



Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ?

Clotilde Brunetti-pons

DANS **LES CAHIERS DE LA JUSTICE 2016/2 N° 2**, PAGES 249 À 264

ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996216023

DOI 10.3917/cdlj.1602.0249

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-2-page-249?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ?

par Clotilde Brunetti-Pons

Clotilde Brunetti-Pons, Maître de conférences à l'université de Reims, responsable du Centre de recherche sur le couple et l'enfant.

Mal maîtrisé à l'échelle des flux transfrontières, le tourisme procréatif est organisé en filières et coordonné par des sociétés commerciales dans un but lucratif. L'ordre public français, incarné notamment dans les textes qui prohibent tout acte de commerce sur le corps humain, paraît incapable de l'endiguer. Mais il n'est pas seul en cause. La diversité des législations à l'échelle mondiale et l'absence de conventions internationales favorisent les abus et conflits d'intérêts ; corrélativement, le recul du droit menace d'offrir un boulevard au « marché de la procréation ».

Poorly controlled at the level of cross-border flows, reproductive tourism is an organised business, coordinated by commercial companies operating purely for profit. French public policy, embodied in laws prohibiting the marketing of the human body, seems incapable of stemming the flow. But this is not the only factor. The diversity of legislations on the issue worldwide and the lack of any international conventions encourages abusive practices and conflicts of interest. Correlatively, the declining influence of the Law threatens to leave the way open for surrogacy market to develop.

L'impact de la loi du 17 mai 2013¹, « cheval de Troie »² du tourisme procréatif, a été sous-évalué lors des débats parlementaires. Le mariage entre deux personnes de même sexe modifie non seule-

ment le contenu de notre ordre public familial mais aussi nos principes directeurs et nos catégories logiques³, y compris le « couple parental »⁴, seul modèle émergent des quarante dernières années⁵. Faudra-t-il laisser le champ entièrement libre à la volonté individuelle ?

1. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

2. F. Dekeuwer-Défossez, « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », *RLDC*, juin 2013, 5126, p. 40-42.

3. Et non pas d'ordre culturel, s'agissant par exemple de la généalogie ; V. P. Legendre, *Leçons IV, L'investissable objet de la*

transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident, Paris, Fayard 1985 et 2004, p. 128.

4. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 et s.

5. V. nos obs. dans « Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ? », *RLDC*, févr. 2014, 5325, p. 84-90.

La question est grave : en détachant la filiation de la causalité qui la définit, le législateur ouvre la boîte de Pandore. Hors causalité, tout devient possible, sous la seule réserve des principes du titre VII du Livre 1^{er} du code civil, et spécialement du jeu des articles 320, 323 et

« Via le tourisme procréatif ainsi encouragé, y compris à l'échelle de la CEDH, la "traite des femmes et des enfants" devient possible, alors même que les instances internationales ont cherché pendant des années à éviter les trafics d'enfants et d'êtres humains. »

376, dont toutefois l'absence de valeur supra-législative⁶ et la faible position au regard du principe d'indifférenciation de la sexuation énoncé depuis 2013 en tête du code civil, à l'article article 6-1, sonnent le glas.

En particulier, sous l'angle de notre sujet, et dès lors que le législateur, validé sur ce point par le Conseil constitutionnel⁷, ouvre la filiation aux couples de même sexe, les interdictions – portées par notre code de la santé publique en matière d'assistance médicale à la procréation (art. L. 2141-2) et celles

que fixe l'article 16-7 du code civil s'agissant des maternités de substitution – perdent leur sens premier, qui est d'abord de protéger la filiation de l'enfant. Via le tourisme procréatif ainsi encouragé, y compris à l'échelle de la CEDH⁸, la « traite⁹ des femmes et des enfants »¹⁰ devient possible, alors même que les instances internationales ont cherché pendant des années à éviter les trafics d'enfants et d'êtres humains¹¹.

L'expression de « tourisme procréatif¹² » recouvre le cas dans lequel des ressortissants français font un court séjour à l'étranger dans le but d'obtenir la naissance ou la conception d'un enfant par des pratiques qui sont interdites ou plus strictement conditionnées en France. Dans le présent article, l'analyse sera axée sur le tourisme procréatif favorisé par la loi du 17 mai 2013 en ce qu'il y a, spécifiquement dans ce dernier cas, dissociation de la filiation biologique et de la filiation volontaire, cette dernière reposant exclusivement sur la volonté sans aucun lien avec la biologie¹³ dans le cas de l'adoption par le conjoint de même sexe ou par un couple de même

6. Le Conseil constitutionnel aurait pu reconnaître une valeur supra-législative aux grands principes du droit de la filiation ; il ne l'a pas fait. V. notre analyse dans « Après la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, quelles perspectives pour le droit de la famille ? » *Famille et corps : identité et transmission, Recherches familiales*, UNAF, 2014, p. 111-130.

7. C. const. DC, 17 mai 2013, n° 2013-669, décision comportant toutefois une limitation de la portée de la loi, mais qui n'a pas été entendue : V. J. Roux, « *Vox clamantis in deserto* – L'appel ignoré du Conseil constitutionnel à « priver d'effet » le recours illicite à la PMA et à la GPA », *JCP* éd. G. n° 16, 20 avr. 2015, doctr. 483.

8. V. nos obs. dans « L'impact de l'Union européenne sur le droit de la famille ; aspects extrapatrimoniaux – Mise en relief des grands mouvements d'évolution ; l'exemple du droit français », *Nouveaux acteurs européens et méditerranéens de la société internationale du xxe siècle*, cycle de conférences de l'université

internationale de Catalogne, *Espaliú Berdud C.*, (Éditeur), « *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI* », Thomson Reuters, Duo, 2016.

9. M. Fabre-Magnan, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot », D. 2014, p. 491.

10. Résolution du Parlement européen du 5 avr. 2011 « sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes », 2010/2209 (INI).

11. Pour un recensement et une analyse de l'ordre public familial européen, V. nos obs. in : « L'impact de l'Union européenne sur le droit de la famille ; aspects extrapatrimoniaux. Mise en relief des grands mouvements d'évolution ; l'exemple du droit français », *loc. cit.*

12. J.-J. Lemouland, *Le tourisme procréatif*, LPA, 2001, n° 62, p. 84.

13. C'est en cela qu'il y a une rupture profonde avec le droit antérieur. V. J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la

sexe. Le fondement juridique sollicité est alors très différent de celui que l'on met en avant dans le cas d'une aide médicale à la procréation (AMP), dont le but est de pallier une stérilité médicalement constatée et instituant une filiation modélisée sur la filiation biologique, comme dans le cas de l'adoption avant L. 2013 sur le fondement de l'article 358¹⁴ du code civil.

