

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat soutenue le 30 septembre 2022

La GPA (Gestation pour autrui) : Étude comparative Franco-Israélienne



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Monique Levy

Sous la direction de **Monsieur Hervé LECUYER**

Professeur à l'Université Panthéon Assas

Membres du jury :

Madame Laurence Mauger-Vielpau, Professeur à l'Université Caen Normandie, rapporteur

Madame Clara Bernard-Xemard, Maître de conférences HDR à l'Université de Versailles

Saint-Quentin en Yvelines (UVSQ), rapporteur

Madame Dominique Fenouillet, Professeur à l'Université Panthéon Assas

Monsieur Laurent Leveneur, Professeur à l'Université Panthéon Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à Monsieur le Professeur Hervé LECUYER pour avoir accepté d'être mon directeur de thèse ainsi que pour sa confiance accordée et son enthousiasme à diriger mes travaux de recherche.

Une pensée particulière pour Madame Dominique FENOUILLET qui m'a conduite dans cette aventure en me recommandant chaleureusement à Monsieur Hervé LECUYER.

Je remercie également Monsieur Laurent LEVENEUR, directeur du laboratoire de droit Civil pour son écoute ainsi que son aide précieuse.

Mes remerciements s'adressent, également, aux personnes des Services administratifs de la Faculté.

Je remercie mes enfants qui m'ont soutenu et supporté tout au long de cette aventure et qui ont cru en moi.

Je remercie ma maman pour son soutien constant avec une pensée particulière pour mon papa qui repose à Jérusalem et qui m'a guidé de là-haut.

Enfin, je n'oublie pas mon mari sans qui je n'aurais pu réaliser ce travail et qui m'a motivé tout au long de cette recherche.

Résumé :

La Cour de cassation a progressivement admis la transcription des deux parents d'intention sur l'acte de naissance d'un enfant né par GPA à l'étranger remettant en cause l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui. La nouvelle loi bioéthique n°2021-1017 du 2 août 2021 tout en élargissant la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires ainsi qu'aux couples de femmes a simultanément freiné l'évolution de la jurisprudence en admettant la filiation qu'au seul parent biologique, le second parent devra recourir à l'adoption. Tandis qu'en Israël ce processus est autorisé depuis 1996 aux couples hétérosexuels, avec un élargissement aux femmes célibataires et aux couples de femmes en 2018, et un amendement récent de la loi autorisant cette procédure aux hommes célibataires et aux couples d'hommes. Cette pratique autorisée reste néanmoins très encadrée et de nombreux israéliens se tournent vers l'étranger pour recourir à une GPA plus rapide, moins onéreuse et autorisée aux couples non mixtes lorsque la loi israélienne l'interdisait.

De retour dans leur pays d'origine, la transcription des parents d'intention dans l'acte d'état civil est permise sous condition que l'un des deux parents soit le parent biologique de l'enfant ; Si tel n'est pas le cas, le statut juridique des parents d'intention ainsi que celui des enfants est source d'incertitude, l'enfant étant parfois contraint de rester à l'étranger.

Le recours à la gestation pour autrui à l'étranger suscite en France et en Israël de nombreux problèmes.

Descripteurs :

- Maternité pour autrui
- Gestation pour autrui
- Procréation pour autrui
- Droit français
- Droit Israélien
- Droit comparé
- Droit de la famille
- Droit privé

Title and Abstract:

Surrogacy: Franco-Israeli comparative study

The French Supreme Court case law has gradually accepted the transcription of the two intended parents on the birth certificate of a child born by surrogacy abroad calling into question the effectiveness of the prohibition on surrogacy. The new bioethics law n°2021-1017 while extending medically assisted procreation to single women as well as to couples of women simultaneously slowed down the development of case law by admitting filiation to only one biological parent, the second parent will have to resort to adoption. While in Israel this process has been authorized since 1996 for heterosexual couples, with an extension to single women and female couples and a recent amendment to the law authorizing this procedure for single men and couple of men. However, this practice remains highly regulated, and many Israelis are turning abroad to resort to a faster, less expensive, and authorized surrogacy for single-sex couples when Israeli law prohibited it.

Upon return to their country of origin, the transcription of the intended parents into the civil status is permitted provided that one of the two parents is the biological parent of the child. If this is not the case, the legal status of the intended parents as well as that of the children is a source of uncertainty, as the child is sometimes forced to stay abroad. The use of surrogacy abroad causes many problems in France and Israel.

Keywords:

- Surrogacy
- Gestational surrogacy
- Straight surrogacy
- French law
- Israeli law
- Comparative law
- Family law
- Private law

Principales abréviations

A :

- Assistance médicale à la procréation (AMP)

C :

- . Cass. (Cour de cassation)
- . Civ.1ère (1ère chambre civile de la Cour de cassation)
- . Cons. constit. (Conseil constitutionnel)
- . CSP (Code de la santé publique)
- . CCNE (Comité consultatif national d'éthique)
- . CEDH (Cour européenne des droits de l'homme)
- . CIDE (Convention Internationale des droits de l'enfant)

F :

- . FIV (*fertilisation in vitro*)

G :

- . GPA : gestation pour autrui

I :

ICSI : Intra Cytoplasmic Sperm Injection

P :

- . PMA : procréation médicalement assistée (v. aussi AMP)

Sommaire

Avertissement.....	2
Remerciements	3
Principales abréviations	6
Sommaire.....	7
Introduction	9
Partie I. La vie	37
Titre I. La GPA : Une Technique	41
Chapitre I. De la PMA à la GPA	42
Section 1. Un souci d'égalité pour la France.....	44
Section 2. Une PMA pour tous et une GPA pour tous récente en Israël	74
Chapitre II. Les fondements de la gestation pour autrui	102
Section 1. Les fondements de l'interdiction de la gestation pour autrui en France	103
Section 2. Les fondements de la légalisation de la gestation pour autrui en Israël	111
Titre II. Le Droit à la vie-Un Droit.....	122
Chapitre I. Droit de l'enfant ou Droit à l'enfant ?	123
Section 1. Les droits de L'enfant et la gestation pour autrui	123
Section 2. Le Droit à L'enfant	136
Chapitre II. L'intérêt de l'enfant.....	145
Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant.....	145
Section 2. Un intérêt protégé ou menacé	161
Partie II. Les Vies	166
Titre I. Une multiplicité d'acteurs dans ce nouveau processus	169
Chapitre I. Plusieurs mères supposées, plusieurs pères supposés	172
Section 1. La mère porteuse, la mère d'intention, la donneuse d'ovules	172
Section 2. Le père d'intention, le père génétique, le donneur de sperme, une personne unique.....	204
Chapitre II. L'intervention de L'État dans ce nouveau procédé.....	218
Section 1. La Publicisation des contrats de GPA.....	218
Section 2. Un Droit spécifique	228
Titre II. Harmonisation des intérêts	246
Chapitre I : De possibles oppositions d'intérêts.....	248

