminologie anglophone.

Le débat est très vif et l'opposition souvent radicale. Pour certains, il s'agit d'un progrès puisque chacun doit pouvoir accéder au bonheur d'être parent, personne ne contestant que chacun est apte à élever un enfant, les couples homosexuels tout autant que les autres. Pour d'autres, cette pratique met en esclavage des femmes, la première victime en étant l'enfant, dont le premier droit est de n'être pas une chose ainsi cédée, le fait que la cession soit opérée à titre gracieux n'ôtant en rien le venin de cette réification.

Il s'agit ici de reprendre cette question, que certains considèrent comme une question de civilisation, sous un angle particulier, celui qui concerne plus directement les juges, en se demandant ce que peut faire et doit faire le juge confronté à la GPA.

Cette question s'insère elle-même dans un thème plus général, qui s'appuie sur l'argument si souvent avancé, à savoir l'impuissance du Droit et de ceux qui le concrétisent ou le créent : il serait bien inutile de débattre et de se disputer car, quoi que l'on pense et quoi que l'on dise, la pratique serait si puissante que le Droit serait ridiculement impuissant. Les chiens des Parlements et des Cours peuvent bien aboyer, la caravane des désirs

d'enfant passera. Cela serait vrai pour la GPA comme pour bien d'autres phénomènes techniques, sociétaux ou économiques, notamment dès que le numérique s'en mêle. Il suffit par un clic d'aller sur les sites qui proposent par catalogues entiers la porteuse idoine pour l'enfant idéal à venir, déjà virtuellement présent.

Ainsi, quand bien même la pratique de la maternité de substitution ne serait pas approuvée, voire serait estimée monstrueuse, cette pratique serait si répandue, recherchée avec élan par les intéressés, vantée par les vedettes qui relatent dans les médias mondiaux le bonheur apporté ainsi aux nouveaux nés, qu'en conséquence les personnes qui désapprouvent la GPA ne pourraient plus que pousser un soupir, se draper dans ce que serait leur splendide vertu et reconnaître leur défaite. Ainsi, quoi qu'il en pense à la maison, le juge devrait donc suivre ce qui serait une loi universelle du désir d'enfant, désir à la fois particulier et commun, servi par une offre mondiale de « gestation ».

La GPA serait alors l'exemple avancé d'un phénomène plus général : la défaite de la normativité juridique devant le Fait, le fait technologique (FIV), sociétal (désir d'enfant), économique (agence mettant en connexion offres et demandes) et géographique (facilité d'aller dans un pays où la pratique est légale, ou licite, ou tolérée). Rarement le Fait et le Droit auront été si nettement opposés. Le Droit serait-il donc désormais l'inférieur du Fait? Peut-être. Sommes-nous au temps du dont-acte? En tout cas, il faut y réfléchir. La GPA en est une bonne « épreuve », au sens probatoire du terme, notamment lorsque les réflexions autour de l'ordre public continuent.

Distinction du Fait et du Droit, *summa divisio* des systèmes juridiques! Opposition du Droit et du Fait, sujet classique! On affirmait naguère que le Droit, en tant qu'il exprime des principes qui s'imposent en eux-mêmes, porteurs de règles communes à tous et expressions de valeurs, s'impose aux faits, aux pratiques et aux comportements des personnes qui, en tant qu'« assujetties », doivent plier devant ces règles objectives et abstraites. Il est certes de bonne méthode pour ceux qui décident en Droit, législateur ou juge, de connaître les pratiques, les raisons des comportements, les façons de faire ; bref, de connaître et de considérer le Fait, pour mieux décider en connaissance de cause.

Mais il est aujourd'hui courant de soutenir que le Fait est premier, que la puissance des faits a été accrue par une globalisation économique, financière et numérique, qui a autant

**« Quoi qu'il en pense à la maison, le juge devrait donc suivre ce qui serait une loi universelle du désir d'enfant, désir à la fois particulier et commun, servi par une offre mondiale de "gestation". »**

de formes et de mystères qu'elle a de zélateurs et d'études qui lui sont consacrées. Ainsi, les conventions de maternité de substitution sont des arrangements ayant pour objet la venue au monde d'un enfant désiré par une personne ou un couple. C'est non seulement l'enfant qui est désiré mais sa venue au monde, ce qui distingue radicalement la GPA de l'adoption, puisque la première concerne un enfant à naître alors que la seconde concerne un enfant né.