L'expression de « droit à l'enfant¹⁵ » recouvre une revendication concernant d'abord les cas dans lesquels « l'offre d'enfant » répond à une demande qui ne vient pas pallier une stérilité médicalement constatée : celle des célibataires et de couples de même sexe. La question de l'adoption ne sera pas non plus abordée dans sa globalité car le sujet tourne avant tout autour du tourisme procréatif ; il ne sera donc question de l'adoption que dans la mesure où celle-ci permettrait aujourd'hui l'établissement d'un lien de filiation *post* tourisme procréatif.

L'ordre public français, incarné notamment dans les textes prohibant tout acte de commerce sur le corps humain, paraît incapable d'endiguer ce tourisme procréatif ; mal maîtrisé à l'échelle des flux transfrontières, le tourisme procréatif est désormais organisé et

coordonné par des sociétés commerciales dans un but lucratif.

Un tourisme procréatif que l'ordre public français n'arrive plus à endiguer

Un récent rapport¹⁶, présenté au nom de la commission des lois du Sénat, met en avant le constat suivant : « les interdits structurants édictés par le droit national sont mis à l'épreuve du fait accompli et le juge est sommé de faire produire des effets, dans l'ordre juridique français, à des situations créées à l'étranger en contradiction avec le droit national ». Le « tourisme procréatif » questionne en effet juridiquement dans l'hypothèse où il permet une fraude à la loi française impérative¹⁷. Or, la complexité de notre système normatif sur le sujet favorise

« La complexité de notre système normatif sur le sujet favorise ces fraudes et l'on observe corrélativement la régularisation progressive des pratiques consacrant un "droit à l'enfant". »

ces fraudes et l'on observe corrélativement la régularisation progressive des pratiques consacrant un « droit à l'enfant ».

famille », in C. Brunetti-Pons, dir., *La complémentarité des sexes*, Mare & Martin, 2014, p. 59-74, spéc. p. 33 : « L'heure de vérité sonne quand on passe à la fabrication des enfants où la portée de la fiction atteint non pas seulement le système juridique mais la nature elle-même ».

14. Art. qui demeure aujourd'hui dans le code civil. Il existe donc une contradiction entre l'art. 358 et l'art. 6-1, relevée par l'avocat général D. Sarcelet, V. rapport avant avis, 22 sept. 2014, cité *infra*.

15. Recherche sur « Le droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde », mission de recherche Droit et Justice, en cours

(2015-2017), C. Brunetti-Pons, dir., Rapport intermédiaire remis fin déc. 2015.

16. Rapport d'information n° 409 (2015-2016) du 17 févr. 2016, fait au nom de la commission des lois du Sénat, Y. Détraigne et C. Tasca, « Les conséquences à tirer des jurisprudences récentes en matière de PMA et GPA ».

17. *Ibid.* Le rapport souligne : « La situation est d'autant plus délicate qu'au centre du débat se trouve l'enfant, qui ne peut être la victime du comportement de ses parents ».

Un enchevêtrement de normes favorisant les fraudes

Le tourisme procréatif n'est pas en soi une infraction pénale¹⁸ : il faut que la pratique soit réalisée sur le territoire français pour tomber sous le coup de la loi française. En droit interne, les sanctions sont les suivantes¹⁹ : tout d'abord, la procréation ou gestation pour le compte d'autrui réalisée en France est punie de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende, comme portant atteinte à l'état civil et à la filiation de l'enfant, la supposition d'enfant étant constitutive d'un délit (c. pénal, art. 227-13) ; toutefois, les intermédiaires n'encourent que six mois de prison et 7 500 euros d'amende, ces peines étant portées au double lorsque les faits sont commis à titre habituel ou dans un but lucratif (c. pénal., art. 227-12).

En second lieu, et s'agissant de l'AMP, l'article 511-24 du code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation lorsque celles-ci ne répondent pas à la demande parentale d'un couple ou lorsque le couple bénéficiaire n'est pas composé d'un homme et d'une femme vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et ayant préalablement consenti au transfert des

embryons ou à l'insémination artificielle. Est puni des mêmes peines le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation en vue d'un objet autre que de remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou d'éviter la transmission à un enfant d'une maladie d'une particulière gravité (c. pénal, art. 511-24, al. 2).

Ces sanctions ne sont pas applicables lorsque l'insémination artificielle est réalisée dans un pays qui pose des conditions plus permissives que celles du droit français. *Idem* lorsque les « conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui »²⁰ y sont valables. Une incrimination pénale dans le cadre du tourisme procréatif supposerait qu'il y ait, sur le plan international, une double incrimination : pour qu'il y ait possibilité d'enclencher les poursuites au pénal, il faudrait que le fait pénal en question, même s'il est juridiquement prévu par le code pénal français, reçoive aussi une qualification pénale dans le pays où le contrat a été passé. La sanction pénale n'est donc guère envisageable lorsque la pratique est autorisée par les lois du pays étranger.

Il reste à envisager des sanctions civiles. Quand il est question en la matière de « poursuite » sur un plan civil, il s'agit plus

18. Sur les sanctions, V. F. Dreifuss-Netter, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *Rev. sc. Crim.*, 1986, p. 292.

19. Sur les maternités de substitution, V. M. Lobe Lobas, « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », *Mélanges C. Neirinck, LexisNexis*, 2015, p. 581-596. Sur la question des procréations médicalement assistées, V. I. Copart, « Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ? »,

Forum Shopping médical, D. Brach-Thiel et J.-B. Thierry, dir., (colloque Nancy, 14 févr. 2014), éd. PUN-Edulor.

20. Pour reprendre la terminologie de l'art. 16-7 du code civil français. Les Américains sont moins « pudiques » et emploient l'expression de « *bomb for rent* », autrement dit de « ventre à louer ». Le vocabulaire est important en la matière. Dans le rapport précité note 15, un lexique est en cours d'élaboration. Sur l'importance des mots, V. M.-A. Frison-Roche, « Sophistique juridique et GPA », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 85.

exactement d'une « action en contestation de filiation » ou en « inopposabilité de l'acte étranger ». Tout dépend, en l'occurrence, du point de savoir s'il faut se positionner sur le volet strictement « état civil » ou bien sur le volet « état des personnes ».

Se posent alors des questions de compétence : compétence territoriale entre le parquet de Nantes et d'autres parquets susceptibles d'intervenir, notamment le parquet du domicile du ressortissant français ; des questions de compétence matérielle, également sous l'angle de la contestation de l'opposabilité de l'acte de naissance étranger transcrit aux fins d'annulation car indiquant les parents d'« intention ²¹ » et donc contraire à l'ordre public français. La compétence matérielle n'est pas alors évidente pour engager une action civile en contestation d'état puisque, par la transcription et la demande d'annulation, il y a, en aval, également la question de la filiation contestée. La grande difficulté en la matière tient à ce mélange entre la question de l'état civil et la question de la filiation. La complexité du sujet favorise les manœuvres.