Section 1. La divergence entre l'intérêt public et l'intérêt privé en France :	249
Section 2. Convergence des intérêts privés et publics en Israël	257
Chapitre II. Une possible résolution des conflits	270
Section 1. La nécessité d'un consensus international	271
Section 2. L'éventualité d'une légalisation de la GPA « stricto sensu », modèle israélien.....	279
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	288
BIBLIOGRAPHIE	303
Table des Annexes	320
Annexe 1: Public Board to Consider Legislation Regulating Fertility and Childbirth in Israel (Mor-Yosef Board) (Hebrew)	320
Annexe 2: Surrogacy Agreement Law 1996 (Hebrew)	321
Annexe 3: Surrogacy Agreement Law 2nd Amendment 2018 (Hebrew)	329
Annexe 4: Appendix B. Surrogate Motherhood – Agreements Law 5756 – 1996	335
Annexe 5: Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022.....	345
INDEX	352
TABLES DES MATIERES	356

Introduction

La lutte contre l'infertilité a trouvé une réponse à travers le développement des techniques d'assistance à la procréation. Ces nouvelles techniques ont permis une dissociation entre la sexualité et la reproduction et ont perturbé les fondements habituels de la famille.

« Il est ainsi possible de repousser les limites temporelles de la paternité au-delà de la mort, si des paillètes de sperme ont été conservées, ou celles de la maternité grâce au recours à un don d'ovocytes d'une femme plus jeune ou à une autoconservation de ses ovocytes pour anticiper les effets de l'âge vue d'une utilisation décalée.

Si les différentes techniques d'AMP permettent d'étendre l'échéancier biologique, elles ne bouleversent néanmoins pas totalement le cadre. On a toujours connu les vieux pères, les accouchements après la mort du géniteur ou les mères d'âge mûr »¹.

L'AMP, assistance médicale à la procréation ou PMA, procréation médicalement assistée a été une véritable révolution.

« Pratiques cliniques et biologiques permettant la Fécondation in vitro (FIV), le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »² cette technique de procréation a bouleversé la société.

En 1978, le développement de la fécondation in vitro (FIV) permettant l'implantation d'un embryon dans le corps d'une femme conçu avec des gamètes étrangères a permis de dissocier la procréation de la gestation. Désormais la maternité peut être dissociée entre la procréation et la gestation impliquant alors l'intervention de plusieurs acteurs pour la naissance d'un enfant, c'est la gestation pour autrui.

La GPA³ est reconnue par l'OMS comme une technique possible de procréation médicalement assistée. La gestation pour autrui ou GPA⁴ ou « maternité pour autrui » (MPA) définie comme :

¹ LEGROS(Bérangère), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, Vers l'ébranlement de certains interdits ?* Actes et Séminaires, EH, 2018, p.75.

² BRAUDO(Serge), « Dictionnaire juridique », (en ligne), <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/procreation-medicalement-assistee-pma.php>

³ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, p.40.

⁴ *Ibid.*,

« Une pratique séculaire destinée à pallier l'infertilité d'une femme qui ne peut porter un enfant en permettant à une autre femme de porter un enfant qu'elle remettra à la femme infertile »⁵ a été pratiqué sans qu'aucune loi l'interdise.

Les associations tel que, Alma Mater, les Cigognes ainsi que la participation du Docteur Geller ont permis la rencontre des parents et des mères porteuses. Les juges ont alors interdit cette pratique dans les années 80, le législateur en 1994 est intervenu pour poser un cadre légal afin d'encadrer cette pratique.

De la naissance du premier bébé éprouvette Louise Brown en 1978 aux lois du 29 juillet 1994, seize années se sont écoulées sans aucun cadre légal.

Cette première loi n°94-653 de 1994 a défini les règles relatives au respect du corps humain en posant trois fondements tel que l'inviolabilité du corps humain, sa non-patrimonialité, l'exigence d'un consentement. Les lois de bioéthique de 2004 reprennent les principes de la loi de 1994 et créent l'Agence de la biomédecine⁶, agence publique nationale de l'État créée par la loi de bioéthique de 2004. L'agence exerce ses missions dans les domaines du prélèvement et de la greffe d'organes, de tissus et de cellules, ainsi que dans les domaines de la procréation, de l'embryologie et de la génétique humaine.

La loi de révision des lois bioéthiques du 7 juillet 2011 redéfinit les modalités et les critères permettant d'autoriser les techniques d'assistance médicale à la procréation et d'encadrer leur amélioration. La congélation ovocytaire ultrarapide ou vitrification est autorisée.

La loi du 06 août 2013⁷ tendant à modifier la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 permet les recherches à partir d'embryons surnuméraires conçus dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (Fécondation in vitro) ne faisant plus l'objet d'un projet parental, après information et consentement écrit du couple concerné.

Le 29 juin 2021⁸, le projet de loi de bioéthique relative à la PMA pour tous a été définitivement adopté par l'Assemblée nationale. La loi n°2021-1017 du 2 août 2021⁹ élargit¹⁰ la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes et aux femmes seules et donne de

⁵ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, p.40.

⁶ Agence de la biomédecine disponible sur le site : <https://www.agence-biomedecine.fr>

⁷ Loi du 6 août 2013, disponible sur le site : www.vie-publique.fr

⁸ Le monde, 29 juin 2021, « PMA pour toutes : le projet de loi de bioéthique définitivement adopté par l'Assemblée nationale », disponible sur le site : https://www.lemonde.fr/societe/live/2021/06/29/pma-pour-toutes-suivez-en-direct-l-adoption-definitive-du-projet-de-loi-de-bioethique_6086223_3224.html

⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *JORF* n°0178, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr

¹⁰ *Ibid.*, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma.

nouveaux droits pour les enfants nés d'une PMA. Cette loi contient d'autres dispositions, notamment sur l'autoconservation des gamètes hors motif médical, la recherche sur les embryons et les cellules souches.