Face aux faits mondialisés, le Droit serait impuissant. En effet, si un législateur national, par un souci qui lui est propre, continuait de prohiber la convention de gestation pour autrui, comme le fait l'article 16-7 du code civil, quelle que soit la puissance intrinsèque du principe sur lequel cette interdiction est fondée, ici la dignité de la personne humaine, les individus ayant un désir d'enfants et voulant recourir à une mère-porteuse, pourront répondre à une sollicitation d'une agence dont les propositions sont accessibles sur le Net et se soustraire à la prohibition nationale en allant dans un pays sous le soleil duquel cet accord n'est pas entravé.

C'est pourquoi il est dit ou suggéré aux institutions qui expriment le Droit : « ne luttiez pas, vous êtes trop faibles ». Ce discours très général s'adresse aussi bien au législateur qu'aux tribunaux. Il est autoréalisateur d'une évolution du Droit, autoréalisation qui donnerait pleine efficacité à la GPA, soit par des lois qui abandonneraient toute prohibition de la GPA, soit par des jurisprudences qui admettraient la transcription sur l'état civil national de liens de filiation entre l'enfant et les adultes qui ont commandé sa venue au monde, sur le seul fondement de cette intention, puisque ce fût leur volonté et que chacun y a consenti. Cette évolution est possible ; mais cela sera alors soumettre totalement le Droit au Fait.

Contrairement au législateur californien, les législations des systèmes européens de droit continental imposent leur conception, considèrent que la GPA n'est pas une affaire de vie privée que seul le droit des contrats

devrait régir. Ils continuent de poser que le droit public de l'état civil, de la filiation et de l'état des personnes est en cause. Les législateurs utilisent le droit civil pour attacher une nullité absolue aux conventions de GPA. Ils recourent au droit pénal pour sanctionner les personnes qui pratiquent l'activité d'intermédiation dans l'opération de GPA ou qui se présentent comme le parent d'un enfant qui n'est pas le leur (délict de substitution d'enfant).

Dans le même temps, le juge français est le gardien non seulement du droit français mais encore du droit supranational intégré dans celui-ci par la hiérarchie des normes. En cela, le juge français continue d'avoir pour office de trancher les litiges en utilisant des règles de droit qui lui sont applicables, notamment le droit européen tel qu'interprété par la jurisprudence européenne. Le juge ne peut pas ne pas répondre, principe rappelé par l'article 4 du code civil. Il doit statuer en application des règles de droit, notamment européennes, comme le pose l'article 12 du code de procédure civile. Il ne faut donc pas reprocher au juge français d'avoir « répondu ». La question aujourd'hui ouverte est plutôt celle de savoir, au regard des pouvoirs et de l'office du juge, s'il peut dégager des solutions techniques plus fines et s'il peut répondre par principe.

## **La GPA et la Cour européenne des droits de l'homme**

Le juge français est obligé de respecter l'ensemble des normes actives dans le système

juridique qu'il garde, sauf à entrer en rébellion, même s'il lui est loisible de s'inspirer de solutions étrangères si elles lui paraissent adéquates, dès l'instant qu'elles n'entrent pas en conflit avec le Droit qu'il doit concrétiser.

Si une personne exerce son droit subjectif processuel de « droit au juge », ce juge est obligé de répondre. Concrètement, soit parce qu'un adulte a été attaqué devant un juge pour avoir obtenu un enfant grâce à une GPA, soit parce qu'un adulte a saisi un juge pour obtenir de l'État français que celui-ci rende efficace une GPA malgré la prohibition nationale, le demandeur arguant du fait que la convention a été conclue et réalisée dans un pays qui l'admet, le juge français doit répondre. L'article 4 du code civil a posé la règle bien avant que l'article 6 CEDH ne la reprenne.