Par exemple, des « combines » ²² sont observées : « Là, c'était des célibataires, pacés ou non avec des personnes de même sexe, qui allaient à l'étranger, qui savaient manifestement que le contrat était illicite, mais qui présentaient un récit tout fait – sur le mode : « Je me suis transporté, j'ai passé mes

vacances à l'étranger, j'ai rencontré une jeune femme avec laquelle j'ai eu des relations sexuelles ; quelques mois plus tard, cette jeune femme m'a contacté par téléphone pour m'apprendre qu'elle était enceinte, qu'elle ne souhaitait pas garder l'enfant, parce que c'était contraire à sa religion. Bien évidemment, je n'ai écouté que mon cœur, j'ai repris contact avec cette femme-là pour lui dire que je m'occuperai de l'enfant dont elle devait accoucher, et que je prendrai en charge ses frais de grossesse et d'accouchement ». Et ensuite nous avons une déclaration d'abandon faite par la mère biologique devant l'autorité locale compétente, suivie d'un examen génétique pratiqué par un laboratoire étranger qui attestait que notre Français était bien biologiquement le père de l'enfant » ²³.

Sans compter les pratiques consistant pour des ressortissants français à « payer » ²⁴ les autorités étrangères qui indiquent la filiation de l'enfant sur les actes de l'état civil étranger, ce qui rend très difficile toute suspicion de fraude à la loi française devant nos parquets. S'y est ajoutée une évolution de la position diplomatique de nos postes consulaires qui, pour éviter des difficultés sur un plan humanitaire ²⁵, ont accordé des laissez-passer.

La reconnaissance des effets de telles pratiques a corrélativement progressé.

21. Dans le rapport intermédiaire précité note 15, nous proposons de distinguer selon le moment de l'affaire pour moduler la terminologie : il est question de parents « commanditaires » avant inscription du nom de ceux-ci à l'état civil par les autorités étrangères ; puis de parents d'« intention » une fois l'inscription faite et dès lors que la filiation ne correspond pas ou seulement partiellement à la filiation biologique de l'enfant.

22. Selon l'expression des magistrats interrogés dans la recherche précitée note 15.

23. Extrait d'interview, *ibid.*

24. *Ibid.*

25. Difficultés réelles lorsque la santé de l'enfant, voire sa vie, sont en jeu. V. *infra*.

La régularisation progressive des pratiques consacrant un « droit à l'enfant »

L'existence de législations différentes à l'échelle mondiale soulève des difficultés spécifiques sur le territoire français. La « reconnaissance »²⁶ de décisions ou même de situations dans le cadre de la mise en œuvre

« Le droit de l'UE vient aggraver le phénomène : les Cours européennes posent un principe de reconnaissance, par les États de l'Union, des situations "valablement" créées dans un autre État membre. »

des règles de droit international privé ou simplement *de facto* complique la donne. Par exemple, la direction des Affaires civiles et du Sceau (DACS) fait produire des effets aux situations créées *via* le tourisme procréatif et valablement constituées à l'étranger : en matière successorale²⁷ et pour la délivrance de certificats de nationalité française (CNF)²⁸, solution désormais validée par le Conseil d'État s'agissant des CNF et par la Cour de cassation pour le tout *via* la transcription²⁹. En l'absence de consécration jurisprudentielle se posait en amont la question de la légitimité³⁰ de telles notes ou décisions admi-

nistratives. Il aurait été souhaitable d'y préciser *a minima* : « sous réserve d'une décision judiciaire contraire ». L'*imbroglia* juridique qui en résulte, y compris sous l'angle de la séparation des pouvoirs, n'est pas de bon augure pour nos principes supérieurs et d'ordre public, désormais ouvertement occultés.

Le droit de l'UE vient aggraver le phénomène : les Cours européennes posent un principe de reconnaissance, par les États de l'Union, des situations « valablement » créées dans un autre État membre. La Cour de justice de l'Union européenne le consacre sans équivoque, le terme « valablement » s'entendant devant elle au sens du droit du pays d'origine³¹. La CEDH consacre quant à elle indirectement et avec une portée encore incertaine la méthode de la reconnaissance sur le fondement de la Convention EDH. Le raisonnement suivi est complexe. Dans les arrêts *Menesson et Labassée*, du 26 juin 2014, la Cour considère que, en refusant de reconnaître le lien de filiation que le droit étranger a établi, la France crée une « contradiction » qui porte en l'occurrence atteinte à l'identité des enfants « au sein de la société française »³². La portée³³ d'une telle décision ne doit pas être négligée³⁴ en ce qu'elle

26. V. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH », *Revue critique de DIP*, vol. 1, n° 1, 2015, p. 1.

27. Note de la direction des Affaires civiles et du Sceau, 16 avr. 2015, réf. : C1/499-2013/1.8.7°/ML/MGD.

28. Circulaire du 25 janv. 2013, NOR : JUSC 1301528C.

29. Cass., ass. plén., 2 juill. 2015, deux arrêts, n° 14-21323 et n° 15-50002. V. rapport de M. Soulard, conseiller rapporteur, *Bull. info Ccass.* P. 14-51 ; avis de M. Marin, *ibid.* p. 52-81 ; J.-R. Binet, *Dr. fam.* 2015, repère 8 ; A. Gouttenoire, *JCP éd.* G2015. 1614 ; M.-C. Le Boursicot, *RJPF*, 2015-7, 8/23 ; I. Cor-

part, *RJPF*, 2015-9/20 ; I. Gallmeister, *D.* 2015, p. 1438 ; M.-A. Frison-Roche, *LPA*, 8 oct. 2015, n° 201, p. 6.

30. C. Neirinck, *Dr. fam.*, 2013, comm. 42.

31. Au sujet du nom patronymique : CJCE, 2 oct. 2003, *Avello*, (C-148/02) ; 14 oct. 2008, *Gumkin et Paul* (C-353/08).

32. Selon J. Guillaumé (« Transcription d'un acte de naissance étranger, gestation pour autrui », *Journal du droit international* (Clunet), n° 4, oct. 2014, com. 5), c'est cette contradiction qui constitue l'atteinte à l'identité sociale.

33. M. Fabre-Magnan, « Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la gestation pour autrui », *Le Figaro*, 26 juin 2014.