Jusqu'à la PMA en France n'étant réservée qu'aux couples hétérosexuels, de nombreux couples se rendaient à l'étranger où elle est autorisée aux femmes seules ou aux homosexuels.

La loi autorisant le mariage pour tous¹¹ en 2013 a relancé le débat sur cette pratique qui suscite tant de polémiques et qui concerne de nombreux couples en France. En autorisant l'adoption aux couples homosexuels, la loi de 2013 a engendré de nombreuses polémiques et interrogations sur l'autorisation de la PMA pour tous et par voie de conséquence sur la légalisation de la gestation pour autrui pour les couples homosexuels, unique recours pour ces couples d'avoir des enfants.

Or la gestation pour autrui ou maternité pour autrui existe depuis toujours.

Pratique séculaire, l'exemple biblique où Agar la servante de Sarah¹² enfante pour elle en est une manifestation. C'est sur ce fondement biblique que la gestation pour autrui¹³ existe en Israël depuis 1996.

Les nouvelles technologies que sont la fécondation in vitro et le transfert d'embryons ont dissocié l'acte sexuel et la procréation. La gestation pour autrui en fait partie.

La gestation pour autrui¹⁴ selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS) est une technique de procréation médicalement assistée. Ce processus fait l'objet de diverses définitions.

Selon l'académie nationale de médecine¹⁵, le terme de « gestation pour autrui » caractérise le fait pour une femme de,

« Porter un enfant pour le compte d'un couple qui en a assuré le projet et la conception et à qui il sera remis après sa naissance. Différentes expressions sont employées pour désigner la femme concernée par la GPA : gestatrice, mère porteuse, mère de naissance, mère gestante, mère gestationnelle, mère de substitution...il en est de même pour le couple : couple accueillant ou d'accueil, couple d'intention, couple demandeur, couple intentionnel, couple commanditaire »¹⁶

¹¹ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, JO n°0114 du 18 mai 2013.

¹² Bible, *Genèse* XVI.I à XVI. IV.

¹³ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

¹⁴ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, P.48.

¹⁵ Rapport de l'Académie nationale de médecine n°09-05 du 10 mars 2009 sur la gestation pour autrui. Le rapport est disponible en son intégralité sur le site de l'Académie nationale de médecine : : www.academie-medecine.fr.

¹⁶ *Ibid.*,

La GPA¹⁷, ou gestation pour autrui, encore appelée maternité de substitution ou recours à une mère porteuse, est le fait, pour une femme, de porter et de mettre au monde un enfant pour le compte d'un tiers.

L'adage « *mater semper certa est* » qui signifie que la mère est celle qui accouche est remis en question dans ce processus qui a bouleversé les fondements de la filiation ainsi que la place de la mère dans ce nouveau schéma.

L'ordre naturel, la filiation féminine est remise en question du fait du recours à une mère porteuse et la mère n'est plus celle qui met au monde un enfant, ce qui perturbe la société entière. L'interdiction de la gestation pour autrui¹⁸ en France est fondée sur une triple transgression de l'ordre naturel et éthique. Ce processus remet en cause la filiation naturelle féminine et porte atteinte à l'indisponibilité du corps humain.

La légalisation de la procréation médicalement assistée pour tous¹⁹ va relancer indéniablement le débat sur l'autorisation de la gestation pour autrui.

La Gestation pour autrui est un processus qui bouleverse et concerne de nombreuses sciences.

Un processus pas toujours bien défini

La Gestation pour Autrui constitue l'objet de la recherche, bouleversant le droit de la famille, ce processus est bien souvent mal appréhendé et source de confusion (Section I).

La Gestation pour Autrui d'un enjeu international a motivé l'appréhension de ce processus dans un système étranger, Israël, différent de celui de la France afin d'apporter un éclaircissement et une évolution quant à cette technique de procréation. C'est pourquoi une étude comparative a été la méthode de recherche choisie (Section II).

Section I La Gestation pour Autrui : une appréhension de ce processus souvent confuse

Avant de se pencher sur les répercussions qu'entraîne la Gestation pour Autrui en Droit de la Famille, il est nécessaire de distinguer les différentes manières de recourir à une Gestation pour Autrui (§1) afin d'appréhender la pluralité de ce processus (§2)

¹⁷ MIRKOVIK (Aude), *PMA, GPA, Quel respect pour les droits de l'enfant*, Téqui, 2016, p.7.

¹⁸ DAVID(Georges), HENRION(Roger), JOUANNET(Pierre)&BERGOIGNAN-ESPER (Claudine), *La gestation pour autrui*, Académie nationale de Médecine, Lavoisier-Médecine sciences,2011, Introduction.

¹⁹ La loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

§1 La Gestation pour Autrui : divers procédés

L'académie nationale de médecine en 2009²⁰ a relevé les différentes situations possibles de maternité de substitution.

La GPA traditionnelle où l'enfant est issu d'une FIV ou d'une procédure d'insémination artificielle utilisant les spermatozoïdes du père d'intention et les ovules de la mère porteuse. Dans ce cas, l'enfant a donc un lien génétique avec la mère de substitution et un lien génétique partiel avec le couple d'intention.

La GPA gestationnelle quant à elle revêt trois situations possibles.

L'enfant est génétiquement lié à ses deux parents d'intention et ne possède aucun lien avec la mère de substitution. Dans ce cas, l'enfant est issu d'une FIV utilisant les gamètes des parents d'intention. En effet, dans certaines situations, les femmes sont dans l'impossibilité de porter un enfant mais disposent d'ovules fonctionnels.

Dans une seconde situation, l'enfant a un lien génétique partiel avec le couple d'intention. C'est le cas lorsque l'enfant est issu d'une FIV faisant appel à un don de gamètes (ovocytes ou spermatozoïdes) et du matériel génétique d'un de ses parents d'intention, où d'un don de spermatozoïdes et des ovocytes de sa mère d'intention.

Dans une troisième situation, L'enfant n'a de lien génétique ni avec le couple d'intention, ni avec la mère porteuse ; Il est issu d'une FIV utilisant un double don de gamètes, les spermatozoïdes d'un donneur et les ovocytes d'une donneuse.