Si la GPA est réalisée en France, elle est frappée d'inefficacité par le droit civil et ne peut pas donner lieu à une transcription sur l'état civil d'un lien de filiation entre l'enfant qui est issu du processus et ceux qui ont commandé l'enfant. De la même façon, les personnes qui y ont recours en répondront pénalement devant la justice pénale, en application de l'article 227-12 du code pénal et 227-13 du même code.

En revanche, si la GPA est réalisée dans un pays régi par un système juridique dans lequel la GPA est organisée par la loi (GPA légale) ou est licite ou est tolérée, la question posée au juge français est celle de l'effet d'une telle pratique au regard de l'ordre public français.

Lorsque la question fût posée au seul juge français, celui-ci, par des arrêts rendus par la

première chambre civile de la Cour de cassation, tout d'abord au nom de l'ordre public le 17 décembre 2008, puis d'une voix plus forte au nom de la sanction de la fraude le 13 septembre 2013, a annihilé tout effet juridique d'une telle pratique, en refusant l'inscription sur l'état civil français de l'état civil établi à l'étranger sur lequel un lien de filiation avait été mentionné entre l'enfant et ceux qui avaient organisé sa venue au monde par GPA.

Lorsque la question fût posée à la Cour européenne des droits de l'homme dans les cas *Mennesson* et *Labassée*, le juge européen y répondit par deux arrêts de section du 26 juin 2014 différemment et d'une façon beaucoup moins radicale : en invoquant les droits de l'enfant en application de l'article 8 CEDH, il a estimé que l'État devait transcrire le lien de filiation entre cet enfant et son père biologique, nonobstant les conditions de sa naissance.

La jurisprudence de la CEDH n'est pas stabilisée, puisque l'arrêt de la Grande Chambre est attendu dans le cas *Paradiso*, mais lorsque la Cour de cassation dut à son tour répondre en assemblée plénière le 3 juillet 2015, c'est sur la seule base des arrêts de section qu'elle reprit la solution, à savoir l'obligation pour l'État français de transcrire sur l'état civil français la filiation entre l'enfant et son père biologique, malgré les circonstances de sa naissance, obligation associée au maintien dans l'ordre juridique national de la prohibition de la GPA.

L'on peut penser ce que l'on veut des arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation mais l'on ne peut faire de reproches

techniques aux solutions : le juge est là pour concrétiser les solutions qu'exprime le système juridique d'ensemble dont il est le gardien.

Si la CEDH, par l'arrêt *Paradiso* que sa Grande Chambre va rendre change l'inter-

« Aujourd'hui, la prohibition non seulement existe dans les textes mais elle est enracinée dans le principe de dignité de la personne attachée à tout être humain. »

prétation de l'article 8 de la Convention, alors le juge français devrait changer sa solution, adoptée en décalque du droit européen alors cristallisé le 3 juillet 2015.

La question aujourd'hui ouverte est plutôt à la fois en aval et en amont.

En aval, la question porte sur les modalités : en amont, la question porte sur les motivations.

## Motivation de principe et solutions techniques

Le juge à la fois doit reprendre dans son dispositif les solutions techniques du système juridique dont il est le gardien et peut exprimer dans la motivation le principe fondamental de dignité de la personne.

Le juge est dans une situation différente suivant qu'il existe dans le système juridique dont il a la garde une règle législative explicite ou non.

Lorsque la question fut posée pour la première fois à la Cour de cassation en 1991, la pratique des mères-porteuse s'étant mise en place par le biais d'une association montée

par un médecin, aucune loi ne visait ce fait. Le Premier président Pierre Drai décida alors de réunir sur premier pourvoi l'assemblée plénière et celle-ci, par son arrêt du 31 mai 1991 affirma qu'une telle « convention de mère-porteuse » était frappée de nullité absolue car le corps des femmes est indisponible et qu'on ne peut en droit céder les enfants, même à titre gratuit. Le principe de dignité n'a pas besoin d'être exprimé par la loi pour exister dans un État de droit. Ce n'est que par la suite que les lois relatives à la bioéthique de 1994 insèrent l'article 16-7 précité du code civil.