34. Cass. 1^{re} civ. 19 juin (audience), 3 juill. 2015, deux arrêts, préc.

semble bien imposer la « reconnaissance » de la filiation biologique³⁵. Cependant, elle ne doit pas non plus être exagérée : la CEDH ne condamne pas clairement la France à la transcription des actes d'état civil étrangers ; la contradiction est relevée parce que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pouvait être invoquée. Sur le terrain de la filiation, un tel raisonnement doit-il conduire à tout régulariser³⁶ ; y compris le statut des enfants incestueux³⁷ ? Jusqu'où faudra-t-il aller, au nom des droits de l'homme³⁸, sous couvert d'un soi-disant³⁹ intérêt supérieur de l'enfant⁴⁰ ?

Une telle évolution a été favorisée par un recul très net du domaine de notre ordre public. Une application régulière de l'article 3 du code civil aurait dû faire obstacle au mécanisme de la reconnaissance dans les cas évoqués. C'est d'ailleurs ce qui était apparu évident au départ : dans le cas des maternités de substitution, l'article 3 du code civil faisait que le statut juridique et les conventions ainsi passées suivaient la nationalité des parents « commanditaires » – ou d'« intention » après inscription du lien de filiation sur l'acte d'état civil étranger – et que donc la loi française s'imposait à nos ressortissants,

non seulement en France mais également à l'étranger. La situation fut considérablement obscurcie sous l'influence de la jurisprudence européenne et à la suite de commentaires doctrinaux considérant que, comme ces conventions étaient passées légalement et licitement à l'étranger, la France devait les reconnaître⁴¹. Des membres du parquet⁴² continuent à considérer que cela revient à méconnaître l'article 3 du code civil qui soumet aux lois françaises les ressortissants français, y compris les binationaux, que les conventions soient passées en France ou à l'étranger. Peu à peu, cependant, l'analyse reposant sur la notion de « situation valable-

« La situation fut considérablement obscurcie sous l'influence de la jurisprudence européenne et à la suite de commentaires doctrinaux considérant que, comme ces conventions étaient passées légalement et licitement à l'étranger, la France devait les reconnaître. »

ment constituée » fit évoluer la position des autorités françaises, spécialement lorsque, après la naissance, il fallut délivrer aux ressortissants français des documents de voyage pour protéger la santé de l'enfant⁴³.

35. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour EDH », *loc. cit.*

36. En ce sens J. Guillaumé, *loc. cit.*

37. En ce sens, M. Fabre-Magnan, « Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la GPA », *loc. cit.*

38. C. Neirinck, « Quand les droits de l'homme, pour servir l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui », *Droit de la famille*, n° 9, sept. 2014, com. 128.

39. M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant ; à propos de la gestation pour autrui », *D.* 2015. 224.

40. A. Mirkovic, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant », *RLDC*, 6087.

41. Pour une analyse approfondie sous cet angle, V. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* », *loc. cit.*

42. Membres du parquet interviewés dans le cadre de la recherche préc., note 15.

43. Ce qui rend nécessaires « des mesures préventives et dissuasives au soutien de la prohibition actuelle » (A. Mirkovic, *loc. cit.*), car la mise en danger de la santé de l'enfant est un vrai problème au moment où les autorités doivent se prononcer, l'enfant ayant été d'ores et déjà retiré des bras maternels dans les maternités de substitution (et sachant que, dans de nom-

C'est ainsi sur le fondement⁴⁴ de l'intérêt supérieur de l'enfant placé dans une situation délicate par la situation créée que les conventions de maternité de substitution ont peu à peu imposé leurs effets sur le territoire français⁴⁵. Le cas est un peu différent pour l'AMP avec tiers donneur anonyme réalisée à l'étranger, dans la mesure où l'enfant naît le plus souvent sur le territoire français, la question de la fraude aux règles françaises d'ordre public ne se posant qu'au moment d'établir une filiation qui ne respecte pas nos règles relatives à l'AMP. Nous retrouvons ici l'argument du fait accompli qui affaiblit le jeu de celles-ci. Or, c'est en amont que le rôle du droit s'affirme : l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans l'encadrement juridique des pratiques. C'est bien ce qui avait été fait jusqu'à présent, avec des flottements de plus en plus nets au fil des dernières années.

Le marketing politique⁴⁶ nourrit aujourd'hui

une absence de réflexion sur le rôle de la norme⁴⁷ qui laisse peu à peu le champ libre à la « loi du marché ». La notion d'ordre public – le rocher⁴⁸ – s'en trouve singulièrement affaiblie⁴⁹.

Les décisions récentes de la CEDH dans les affaires *Menesson et Labassée*⁵⁰, puis les arrêts rendus par le Conseil d'État⁵¹ et la Cour de cassation⁵², ont montré, à la suite des avis rendus par cette dernière⁵³ dans le domaine de l'adoption par la conjointe de la mère après AMP avec tiers donneur anonyme réalisée à l'étranger, à quel point notre ordre public se trouve aujourd'hui réduit à une peau de chagrin : l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant conçu par IAD avec tiers donneur à l'étranger⁵⁴ ne porte pas fraude au droit de l'adoption⁵⁵ ni à l'article L. 2141-2⁵⁶ du code de la santé publique ; la situation des enfants nés de mères porteuses à l'étranger est régularisée *via* la transcription des actes d'état civil

breux pays, la survie de l'enfant dépend en grande partie de son allaitement par sa mère ; V. sur ce point les travaux de M. Herzog-Evans, blog).

44. L'analyse juridique a évolué au fil du temps, ce qui a fragilisé l'interdit : nous sommes passés de la non-reconnaissance de la GPA à l'étranger fondée sur la contradiction par rapport aux principes essentiels défendus par la République française, à savoir l'indisponibilité du corps qui est hors-commerce, vers le terrain juridique de la fraude, la Cour de cassation ayant décidé que le processus de fraude empêche totalement de reconnaître ce mode de procréation en France, dès lors que les parents d'intention se sont déplacés volontairement à l'étranger pour contourner l'interdit légal.

45. À l'occasion des interviews réalisées dans le cadre de l'étude précitée sur le « droit à l'enfant », certains magistrats du parquet répondent que, si la Cour de cassation avait retenu la fraude concernant la GPA, réservée aux hommes, il était assez logique d'aborder également la question des PMA conclues à l'étranger par des femmes sous l'angle de l'éventuelle fraude.

46. J. Commaille, « Famille : entre émancipation et protection sociale », *Rev. sc. Humaines*, 2001, n° 115.

47. V. nos obs. in « Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille », in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, pp. 25-40.

48. M. Marin a cité le doyen Carbonnier dans son avis : le rocher sur lequel se construit la société (*loc. cit.* p. 65).

49. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992. 489.