Selon Geneviève Delaisi de parseval²¹, on distingue deux grandes catégories de gestation pour autrui. La première est dite maternité de substitution traditionnelle ou procréation pour autrui (full surrogacy) et implique un lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant.

La deuxième, appelée maternité de substitution gestationnelle (ou gestation pour autrui) est caractérisée par l'absence de ce lien génétique.

Selon Aude Mirkovic²², on parle de procréation pour autrui lorsque l'ovocyte appartient à la femme porteuse, dans ce cas celle-ci est génitrice et gestatrice. Dans le cas contraire où l'ovocyte provient d'une donneuse ou de la demandeuse, la femme porteuse est uniquement gestatrice et on parle dans ce cas de gestation pour autrui.

²⁰ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p.21.

²¹ *Ibid.*, p.20.

²² MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, Quel respect pour les droits de l'enfant*, Téqui,2016, p.8.

Plus largement, la gestation pour autrui implique le fait de faire porter un enfant à une mère porteuse sans différencier si cette femme est la génitrice de l'enfant ou pas.

Ceci résulte du fait que jusqu'à aujourd'hui en France et par ailleurs dans plusieurs pays la mère est celle qui accouche. Ceci nous questionne alors sur la terminologie de ce mode de procréation.

S'agit-il d'une GPA ou des GPA ?

Le terme « *gestation* » est-il adaptée à ce processus ?

Le terme « *procréation* » est-il plus adéquat ?

§2 Une terminologie un peu confuse

La GPA en France :

S'agit-il de la GPA ou des GPA ?

Gestation pour autrui, mère porteuse, mère de substitution, mère gestationnelle....

Des termes multiples pour désigner celle qui a porté un enfant pour une autre femme.

Quel que soit le terme pour désigner la femme qui a porté un enfant pour une autre le mot « *mère* » est employé. Doit-on considérer une femme porteuse comme une mère ?

Il existe différentes sortes de gestation pour autrui, d'une part celle où la mère porteuse est aussi la donneuse d'ovules, dans ce cas on ne peut se soustraire à l'idée que la gestatrice est aussi la véritable mère. Dans une seconde hypothèse, où il y'a don d'ovules, ni la mère d'intention, ni la mère porteuse ne sont les mères biologiques. Enfin dans une troisième hypothèse, la mère d'intention donne ses ovules et est la mère génétique de l'enfant.

Deux hypothèses sont alors possibles concernant le père d'intention. Celui-ci peut être le père génétique de l'enfant en fournissant ses gamètes, dans le cas contraire en cas de dons de sperme, il ne sera pas le véritable père.

Ces différentes combinaisons possibles dans le cas de la gestation pour autrui nous invitent à appréhender ce processus au pluriel et non au singulier, d'autant plus que les répercussions ne sont pas les mêmes pour les différents acteurs de ce processus selon les différentes sortes de gestation pour autrui.

La Procréation médicalement assistée revêt des procédés différents, la gestation pour autrui outre le fait de recourir à une mère porteuse peut aussi comporter plusieurs procédés. Il serait alors plus judicieux de parler des différentes sortes de gestation pour autrui plutôt que de l'évoquer de manière générale.

Le mot « *gestatrice* » correspond -il à ces femmes qui portent un enfant parfois au prix de leur vie ?

Est-il possible de réduire une femme à une simple *gestatrice* ?

Une femme qui a porté un enfant, l'a mis au monde avec toutes les transformations physiques que cela comporte ainsi que les désagréments liés à la grossesse sans nullement négliger l'aspect émotionnel que cela implique, comment peut-t'on la désigner ainsi ?

La GPA nécessite une comparaison car ce processus si difficile à appréhender et transposé dans un autre système juridique étranger, ici Israël, permet de pouvoir rechercher les points communs et les divergences avec le droit français.

Comment nomme t'on la mère porteuse en Israël ?

Terminologie de la GPA en France et en Israël

Comment désigne-t-on dans ces deux ordres juridiques, la mère porteuse ?

Le langage est divers et traduit la culture de chaque pays impliquant des notions souvent divergentes. Cette diversité de langage dans le cas de la gestation pour autrui nous conduit à nous confronter à une analyse de ce processus dans les deux systèmes juridiques, analyse qui devient une source d'éclaircissement et d'enrichissement par la différence.

Alors qu'en Israël, le terme pour désigner la mère porteuse est « *Poundékait* »²³ qui signifie hôtesse, En France, la femme qui porte l'enfant d'une autre est considérée comme la « *mère porteuse* », « la *gestatrice* » ou « *la mère de substitution* ».

Deux connotations différentes qui ont alors des répercussions psychologiques différentes, et sur celle qui porte l'enfant, et sur la femme qui désire être mère.

Le droit comparé comme méthode de recherche (Section II) permet alors une meilleure appréhension de ce processus.

Section II : Le droit comparé comme méthode de recherche

La GPA, un enjeu international

La Gestation pour autrui suscite de nombreuses polémiques en droit interne, notamment quant à la légalisation de ce processus.

Autorisée en Israël depuis le 7 mars 1996²⁴, la confrontation entre ces deux systèmes juridiques que tout semble opposer est une perspective enrichissante quant à l'appréhension d'une part de ce processus perçu de manière très différente.

²³ YEFET, CARMIT (Karin), « *Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel* », Harvard Journal of Law and Gender, Vol.39, n°1, 2016, p.268.

²⁴ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « *Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law* », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur : <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>
<https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

Tout d'abord le droit hébraïque²⁵ est un droit qui est largement méconnu ; or l'étude de ce droit présente un intérêt certain. Ce droit très ancien est toujours en vigueur aujourd'hui et nous interroge sur la continuité juridique de ce droit dans l'histoire, ses fondements et son adaptabilité. Si le droit romain a été influent, ce n'est plus un droit positif. Le droit hébraïque reflète lui la combinaison entre la tradition et l'innovation et la torah orale permet cela et ainsi évite l'instabilité dans le droit et donc l'insécurité juridique qui en découle.

Le droit hébraïque est le droit d'une communauté unie par la même religion et n'est pas toujours le signe de l'affirmation de l'État. Ce droit est fondé sur l'argumentation développée en concordance avec la Torah écrite. L'interprétation des textes et des solutions en fait un droit rationnel en combinant l'analyse et la production du droit.