Aujourd'hui, la prohibition non seulement existe dans les textes mais elle est enracinée dans le principe de dignité de la personne attachée à tout être humain (article 16 du code civil) et le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013 *relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* a posé une réserve de constitutionnalité brisant tout lien entre la compatibilité entre le pouvoir constitutionnellement reconnu du législateur d'insérer en droit français le mariage entre personnes de même sexe et ce qui aurait été une admission implicite de la GPA.

Le juge paraîtrait à première vue « pieds et poings liés », dès l'instant qu'il est respectueux de ce que demeure le juge dans les systèmes de droit continental, lesquels attribuent au législateur le pouvoir de changer la loi commune.

Effectivement, lorsque le Procureur général près la Cour de cassation demanda à l'assemblée plénière d'instaurer en aval une sorte de contrôle *a priori* de la réalité du lien

biologique entre l'enfant et l'homme se présentant comme son « père » pour obtenir la transcription du lien de filiation sur l'état civil français, précaution judicieuse, il ne fut pas suivi. En effet, seul le législateur peut modifier ainsi par ajout le système juridique technique.

Mais prenons non plus la perspective de l'aval et regardons plutôt la décision du juge dans sa première partie, à savoir non plus le dispositif mais la motivation. Chacun sait que ce pourquoi le juge décide est aussi important en jurisprudence que ce qu'il décide, voire davantage.

Or, la Cour de cassation a très pauvrement motivé ses arrêts du 3 juillet 2015. Le juge n'est jamais obligé à une telle contraction.

En comparaison, l'équivalent de la Cour de cassation en Suisse, le Tribunal fédéral, a été saisi exactement de la même question. Il y a apporté la même solution technique, à savoir l'obligation pour l'État de transcrire le lien de filiation s'il existe un lien biologique entre celui qui demande cette transcription et l'enfant. Mais avant de reprendre cette solution technique par un arrêt du 14 septembre 2015 en respect de la jurisprudence européenne, le Tribunal fédéral a fortement motivé son arrêt.

Il a posé tout d'abord que la question de la GPA est autonome de l'aptitude du couple qui accueille l'enfant à élever celui-ci, les couples homosexuels étant aussi aptes que les couples hétérosexuels à élever des enfants. Le Tribunal fédéral a posé la seule question qui compte : la GPA est-elle conforme aux droits de l'enfant ? Le grand juge est non pas celui

qui répond à la question mais celui qui la reformule.

Il a répondu à la question qu'il avait ainsi reformulée en affirmant que la GPA consiste à céder un enfant. La cession de l'enfant réduit celui-ci à être une chose, de la « matière première », selon les termes du Tribunal, alors que le premier droit d'un être humain est d'être une personne et non pas de la matière cessionnelle. Certes, les êtres humains, faits de chair et de sang, êtres contingents et pouvant toujours trouver plus forts qu'eux, peuvent « dans les faits » se céder ou être cédés, mais pas dans le Droit. C'est cette différence qui rend la distance entre le Droit et le Fait si précieuse. À ce titre, non seulement le droit de sa mère mais encore, voire surtout, le droit fondamental de l'enfant à être une personne, est violé. Voilà la motivation.

À cette motivation s'articule l'insertion du droit national suisse dans le droit européen, tel qu'il résulte en 2015 des arrêts *Mennesson* et *Labassée*, longuement considérés dans l'arrêt du Tribunal fédéral, conduisant celui-ci à reprendre la solution technique fondée sur le lien biologique, mais l'essentiel est la motivation. En effet, celle-ci est générale et abstraite et, de la même façon que dans son arrêt de 1991 la Cour de cassation française avait posé que l'on ne peut céder un être humain, même à titre gratuit car il est de droit une personne, le Tribunal fédéral suisse pose que le droit exclut que l'enfant soit traité comme de la matière première. Certes de fait les êtres humains sont souvent traités comme des choses et cédés, mais de droit cela est exclu. Cela n'est pas être « irréaliste » et « non-pragmatique » que de parler comme le font les

juges : c'est intégrer la distinction entre le Fait et le Droit, sans laquelle il n'y a plus de Droit car sans cette distance le Droit ne serait plus qu'un ensemble de techniques juridiques pour accroître l'efficacité des arrangements.