50. CEDH, 26 juin 2014, aff. C-65192/11 (*Menesson c/ France*) et C-65941/11 (*Labassée c/ France*).

51. Conseil d'État, 12 déc. 2014, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, association Juristes pour l'enfance et autres.

52. Cass., ass. plén., 3 juill., deux arrêts préc.

53. Avis n° 15010P du 22 sept. 2014 et n° 15011P du même jour, V. rapport de l'avocat général J.-D. Sarcelet, dont les conclusions ont été reprises par la Cour de cassation. V. J. Hauser, *JCP* éd. G. 2014, doct. 1004 ; T. Garé, *RJPF* 2014-11/24 ; nos obs. in « Adoption avec éviction de l'homme, l'une des conséquences de la loi dite Mariage pour tous ? », *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 8 ; M. Douchy-Oudot, *D.* 2015. 649 ; *D.* 2015. 702 ; obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.*, 2014, n° 160.

54. *Ibid.*

55. Ce qui contredit l'article 358 du code civil.

56. Pourtant sanctionné pénalement.

étranger⁵⁷. « L'impossibilité de réguler l'illécite »⁵⁸ trouve ici ses limites par déformation des raisonnements et entorses répétées à nos principes d'ordre public.

Le tourisme procréatif n'est pas mieux maîtrisé à l'échelle internationale. Alors la loi « du marché » progresse.

Un tourisme procréatif organisé à l'échelle internationale dans un but lucratif

Le droit français n'est pas seul en cause. La diversité des législations à l'échelle mondiale et l'absence de conventions internationales couvrant spécifiquement la question du « tourisme procréatif » favorisent les abus et les conflits d'intérêts ; corrélativement, le recul du droit offre un boulevard au « marché de la procréation », organisé en filières.

Une organisation en filières marchandes

Les incohérences, vides juridiques, contradictions relevés ci-dessus annihilent peu à peu les principes protecteurs du droit civil, et spécialement l'indisponibilité de la filiation. Des arrangements voient le jour, des marchés prospèrent. En particulier, avoir détaché la filiation de la causalité offre un boulevard au

trafic et au marché de l'humain, spécialement de l'enfant⁵⁹.

En droit civil (Titre VII livre 1^{er}), la filiation rattache l'enfant à sa mère (filiation maternelle) et à son père (filiation paternelle). La généalogie, catégorie logique⁶⁰, ne laisse aucune place à la « loi du marché » : dans la plupart des cas, la double filiation de l'enfant est établie dès la naissance, indivisiblement en mariage, concomitamment ou non hors mariage ; en l'absence d'établissement du lien de filiation à la naissance, l'enfant (son représentant légal pendant sa minorité) peut intenter une action en recherche de paternité ou (et) de maternité, les seuls obstacles à son action résidant soit dans le souci de protéger la vie de l'enfant ou les conditions sanitaires de l'accouchement (accouchement sous le secret, sachant cependant qu'il ne s'agit plus d'une fin de non-recevoir)⁶¹, soit dans la prescription de l'action⁶². L'institution de l'adoption répond à une autre logique, mais néanmoins filiative. Il s'agit d'offrir une famille de substitution à un enfant qui n'en a pas ou plus pour diverses raisons. L'accueil de l'enfant par les adoptants est volontaire, mais il faut un jugement pour instituer le lien juridique. Les conditions posées sont strictes et finalisées par l'intérêt de l'enfant⁶³ : l'adoption est une institution au service de l'enfant⁶⁴.

57. I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière ; entre droit français et réalités étrangères », *Dr. fam. lexisnexis*, nov. 2015. *Études* 14, p. 8-15.

58. M.-A. Frison-Roche, « L'impossibilité de réguler l'illécite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184.

59. M.-A. Frison-Roche, « Le droit à l'épreuve des contrats de maternité de substitution », Paris, 19 juin 2015, conférence au Palais de justice de Paris.

60. P. Legendre, *Leçon IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985 et 2004 (nouvelle édition), p. 128.

61. C. civ., art. 325 et 326.

62. C. civ., art. 321.

63. C. civ., art. 353.

64. P. Lévy-Soussan, « Filiation, sexualité et construction psychique : nature et culture », in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, éd. Bruylant 2016, p. 85-99, spéc. p. 88 relevant

À l'échelle internationale, la part de volonté dans l'adoption a ouvert des voies au trafic d'enfants. Pour y remédier et éviter les traites et abus, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et les Conventions de La Haye, spécialement celle de 1993⁶⁵, ont posé des principes et conditions visant à encadrer l'adoption internationale. Ces règles ont toutes été axées sur l'intérêt supérieur de l'enfant : « la (et non pas seulement « une », art. 3-1) considération primordiale » (CIDE, art. 21) en ce domaine. En conséquence, tout a été fait pour que la « famille permanente » (Convention de La Haye⁶⁶) de substitution réponde aux besoins élémentaires de l'enfant par imitation⁶⁷ de la filiation biologique. En droit français, ce lien est établi à travers un renvoi pur et simple à la filiation biologique (C. civ. art. 358). Ces textes ont pour *leitmotiv* la recherche de ce qui permettra à l'enfant – par hypothèse fragilisé par son histoire – de se construire au mieux. Dans ce contexte, l'adoption par une personne seule a introduit un infléchissement alors motivé par les circonstances⁶⁸. « Peu d'auteurs ont eu (alors) la clairvoyance de souligner que l'ouverture de la légiti-

tion adoptive à un célibataire était, en dehors même de son application pratique limitée, une réforme fondamentale qui faisait sortir l'adoption de son lit (...). Mais on restait tout de même dans une apparence de respect de la nature puisque, après tout, il existait bien des mères célibataires ou des pères célibataires »⁶⁹.

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe va beaucoup plus loin. En détachant totalement la filiation adoptive du biologique, elle ouvre la voie à la « fabrication d'enfant »⁷⁰ sans père ou sans mère, le conjoint de même sexe prenant la place du parent biologique évincé dès la conception (par AMP avec tiers donneur anonyme ou convention de maternité de substitution portant effacement conventionnel de la mère). Lorsque l'AMP avec tiers donneur anonyme avait permis de pallier certaines pathologies affectant la fertilité d'un couple, la fiction imitative liant ces nouvelles filiations à la biologie avait été respectée : l'homme qui consent à l'intervention médicale ne peut en principe contester sa paternité⁷¹.

La loi du 17 mai 2013 repose sur un pré-supposé : l'enfant n'aurait pas besoin de père

que la réussite d'une adoption n'est pas si facile. Elle suppose que l'enfant adopté puisse se représenter être issu de « cet engendrement filiatif qui le renvoie à une scène sexuelle originaire fantasmée », construite avec ses parents adoptifs dont il est alors le fruit.