Le Droit hébraïque est un droit vivant et actuel, c'est un droit biblique mais un droit biblique²⁶ positif qui produit alors des effets et a toute sa place dans le domaine des droits comparés.

Il ne doit pas être confondu avec le droit positif israélien²⁷ en vigueur depuis 1948 malgré ces convergences.

Deux systèmes juridiques structurellement différents :

On s'attachera à une comparaison entre un système de droit civil et un système basé principalement sur la Common Law, l'un fondé sur la loi et faisant l'objet d'une codification, l'autre fondé sur la jurisprudence comme c'est le cas en Israël.

Deux sources qui reflètent des différences, avec une culture, une conception de la famille, des valeurs spécifiques à chacun.

Le Droit de la famille en France a longtemps été protégé par des règles « *a priori* » à l'inverse du droit Israélien qui est un droit pragmatique (empirique) et jurisprudentiel, un droit de l'individu.

Le Droit israélien et le Droit Français en quoi se différencient ils ?

Une différence qui se justifie par une culture juridique différente et nous interroge sur la signification de ce processus si particulier.

L'étude du système juridique Israélien permet de s'interroger sur le système juridique Français.

La Gestation pour Autrui fait partie des bouleversements de la société et remet indéniablement en question le droit de la famille telle qu'il existait autrefois.

²⁵ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque*, La mémoire du droit, 2017, p.129-130.

²⁶ *Ibid.*, p.12.

²⁷ *Ibid.*, p.18.

Le droit de la famille de manière générale a connu des bouleversements conséquents. Les causes sont alors liées aux évolutions des mœurs de la société et de la prééminence des droits individuels.

Sous l'influence des droits fondamentaux, la volonté individuelle s'affiche, l'État s'efface peu à peu avec des répercussions importantes en Droit de la Famille.

Les progrès scientifiques ont largement influé sur ce bouleversement en insufflant à l'homme une maîtrise sur sa vie.

Le contrôle de la procréation à partir des années 70 a été une véritable révolution. Une révolution qui modifie les rapports entre hommes et femmes, les règles du mariage, le fondement même de la filiation lorsqu'il est question de gestation pour autrui.

Les mères porteuses nous interrogent sur la maternité, la paternité.

Qu'est-ce qu'une mère ?

Qu'est-ce qu'un père ?

« Ces évolutions scientifiques ont permis de découpler la sexualité de la procréation ; car si la procréation est nécessairement sexuée, elle peut désormais être détachée de la sexualité et s'ouvrir par la même à d'autres formes de couples, notamment aux couples de même sexe, voire à des personnes seuls »²⁸.

Les deux piliers²⁹ essentiels que sont le mariage et la filiation, structures fondamentales de l'alliance et de la parenté sont remis alors en question.

Les réformes ont souvent été précédées de l'analyse du droit comparé.

Si la gestation pour autrui est permise dans d'autres pays comme la Grèce, le Canada, le Danemark pourquoi est-elle toujours interdite en France ?

La loi autorisant le mariage pour tous³⁰ a ouvert l'adoption aux couples de personnes de même sexe et la loi n°2021-1017 du 2 août 2021³¹ relative à la bioéthique³² élargit la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples de femmes et aux femmes seules et donne de nouveaux droits pour les enfants nés d'une PMA. La loi contient d'autres dispositions,

²⁸ FULCHIRON (Hugues), « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, FULCHIRON (Hugues), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p.X-XI.

²⁹ *Ibid.*,

³⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO n°0114 du 18 mai 2013.

³¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr »

³² Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

notamment sur l'autoconservation des gamètes hors motif médical, la recherche sur les embryons et les cellules souches.

Cette récente loi relance le débat sur la gestation pour autrui qui fera l'objet de revendications de la part des couples de même sexe.

La procréation médicalement assistée autorisée aux femmes célibataires ainsi qu'aux couples de même sexe dans les pays européens notamment en Espagne, en Belgique ont participé à argumenter l'élargissement de ce processus en France.

La Loi autorisant le mariage pour les couples de même sexe³³ ainsi que l'ouverture des modes de procréation médicalement assistée autorisées à l'étranger, tel qu'en Espagne, Belgique ou Angleterre sont bien souvent des arguments invoqués dans l'ordre interne pour autoriser des pratiques interdites. Or c'est sans tenir compte de la culture propre à chacun et du contexte juridique de chaque pays.

La GPA fait l'objet de législations très diverses dans de nombreux pays. Certains interdisent cette pratique, d'autres pays n'ont pas de réglementation et laissent le pouvoir aux mains des médecins, enfin certains pays autorisent ce processus tout en l'encadrant.

La loi n°2021-1017 du 2 août 2021³⁴ relative à la bioéthique³⁵ qui élargit la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules relance la question de la légalisation de la gestation pour autrui.

La comparaison ne consiste pas à prôner une légalisation de la GPA comme en Israël mais a pour objectif de mieux comprendre ce processus utilisé depuis plus d'une vingtaine d'années dans ce pays.

Le droit israélien, un droit spécifique

Comment le droit israélien appréhende la gestation pour autrui autorisée depuis plus d'une vingtaine d'années ?

Si la GPA est toujours interdite en France, la légalisation³⁶ en Israël de ce processus depuis 1996 permet une approche concrète de cette pratique.

³³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe, *JO* n°0114 du 18 mai 2013.

³⁴ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *JORF* n°0178 du 3 août 2021, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr

³⁵ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

§1 Un procédé dont la terminologie indique clairement que la mère porteuse n'est pas considérée comme la mère :

D'un point de vue terminologique en Israël :

« *Embryo Carrying Agreement* »³⁷ ou « *Accord sur le port d'embryon* » n'évoque à aucun moment la mère porteuse ou la gestatrice. Il est question de porter un embryon sans en mentionner les différents acteurs impliqués dans cette énorme aventure humaine.

« *Embryo Carrying Agreement* », où il n'y a plus de mère ni de gestatrice, c'est un portage comme pourrait le faire un utérus artificiel. La suppression de toute connotation maternelle semble écarter l'aspect relationnel entre les acteurs et peut déshumaniser la gestation sans même parler de l'omission fréquente de la vendeuse d'ovocytes.