Des motivations générales et abstraites sont requises non seulement dans l'office des cours suprêmes, non seulement dans leur office dans la hiérarchie des normes, mais encore parce que les motivations permettent d'anticiper les solutions à donner aux cas nouveaux qui vont être présentés aux juges multiples et que ceux-ci devront trancher. Et le temps des procès va venir. Cela pour plusieurs raisons.

En premier lieu, la GPA est bien plus une pratique sociale qu'une innovation technologique, tandis que l'affirmation selon laquelle tout être humain est une personne et non pas une chose a été édictée depuis fort longtemps. Mais l'imagination des opérateurs économiques est la source principale d'innovation. Ainsi il est aujourd'hui possible de prélever un ovocyte chez une femme, de le féconder avec des gamètes d'un donneur, avant d'implanter l'ovule qui en résulte chez une autre femme. La confrontation du Droit à la biologie est difficile et violente non seulement parce qu'il faudrait donc que les juges connaissent cette matière technique devenue ainsi leur « objet » mais encore parce que dès qu'un tel rapport s'établit la biologie a tendance à dicter sa « loi » au Droit. Les juges suisses ont qualifié les personnages-clés de l'opération et ont nommé la première de « mère génétique » et la dernière de « mère biologique ». Mais ce vocable n'a pas de sens en raison des échanges épigénéti-

ques entre la mère et l'enfant pendant la grossesse. Les juges n'auront donc plus de mots, s'ils renoncent à l'attribution que la loi fait de ce mot « mère » à la femme qui accouche de l'enfant. L'on pourrait certes ne pas y prêter attention car bien qualifier la réalité peut paraître exercice de professeur, mais les contentieux vont venir. En effet, des entreprises, pour accroître les chances techniques de réussite du processus, ont implanté le même « matériel génétique » masculin et féminin dans deux femmes différentes et les deux enfants nés à des endroits différents à des moments différents sont qualifiés par les médecins comme relevant d'un phénomène de *twining*. Quand les juges seront saisis, que diront-ils s'ils n'ont à leur disposition pour trancher qu'une solution technique établie pour un cas particulier et non plus un principe ?

En second lieu, le temps des procès est là parce que le temps des responsabilités va venir. En effet, la GPA est au moins une convention et au mieux un contrat. Mais entre qui et qui ? Quand on lit les modèles disponibles sur Internet, ce sont des conventions entre les agences intermédiaires et les porteurs du projet d'enfant. Parce que le vocabulaire marchand n'est jamais utilisé, le prix est désigné comme une « compensation financière » et les honoraires prennent le plus souvent la forme de « fees » d'entrée dans une association à but non-lucratif, tandis qu'il est courant de désigner contractuellement la mère-porteuse de « portuseuse (*Surrogate*). Mais tous les « donneurs de filiation » y sont absents : la « donneuse d'ovocyte », le « donneur de gamète ». Certes, les



agences demandent leur renonciation par avance de leur existence, mais les procès ont déjà eu lieu, la reconnaissance de paternité a été reconnue et les droits paternels y compris pécuniaires ont été admis.

Plus encore, l'enfant est le grand absent de ces arrangements. Or, au Royaume-Uni ou en Australie, les premiers procès apparaissent. Tandis que les législateurs des pays pauvres prennent des lois nouvelles pour interdire la GPA, les juridictions des pays riches commencent à devoir répondre à des difficultés nouvelles et le prochain demandeur à paraître devant elles, cela sera l'enfant. Dans un premier temps, ce fut le ministère public qui poursuivait les personnes qui recouraient à la GPA malgré la prohibition nationale de celle-ci et, dans un jugement du 1<sup>er</sup> juillet 2015, le tribunal correctionnel de Bordeaux a sanctionné un couple qui avait eu recours à une mère-porteuse des pays de l'Est, tandis que le parquet utilisait son pouvoir en matière civile pour s'opposer à la transcription sur l'état civil de filiation résultant d'une GPA réalisée à l'étranger. Dans un second temps, ce furent les parties à la convention qui saisirent les tribunaux. On a surtout prêté attention aux adultes qui ont voulu la venue au monde de l'enfant, se présentant selon la terminologie américaine comme des « parents d'intention » et qui ont attaqué l'État qui refusait de transcrire la filiation sur l'état civil national. Cette attention est justifiée du fait que cette question est montée jusqu'aux hautes juridictions et que les couples en question étaient souvent de même sexe, la GPA étant alors associée au « droit à la parentalité », parfois présenté

**« Plus encore, l'enfant est le grand absent de ces arrangements. Or, au Royaume-Uni ou en Australie, les premiers procès apparaissent. »**

comme un droit corrélatif de l'ouverture du mariage au couple entre personnes de même sexe.