65. V. *infra*.

66. Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1998 ; n° d'accord : 19930289. Date signature en France : 05 avr. 1995 ; publié décret n° 98-815, du 11 sept. 1998, JO, 13 sept. 1998. Préambule alinéa 5 : « établir des dispositions communes qui tiennent compte des principes reconnus par les instruments internationaux, notamment par la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant du 20 nov. 1989 et par la Déclaration des Nations unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la

protection et au bien-être des enfants... ». Et V. préambule alinéa 4 ; rapp. art. 1 a) C. de La Haye.

67. Comme le souligne J. Hauser : « L'adoption n'est, pour commencer, qu'une fiction « imitative », le pouvoir de la volonté se limitant, à travers des conditions strictes, à singer la nature », J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », in *La complémentarité des sexes*, *op. cit.*

68. Sur le sujet, V. P. Lévy-Soussan, *loc. cit.* et V. nos obs. in « L'enfant sujet de droits », La complémentarité des sexes en droit de la famille », *op. cit.*, p. 231-254, spéc. p. 237.

69. J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », in *La complémentarité des sexes*, *op. cit.*

70. *Ibid.*

71. C. civ., art 311-20.

et mère pour se construire. L'important serait qu'il ait été désiré. Outre que ce qui sous-tend alors la règle est contestable⁷², contesté par des spécialistes de l'enfance⁷³ et peu respectueux de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁴, un fondement normatif non maîtrisable introduit de sérieux risques d'abus; avoir détaché la règle de son fondement objectif pour y substituer un critère subjectif favorise le marché de l'humain en violation de nos règles et principes d'ordre public (C. civ., art. 16 et s) : 1/ marché des produits et éléments du corps humain, par achat de sperme – dans des cliniques spécialisées, voire sur Internet – ou autres; 2/ marché de l'enfant : sociétés commerciales proposant des « maternités de substitution » sur un simple clic, la publicité offrant des images de nouveaux-nés « craquants » et de mères porteuses « épanouies ». Peu à peu, le commerce de bébés entre dans les mœurs, générant des situations aberrantes : des magistrats du parquet⁷⁵, sur le territoire français, relèvent des cas dans lesquels une mère donne son bébé à une amie et s'étonne que ce ne

soit pas légal; loue son ventre à une cou-sine.

Les sociétés commerciales⁷⁶ spécialisées dans le marché de la reproduction l'ont bien compris. Des filières organisées ont ainsi implanté leur activité dans certains États américains et en Inde, démarchant des clients un peu partout dans le monde, spécialement dans les pays « riches ». Ces intermédiaires sont liés à des cliniques, elles-mêmes liées à des laboratoires. L'Internet favorise la rencontre de l'offre et de la demande. De véritables ventes d'enfants⁷⁷ voient le jour à l'échelle internationale, et ce dans un cadre non réglementé⁷⁸, nouveau Far West de la reproduction, sur fond d'exploitation de la

« La transgression de nos principes directeurs est organisée par contrats. »

misère d'autrui⁷⁹.

La transgression de nos principes directeurs est organisée par contrats. Notre ordre public est si peu florissant que des conventions dont les clauses⁸⁰ portant des atteintes graves aux droits fondamentaux de la per-

72. Sur le raisonnement alors biaisé et la « casse subjective » qui en découle, V. Les Leçons de P. Legendre.

73. P. Lévy-Soussan, « Filiation, sexualité et construction psychique : nature et culture », *op. cit.* : « La vision de ceux qui prônent des sociétés sans père, ou avec des enfants élevés par des hommes ou par des femmes, ignore l'enracinement conscient et inconscient de tous les montages familiaux du monde dans l'espace mythique, mythologique, inconscient, organisant chaque culture, chaque montage filiatif en vue d'un équilibre social dépassant chaque individu (...). Ceux qui demandent à la société d'organiser le moule juridique des familles en rupture avec le modèle traditionnel du triangle père-mère-enfant sous l'expression de « nouvelles familles » occultent la question fondamentale d'une réflexion préalable sur les besoins de l'enfant, au mépris de toutes les études à dimension scientifique « démontrant la sur-morbidité de l'en-

fant dans les situations de parent seul ou d'adoption par un célibataire ».

74. CEDH, 14 janv. 2016, aff. *Mandet c/ France*, req. n° 30955/12.

75. Informations obtenues lors des interviews, recherche préc. note 15.

76. Dans le rapport final de la recherche précitée note 15 sur « Le droit à l'enfant » une présentation de ces sociétés sera faite.

77. Sur la qualification, V. C. de la Hougue, « La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Droit. Fam.*, n° 11, nov. 2015, étude 15.

78. I. Corpart, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière », *loc. cit. spéc.* n° 44.

79. Sur les tarifs, V. rapport intermédiaire, préc. note 15.

80. Analyse et typologie des clauses à venir *in* rapport final, recherche préc. *ibid.*

sonne humaine⁸¹ finissent, *in fine*, par recevoir, *via* transcription, application sur le territoire français (V. *supra*). Dans le cas des maternités de substitution, l'analyse des conventions est révélatrice : les *commissioning*⁸² parents veulent un enfant parfait sur le plan de la santé physique et mentale et donc exercent un contrôle total sur le corps de la mère. La plupart des contrats comportent une liste impressionnante d'interdictions pour la *surrogate* : ne pas se mettre du vernis à ongle, ne pas utiliser de cosmétiques chimiques, ne pas se teindre les cheveux, ne pas fumer, ne pas prendre de café, ne pas avoir de relations sexuelles durant la grossesse, ne pas faire de sport, dormir suffisamment, prendre telles et telles vitamines, marcher suffisamment ou faire de l'exercice, ne pas assister à des funérailles, manger bio, ne pas manger une liste longue comme le bras d'aliments, ne pas changer les litières des chats, ne pas utiliser de micro-ondes, la liste pouvant dépasser les centaines de prescriptions. En revanche, ces contrats ne prévoient le plus souvent aucune disposition pour le cas de mise en danger de la santé de la mère porteuse, y compris les cas de décès, plus fréquents que l'on ne croit⁸³. Dans le cas de l'AMP avec tiers donneur, le sperme est soigneusement choisi et les critères mis en

avant sur les sites ou dans les contrats confinent à l'eugénisme.

Ces abus ont d'ores et déjà été relevés dans une résolution du Parlement européen du 5 avril 2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes⁸⁴, en ces termes : « Les femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales » (art. 21). Il faudrait un traité.