Pour désigner la mère porteuse, le terme « *pundekait* »³⁸ qui signifie en français « hôtesse » est utilisé. Cela implique que la femme qui porte l'enfant ne se considère pas comme une mère mais comme une personne aidant une mère à concrétiser son désir d'enfant.

La mère porteuse n'est même pas appelée mère. Contrairement au terme anglais « *surrogate* » qui signifie « mère porteuse », le mot pour la maternité de substitution en hébreu est « *pundekait* » qui signifie « *aubergiste* ».

La femme dans ce cas est considérée comme une sorte d'hôtesse³⁹ temporaire pour l'enfant. Le fœtus est donc « *pensionnaire* » dans le corps de la mère⁴⁰ porteuse qui n'a aucun droit légal envers l'enfant.

³⁶ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

³⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

³⁸ ³⁸ YEFET, CARMIT(Karin), *Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel*, Harvard Journal of law and Gender., Vol.39, No.1,2016, p.268.

³⁹ *Ibid.*,

⁴⁰ *Ibid.*,

La gestation pour autrui suscite de nombreux débats, est d'un enjeu sociétal et touche de nombreuses branches du droit. Toutefois on se limitera aux enjeux du droit de la famille à travers une étude comparative entre Israël et la France.

Notre recherche a été motivée par deux systèmes juridiques ayant des positions diamétralement opposées.

Parce que la gestation pour autrui est d'un enjeu international, comparer deux ordres juridiques ayant une approche de ce processus complètement opposée est riche d'enseignements et nous permet d'appréhender le problème à une échelle plus large, notamment en droit international privé.

Deux systèmes juridiques divergents nous permettent alors de nous interroger sur ce processus qui divise tant et qui engendre des répercussions au niveau juridique, sociologique, anthropologique, éthique, philosophique.

Une approche empirique de la gestation pour autrui autorisée en Israël depuis 1996⁴¹, soit une vingtaine d'années avec l'approche française qui interdit ce processus nous permet d'avoir un recul de la gestation pour autrui à travers une approche concrète et pragmatique.

Cela nous permet alors de nous questionner sur la possibilité d'une éventuelle coordination entre deux systèmes que tout oppose.

La problématique :

S'attacher à comparer un pays où la gestation pour autrui est autorisée depuis plus d'une vingtaine d'années avec la France qui interdit cette pratique jusqu'à aujourd'hui nous permet d'appréhender l'interdiction de ce processus d'une manière pragmatique, à travers des études empiriques menées en Israël.

L'approche théorique de l'interdiction de la gestation pour autrui en comparaison avec une approche empirique de ce processus nous permettra une meilleure compréhension, plus claire de cette technique de procréation qui suscite tant de débats.

Bien que le processus de la gestation pour autrui soit à l'origine de nombreuses difficultés, l'étude d'une loi qui existe depuis plus d'une vingtaine d'années, ainsi que les expériences vécues de tous les acteurs intervenant dans ce processus peuvent éclairer, éclaircir sur cette technique de procréation et par la suite autoriser la France à légaliser cette pratique, l'encadrer où l'interdire encore.

⁴¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

La « science de la réalité »⁴² ou sociologie juridique selon Rehbinder nous permettra alors d'appréhender cette technique de procréation de manière empirique.

Comparer deux systèmes juridiques d'apparence diamétralement opposés est « source d'inspiration » et nous permet d'envisager des nouvelles règles ou des nouveaux statuts à partir de ce qui existe déjà ailleurs.

Le recul sur une gestation légalisée depuis plus d'une vingtaine d'années dans un petit pays comme Israël, l'analyse juridique et sociologique de ce processus nous permet d'envisager de manière empirique le problème.

Pouvoir projeter une analyse concrète d'un processus autorisé en Israël mais interdit en France nous permet d'allier l'analyse théorique de cette interdiction à celle pragmatique de la légalisation.

*« L'exercice de la comparaison sert d'abord de projecteur pour faire ressortir d'un pays à l'autre les points de rupture, là où se logent les véritables enjeux d'un socle commun. la comparaison offre aussi des sources d'inspiration pour proposer, là où ils font défaut, des nouveaux statuts ou de nouvelles règles à partir de ce qui existe déjà ailleurs »*⁴³.

La comparaison entre deux systèmes juridiques qui de plus divergent nous permet ainsi d'avoir de la hauteur et la possibilité d'un éclaircissement du droit national.

Si la gestation pour autrui est permise dans d'autres pays pourquoi est-elle toujours interdite en France ?

La loi autorisant le mariage pour tous⁴⁴ a ouvert l'adoption aux couples de même sexe ; la légalisation de la procréation médicalement assistée pour tous⁴⁵ autorisée aux femmes célibataires et aux couples de femmes a relancé la polémique autour de la GPA.

Le texte qui autorise notamment l'ouverture de la procréation médicalement assistée à toutes⁴⁶ les femmes a été voté par 60 voix contre 37 et quatre abstentions.

⁴² CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Puf, 1978, p.14.

⁴³ FULCHIRON (Hugues), SOSSON (Jehanne), *Parenté, filiation, origines. Le droit à l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2013, p.32.

⁴⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, JO n°0114 du 18 mai 2013

⁴⁵ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr

⁴⁶ AFP, « Adoption à l'Assemblée nationale de la PMA pour toutes :Le texte en lui-même est vraiment honteux » estime Ludovine de La Rochère »[en ligne], France -info, le 01/08/2020, disponible sur le site : https://www.francetvinfo.fr/societe/mariage/mariage-et-homoparentalite/adoption-a-l-assemblee-nationale-de-la-pma-pour-toutes-le-texte-en-lui-meme-est-vraiment-honteux-estime-ludovine-de-la-rochere_4063799.html, [consulté le 20/08/2020].

Après la loi n°2021-1017 du 2 août 2021⁴⁷ autorisant la PMA pour tous, il est indéniable que la gestation pour autrui fera l'objet de revendications de la part des couples de personnes de même sexe.

Mais avant de se pencher sur les enjeux de ce processus si particulier, nous présenterons le droit positif en France et en Israël de la Gestation pour Autrui ou GPA.

La Gestation pour autrui en France :

La Gestation pour Autrui ou GPA est interdite en France pour les couples homosexuels et couples hétérosexuels. Cette prohibition est à la fois civile⁴⁸ et pénale⁴⁹.