Mais des contentieux naissent à l'initiative d'autres types de demandeurs, formulant d'autres prétentions, montrant que la GPA est une question qui n'a pas de rapport avec l'homosexualité. En effet, des contentieux sont nés lorsque l'enfant fourni se révèle n'être pas conforme aux attentes de ceux qui ont demandé à ce qu'il naisse afin de leur être remis. Cette non-conformité entraîne un rejet de leur part. Que devient le grand absent qu'est l'enfant ? On sait que dans le cas *Paradiso*, dans l'arrêt de section de la CEDH, actuellement réexaminé par la Grande Chambre de celle-ci, l'État italien a été sanctionné pour n'avoir pas transcrit la filiation d'une GPA faite à l'étranger, mais l'enfant n'a pas pour autant été remis au couple qui a saisi

**« Que devient le grand absent qu'est l'enfant ? »**

la Cour pour obtenir sa livraison. En France, le tribunal correctionnel de Blois par un jugement du 22 mars 2016 a examiné sur le fondement de l'escroquerie le cas d'une mère-porteuse qui avait conventionnellement promis l'enfant à plusieurs couples, l'enfant ne pouvant plus être rattaché à l'un des hommes commanditaires, puisque relevant biologiquement du mari de la mère.

Certaines conventions organisent juridiquement les relations entre la mère-porteuse

et ceux qui attendent d'elle qu'elle engendre l'enfant. La convention a alors pour objet de reconstituer ce qui serait la « vérité » : ainsi les personnes qui ont désiré la venue de l'enfant sont désignées comme ses « véritables parents », tandis que celle qui le porte et en accouche renonce explicitement à tous ses droits le concernant et affirme n'avoir aucun lien avec lui, n'étant que « porteuse ». Ainsi, si une décision d'IVG doit être prise ou doit être refusée, c'est aux « parents d'intention » d'en décider. Mais de fait, c'est la femme qui porte l'enfant qui a le pouvoir de décider d'interrompre ou non la grossesse. C'est pourquoi les contrats stipulent que si elle y procède elle engagera sa responsabilité contractuelle. Que vont répondre les juges ?

**« Tout être humain est une personne et non une chose, toute personne qui traite un être humain comme s'il était de la matière première engage de ce seul fait sa responsabilité. »**

Sans doute non saisi directement d'une demande en indemnisation, mais plutôt d'une demande en paiement par une mère-porteuse qui n'aura pas reçu la « compensation financière » attendue, l'agence affirmant avoir procédé légitimement à un paiement

par compensation avec les dommages et intérêts dus.

C'est d'ailleurs sans doute des mères-porteuses et des enfants que les prochains contentieux vont venir. On observe des procès intentés par les premières en Australie ou au Royaume-Uni. Certains pensent que les seconds auront la possibilité d'attaquer tous les intermédiaires dans ce nouveau monde économique de la GPA, car le précédent *Peruche* interdit de soutenir qu'il ne peut pas reprocher à quelqu'un d'être né plutôt que de n'être pas né si les conditions dans lesquelles on est né peuvent être reprochées à des professionnels. Des actions collectives pourraient se mettre en place.

Dans ce temps des procès qui s'annoncent, les juges, pour y répondre car ils ne peuvent pas ne pas y répondre, seront obligés de dépasser les quelques solutions techniques pour exprimer l'idée fondamentale du Droit que le législateur pose et que la jurisprudence européenne dans son état actuel ne dénie pas : tout être humain est une personne et non une chose, toute personne qui traite un être humain comme s'il était de la matière première engage de ce seul fait sa responsabilité.