Un vide juridique favorisant les abus et conflits d'intérêts à l'échelle internationale⁸⁵

L'exemple⁸⁶ le plus complet⁸⁷ de législation dans laquelle les pratiques de reproduction étudiées sont légales, mais encadrées, est le Royaume-Uni. Une procédure est organisée, supposant un agrément ; la base commerciale des arrangements et les publicités n'affectent pas la validité du processus. On relève cependant une impossibilité de

81. V. la revue de littérature (abondante), *in* rapport intermédiaire, *op. cit.*, et not : Berk H.L. (2015), « The Legalization of Emotions: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor », *Law & Society Review*, n°49(1), p. 143-177–USA : article d'une juriste qui a épluché trente contrats de *surrogacy* et fait pas moins de cent quinze entretiens avec des avocats qui s'occupent spécialement de ce type de contrat, des agences de *surrogacy*, des *surrogates*, des *commissioning* parents, des maris de *surrogates*, des *counselors* et psycho-

logues travaillant pour les *surrogacy agencies*, et ce dans vingt États différents.

82. Les ouvrages étudiés sont rédigés en anglais.

83. V. rapport intermédiaire *op. cit.*

84. 2010/2209(INI).

85. M.-X. Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *RTDH*, 2013, n° 3.

86. Dans la recherche précitée en cours, citée note 15.

87. En ce que cette législation cherche visiblement à maîtriser le mécanisme mis en place, V. rapport intermédiaire, *op. cit.*

prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant parce que l'effectivité du contrôle ne joue qu'*a posteriori*, c'est-à-dire après que la situation ait été constituée, les juridictions considérant toujours pour cette raison que l'intérêt supérieur de l'enfant coïncide avec la légalisation de la situation créée. En dehors du cas du droit anglais, duquel il faut rapprocher notamment les droits espagnols et belges mais sans qu'il y ait alors la procédure d'agrément si caractéristique du droit anglais, très peu⁸⁸ de systèmes juridiques consacrent un « droit à l'enfant », à proprement parler⁸⁹. Les conventions de maternité de substitution sont autorisées dans peu de pays⁹⁰, souvent par absence de texte spécifique d'interdiction et insuffisance corrélative d'une prohibition de principe des conventions contraires à l'ordre public comparable à celle de l'article 6 du code civil français. S'agissant de l'assistance médicale à la procréation, peu de pays l'ouvrent aux couples de femmes ou aux personnes seules. On observe enfin une certaine adéquation entre suppression de la condition de différence de sexe dans le mariage et ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, sauf par exemple dans le cas du Portugal⁹¹.

En conséquence, les pays qui permettent ces pratiques deviennent des destinations privilégiées pour le tourisme procréatif. Or, s'il

existe des accords et traités sur l'adoption internationale, il n'y a pour l'instant aucune convention permettant de fixer des limites à ce marché de la reproduction. Peu de pays ayant ouvert les procédés de procréation étudiés, le tourisme procréatif pourrait être maîtrisé *via* la conclusion d'accords binationaux. Une convention internationale à plus grande échelle est plus difficile à envisager, mais néanmoins indispensable⁹². Le Premier ministre français avait souhaité une telle initiative internationale en 2014, « susceptible d'aboutir, par exemple, à ce que les pays qui autorisent la gestation pour autrui n'accordent pas le bénéfice de ce mode de procréation aux ressortissants des pays qui l'interdisent ». Dans une réponse ministérielle du 3 décembre 2015, la position du gouvernement français est plus réservée : « Les différences rendent difficile, à court terme, une approche commune entre les partenaires européens »⁹³.

La Conférence de La Haye travaille actuellement sur un texte destiné à encadrer la gestation pour autrui transnationale et à faciliter la reconnaissance mutuelle des filiations issues de contrats de GPA. Une première réunion d'experts est prévue au premier semestre 2016. Pour l'instant, des auditions ont eu lieu, mettant en évidence des divergences. L'objectif affiché – harmoniser les

88. Sous réserve car dans l'attente de tableaux complets à l'échelle mondiale, *ibid.* V. déjà, pour une approche sommaire, documents du Sénat.

89. V. *supra* et le lexique proposé, rapport intermédiaire, *op. cit.*

90. Par exemple le Royaume-Uni et la Grèce pour des législations intéressantes par l'originalité de leurs dispositions. V. « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC », F. Granet-Lambrechts et secrétaire général de la CIEC, note de synthèse févr. 2014. Et V. Sénat, Étude de

législation comparée n° 182, janv. 2008, La gestation pour autrui.

91. Il y a sur ce point un projet en cours de navette parlementaire, mais le président y a mis son veto.

92. En ce sens, V. H. Fulchiron, « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *Journal de droit international*, avr. 2014.

93. JO 3 déc. 2015, p. 3212, *Rép. min.* n° 16464.

effets des conventions de maternité de substitution – les nourrit. La fixation de principes directeurs représenterait une voie plus efficace. Il serait dès lors possible d'envisager une interdiction de ces conventions à l'échelle internationale, sur le modèle de la prohibition de l'esclavage. Un instrument de coopération internationale serait corrélativement bienvenu sur le terrain de l'AMP : pour coordonner les conditions (y compris sanitaires), les sanctions, etc. Proposer à l'échelle internationale les conditions et sanctions du droit français en la matière (CSP, art. L. 2141-2 ; CP, art. 511-24) serait un bon moyen de limiter les abus et trafics. La finalité thérapeutique (pallier une stérilité médicalement constatée) et le renvoi au biologique par fiction imitative sont les seuls remparts juridiques au marché de l'humain. À défaut, nous basculerions très vite dans le *Meilleur des mondes*, « mentalisé » en termes juridiques, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, par une sociologue ⁹⁴.

Les difficultés sur le sujet ne sont pas *in fine* de fond mais d'ordre politique : le poids financier des réseaux qui soutiennent ces pratiques est tel que les décideurs ont de plus en plus de mal à se prononcer librement sur ces sujets. Les conflits d'intérêt sont par exemple importants à l'échelle européenne. Notamment, un projet de résolution sur la GPA

devait être examiné le 23 novembre 2015 par la commission des questions sociales du Conseil de l'Europe, avant d'être soumis au vote définitif de l'assemblée plénière, en janvier 2016. Une telle décision a été reportée en raison d'un « potentiel manquement aux règles de déontologie ».

Les conflits d'intérêts existent aussi à l'échelle des consultations organisées par les gouvernements et autorités administratives : de nombreux juristes, conseils, psychologues ou même médecins sont sollicités – moyennant rémunération – par les sociétés commerciales qui organisent ces marchés de la reproduction. Ces personnes sont cependant auditionnées et citées dans les auditions, recherches et bilans ⁹⁵. Dans ce contexte, il est regrettable que l'un ⁹⁶ des rapports commandés par Madame Bertinotti n'ait guère été mis en avant, sans doute au motif qu'il proposait d'inscrire dans notre législation les droits de l'enfant, y compris « le droit à une double filiation biologique » ⁹⁷.