Dans les années 1980, La Gestation pour Autrui⁵⁰ était pratiquée par des associations, Alma Mater, les Cigognes et Sainte Sarah qui implicitement mettaient en relation des couples infertiles et des mères porteuses. L'accouchement sous X par celles-ci ainsi que la remise de l'enfant aux couples d'intention était alors pratiquée dans ce cadre.

La mère d'intention avait alors la possibilité de faire une requête en adoption plénière de l'enfant du conjoint admise par les juges.

Par la suite, l'interdiction de la Gestation pour Autrui a été formulé par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 1991 qui a considéré au visa de l'article 6 et 1128 du code civil que :

« La convention par laquelle une femme s'engage, fut ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

« Cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption »⁵¹.

⁴⁷ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, JORF n°0178 du 3 août 2021, disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr »

⁴⁸ Loi n°94-653 du 29 juillet 1994, JO 30 juillet 1994

⁴⁹ Article 227-12-1 du Code pénal

⁵⁰ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, P.40-41.

⁵¹ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE; Defrénois 1991, 1267, obs.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation⁵² s'était alors prononcée en faveur de l'interdiction de la GPA après avoir entendu exceptionnellement le Professeur Jean Bernard⁵³ en tant qu'«*amicus curiae*». C'est au nom de l'intérêt de l'enfant que celui-ci avait marqué son opposition à la gestation pour autrui. En 1991, cette intervention a certainement joué un rôle important dans l'établissement de la doctrine par la Cour de cassation.

Les Lois de bioéthique de 1994 ont affirmé alors ce principe d'interdiction avec l'article 16-7 du Code civil qui dispose que :

« *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.* »

L'article 227-12 alinéa 1^{er} du Code pénal interdit la provocation à l'abandon d'enfant et dispose que « *le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ».

L'article 227-12 alinéa 2 du Code pénal⁵⁴ interdit l'entremise lucrative en vue de l'adoption d'un enfant. Ce Processus étant alors interdit, de nombreux couples désirant un enfant se rendent à l'étranger où la Gestation pour Autrui est autorisée.

Qu'en est-il alors de la transcription de l'enfant à l'état civil ?

Jusqu'en 2014, cette jurisprudence interdisait aux Français ayant eu recours à une mère porteuse de demander la transcription de la filiation de cet enfant, que le contrat se déroule sous l'empire du droit français ou d'un droit étranger, qu'il s'agisse du parent biologique ou du parent d'intention a fortiori. Sous l'effet de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence.

L'arrêt *Mennesson c/Labassée c/France*⁵⁵ rendu par la Cour européenne des Droits de l'homme a été un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

AUBERT; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

⁵² *Ibid.*,

⁵³ MATTEI, M. Jean-François. Intervenants à la discussion pour la gestation pour autrui (GPA). *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 2009, vol. 193, no 3, p. 629-647.

⁵⁴ L'article 227-12 alinéa 2 du Code pénal dispose que « *le fait dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

⁵⁵ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note

Les faits dans cet arrêt sont les suivants ; un couple marié se rendit en Californie pour conclure une convention de gestation pour autrui. Après la naissance des jumelles, un jugement américain attesta de la qualité de père et mère du couple ayant conclu la convention avec la mère porteuse.

Lors de l'inscription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français, une enquête fut ouverte sur le fondement d'une suspicion de gestation pour autrui.

Le juge d'instruction rendit une ordonnance de non-lieu et la transcription des actes a dans un premier temps été effectué. Cependant, le procureur de la République assigna le couple aux fins d'annulation de cette convention. Un premier jugement déclara l'action du procureur irrecevable mais la cour d'appel infirma le jugement rendu et annula la retranscription, cette convention de gestation pour autrui étant contraire à l'ordre public international français.

Le couple requérant se pourvut alors en cassation, les juges de cassation reprenant les motifs de la cour d'appel notamment les dispositions d'ordre public international français et la violation de l'article 16-7 du code civil interdisant toute convention de gestation pour autrui rejetèrent ce pourvoi.

Le couple requérant saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme pour la violation par la France de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire a considéré que le refus de transcription de l'acte de naissance de ces enfants portait atteinte au droit de la vie privée qui implique que « *chacun puisse établir les détails de son identité* » et qu'« *un aspect essentiel de l'identité est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* ».

Les juges européens estimèrent que « *la France, sans ignorer qu'ils ont été identifiés ailleurs comme étant les enfants de ceux qui les élèvent leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique* », « *Pareille contradiction* » posant une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant, « *dont le respect doit guider toutes les décisions les concernant* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré ainsi qu'en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard du père biologique, l'État français va au-delà de ce que lui permet sa marge d'appréciation.

L'arrêt « *Foulon et Bouvet* »⁵⁶ c / France en 2016 va dans le même sens que l'arrêt « *Menesson* ».

de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁵⁶ CEDH, *Foulon et Bouvet c. France*, n°9063/14 et n°10410/14, 21 juillet 2016 ; JDI(Clunet) n°3, juillet 2017, chron. 9, chronique par E. DECAUX et P. TAVERNIER

Le recours à la GPA ne fait plus obstacle en soi à la transcription d'un acte de naissance étranger, ni à l'établissement de la filiation paternelle. Par ailleurs, le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention⁵⁷, en ce qu'il poursuit le but légitime de protéger l'enfant comme la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée par la loi française, ne porte pas ainsi une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale des enfants, dont l'accueil au sein du foyer parental que permet l'octroi de leur nationalité française n'est pas remis en cause par les autorités nationales.

Bien que la GPA soit à l'heure actuelle toujours interdite, la Cour de cassation au fur et à mesure de sa jurisprudence a fini par retranscrire les actes d'état civil d'enfants nés à l'étranger en admettant la retranscription totale de ces actes à l'égard des deux parents d'intention.

Doit-on généraliser cette solution ?

D'une exception, la Cour de cassation a-t-elle érigé la transcription totale des actes de naissance à l'égard des deux parents d'intention en principe générale ?

La transcription totale sur les registres de l'état civil d'un enfant né à l'étranger est possible dès lors que cet acte est probant au sens de l'article 47 du Code Civil, peu importe que l'enfant soit issu d'une GPA.