Des juristes désemparés, démoralisés par l'écho négatif que les médias renvoient de leurs prises de position, se donnent beaucoup de mal pour expliquer ces dérives, alerter, rappeler le rôle du droit. Une exceptionnelle mobilisation de ceux qui croient encore au droit doit être relevée. Il s'agit de lutter contre les dérives et abus suivants, donnés ici

94. V. les travaux d'I. Théry, *infra*. Au paradoxe qu'il y a à ce que la loi suive les propos de quelques sociologues, anthropologues ou ethnologues (M. Godelier, *Les métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard 2004), il faut ajouter, sous l'angle juridique, que l'analyse présentée occulte complètement le sens des règles de la filiation.

95. Dans le cadre de la recherche préc. note 15 nous avons pris garde à ne citer que les spécialistes qui ne travaillent pas par ailleurs pour ces sociétés.

96. « De nouveaux droits pour les enfants ? Oui ?... Dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie », rapport remis à sa demande à Madame Bertinotti, ministre de la Famille, le 29 janv. 2014, par J.-P. Rosenczweig, D. Youf, F. Capelier.

97. *Ibid*, p. 57.

à titre d'exemple : enfants retirés à leur mère (celle qui les porte) dès la naissance dans des pseudo-cliniques qui considèrent que le contrat de la mère porteuse s'arrête là et qui n'ont en vue que les bénéfices à réaliser sur le dos de cette dernière ; enfant privé de père par deux femmes qui ont acheté du sperme en Belgique (ou ailleurs), puis une seconde fois privé de père en se trouvant adopté en la forme plénière par la conjointe de la mère ; enfants abandonnés par leurs parents « sociaux » parce qu'ils ont une « tare » aux yeux de ceux-ci (la couleur qui ne conviendrait pas, un handicap).

Contrairement à ce qu'a pu déclarer une sociologue⁹⁸, la filiation n'est pas « mentale⁹⁹ » mais *instituée* juridiquement en amont du mental et de l'affectif. Poser le mental en fondement juridique n'a pas de sens¹⁰⁰ (par absence de causalité)¹⁰¹, ni d'efficacité (par absence d'objectivité et de fiabilité), y compris dans ses répercussions au mental, ce que d'éminents psychiatres¹⁰² et criminologues¹⁰³ soulignent.

Les évolutions analysées et l'affirmation selon laquelle tout dépendrait de la volonté affaiblissent¹⁰⁴ l'idée que les individus ont du droit, de son rôle¹⁰⁵. L'idée même qu'une norme puisse limiter les comportements devient difficile à expliquer. Ce basculement est soudain, bien qu'entretenu par les fractures familiales et sociales de ces quarante dernières années¹⁰⁶. Seul le droit pénal garde

« Contrairement à ce qu'a pu déclarer une sociologue, la filiation n'est pas "mentale" mais instituée juridiquement en amont du mental et de l'affectif. Poser le mental en fondement juridique n'a pas de sens, ni d'efficacité, y compris dans ses répercussions au mental, ce que d'éminents psychiatres et criminologues soulignent. »

un sens pour l'individu¹⁰⁷, parce que les symboles dont il est porteur sont simples à intégrer (amende, prison). En revanche, le droit civil devient quasiment invisible, tout étant mis sur le même plan, la norme n'ayant d'utilité discernable qu'en ce qu'elle emporte des conséquences financières (pension alimen-

98. Le rapport sur *La filiation* demandé par le ministère chargé des Affaires sociales et de la Santé ainsi que le ministère chargé de la Famille a été confié à une sociologue, I. Théry, *Filiation origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapport 2014.

99. I. Théry, « La tendance n'est plus la biologisation de la filiation mais la mentalisation de la filiation », États généraux de la famille@CNBarreaux : « Le barreau de famille fera la révolution de la justice du XXI^e siècle » L. Junot Fanget (bâtonnière barreau de Lyon) #CNB #EGDFP.

100. « Sur un « acte de naissance ne voulant plus rien dire sinon un acte « asymbolique », vide de sens », P. Lévy-Soussan, « Filiation, sexualité et construction psychique : nature et culture », *loc. cit.*, spéc. p. 91.

101. P. Legendre, *Leçons IV, L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard 1985 et 2004, *op. cit.*

102. P. Lévy-Soussan, *loc. cit.*, p. 90 : « Dans un contexte de « couple de même sexe » la filiation ne peut plus reposer sur la

naissance, suite à un engendrement, opérateur symbolique qui permet de transformer un homme et une femme en père et mère. Dans ce cas, la fiction disparaît au profit d'un « faux acte de naissance, mensonge légal, d'une science-fiction juridique. Comment un acte de naissance nommant deux hommes ou deux femmes peut-il avoir une valeur psychique pour l'enfant ? Comment l'enfant peut-il trouver son origine psychique en une scène d'engendrement impossible entre deux femmes ou deux hommes ? ».

103. Travaux de M. Herzog-Evans, V. blog de l'auteur.

104. Et c'est un euphémisme.

105. V. nos obs. in « Réflexions autour du rôle de la norme face aux évolutions récentes du droit de la famille », *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 25-40.

106. Sur la recomposition des territoires du droit, V. J. Commaillé, *À quoi nous sert le droit ?* Folio Essais, n° 609, 2015.

107. Parfois mal reçu dans un tel contexte, y compris dans des cas d'inceste ou d'abus sexuel sur enfants.

taire, prestation compensatoire) ; le droit civil, socle de notre civilisation ¹⁰⁸, laisse peu à peu la place au répressif dans l'encadrement des rapports familiaux ¹⁰⁹, ce qui favorise les trafics puisque le pénal ne peut par hypothèse tout couvrir, les crimes et délits étant nommés et d'interprétation stricte. Certes, il faut sanctionner les abus. Il convient toutefois aussi d'éviter un basculement pur et

simple vers le tout pénal en redonnant de la cohérence à notre droit de la filiation. Il est aujourd'hui urgent de protéger l'enfant par le droit, *via* notre législation, notre Constitution, et des traités adaptés, dans la lignée des grands traités et déclarations, tels la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant et la Convention de La Haye sur l'adoption.

108. C. Moiroud, « La reproduction de la vie et les institutions », in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, *op. cit.* p. 47, note 29.

109. V. notre analyse sur le sujet, in « La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant » : analyse », *Gaz. Pal.*, 29-30 oct. 2014, p. 5-10.