« *Le dernier obstacle persistant* »⁵⁸ et consistant à s'opposer à la transcription de la maternité pour autrui « *vient-il d'être levé* » ? « *ce qui anéantirait définitivement l'interdit légal* » comme il est souligné dans cette thèse.

La nouvelle loi bioéthique d'août 2021 vient mettre un frein à la transcription totale des actes d'état civil en exigeant que les faits déclarés doivent correspondre à la réalité des faits et non à la réalité juridique.

La nouvelle loi bioéthique⁵⁹ a élargi l'accès à l'assistance médicale à la procréation (PMA) aux couples de femmes et aux femmes célibataires, dans le même temps concernant la filiation des

⁵⁷ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁵⁸ MIQUEL (Juliette), *La maternité pour autrui en droit comparé français et anglais*, Thèse dactyl, Paris 2, 2019.

enfants nés à l'étranger, l'article 47 du Code civil a été complété et est venu préciser que cette reconnaissance est « *appréciée au regard de la loi française* ».

Désormais, pour les enfants nés de GPA⁶⁰, la transcription d'un acte d'état civil étranger est limitée au seul parent biologique, le second parent d'intention aura alors recours à une procédure d'adoption.

Le législateur condamne ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait admis la transcription totale de l'acte à l'égard des parents d'intentions. Désormais, le second parent d'intention doit avoir recours à l'adoption pour établir son lien de filiation.

La nouvelle loi bioéthique tout en réaffirmant l'interdiction de la gestation pour autrui est venue mettre un frein à la jurisprudence de la Cour de cassation en réinterprétant l'article 47 du Code Civil au sens de la réalité des faits en France et non de la réalité juridique étrangère.

Pour Anne Marie Leroyer, la réalité au sens de la loi française selon le nouvel article 47 est la réalité au sens de l'accouchement qui seul établit la filiation maternelle.

La Cour de cassation consacre ce que l'on appelle « *le schisme entre loi et jurisprudence*⁶¹ » qui risque de perdurer malgré la réforme de la loi bioéthique. Pour Madame Paricard, « *le législateur semble sourd à cette jurisprudence qu'il n'entend ni consacrer, ni combattre, bienheureux, semble-t-il, que les magistrats gèrent un sujet aussi politiquement clivant* »⁶².

Au-delà des problèmes juridiques qu'elle suscite, la gestation pour autrui pose avant tout des questions éthiques. Celles-ci ont été débattues par des citoyens, différentes institutions et des experts, lors des États généraux de la bioéthique, qui se sont déroulés de janvier à mai 2018.

Les débats ont donné lieu à un rapport de synthèse du Comité⁶³ consultatif national d'éthique (CCNE), publié le 2 juillet 2018.

⁵⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁶⁰ *Ibid.*,

⁶¹ L.GAREIL-SUTTER, « La Cour de cassation persiste et signe », Dalloz Actualités, 3 décembre 2020,

⁶² *Ibid.*,

⁶³ Le rapport de synthèse du CCNE, « Opinions du comité citoyen » est en ligne sur le site : www.ccne-ethique.fr

Selon le rapport, une grande partie des citoyens, dans le cadre de la consultation organisée sur internet, se prononcent contre la GPA. Cette pratique est considérée comme une marchandisation du corps de la femme mais aussi de l'enfant. Du reste, même si des GPA non rétribuées existent, il n'y a pas de GPA éthique car « *on ne donne pas plus un enfant qu'on ne le vend* ». Certains citoyens insistent, en outre, sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, « toute GPA implique un abandon de l'enfant » par la mère porteuse. La reconnaissance à l'état civil des enfants nés par GPA à l'étranger est également évoquée. Plusieurs contributions y sont favorables. Enfin, la solution d'une GPA éthique ou altruiste pour indication médicale dans le cas particulier des femmes infertiles ne fait pas consensus car la GPA « *ne peut pas être un acte médical* ».

Les associations, les institutions et les courants de pensée auditionnés ont des avis plus partagés. Beaucoup réclament un débat serein sur le sujet. D'autres s'opposent à toute forme de GPA et demandent la création d'une infraction spéciale en cas de recours à cette pratique, même à l'étranger. A l'opposé, certains considèrent qu'il peut exister une GPA éthique. Enfin, comme les citoyens, beaucoup désirent la reconnaissance des enfants nés par GPA à l'étranger.

Pour leur part, certaines sociétés savantes (praticiens, juristes, chercheurs) regrettent l'interdiction totale de la GPA en France. Elles souhaitent « *une réflexion collective sur certaines indications médicales comme l'infertilité utérine définitive, et une éventuelle organisation par la loi de la prise en compte responsable au cas par cas* ».

Le CCNE reste favorable à l'interdiction de la GPA au nom du respect de la personne humaine, du refus de l'exploitation de la femme et de la réification de l'enfant, de l'indisponibilité du corps humain et de la personne humaine. Le CCNE souhaite, en outre, l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA.

Dans une étude publiée le 11 juillet 2018 en vue d'éclairer les futurs débats sur la révision de la loi de bioéthique, le Conseil d'État s'est aussi prononcé sur la GPA. Il considère que cette pratique doit rester interdite. Les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes s'opposent, en effet, à « *une contractualisation de la procréation* ». Quant à la situation des enfants nés à l'étranger de GPA, le Conseil d'État estime que le droit actuel assure « *un équilibre entre la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et le maintien de l'interdiction de la GPA* ».

La nouvelle loi n° 2021-1017 bioéthique réaffirme l'interdiction⁶⁴ de la GPA.

Le problème de la gestation pour autrui en France se pose lorsque les Français vont à l'étranger où ce processus est légal afin de recourir à une mère porteuse, et reviennent dans leur pays d'origine.

La loi interdisant la gestation pour autrui est contournée, les parents d'intention demandent la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français d'état civil.

De ce droit positif nous pouvons en déduire que la Gestation pour Autrui existe implicitement par l'effet du « *fait accompli* » qui implique alors la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger et de la reconnaissance de la filiation paternelle et maternelle.

Qu'en est-il du droit positif en Israël

La Gestation pour autrui en Israël :

En Israël, seule la gestation pour autrui gestationnelle est autorisée, la gestation pour autrui traditionnelle, où la mère porteuse est aussi la mère génétique est formellement interdit.

Autorisée depuis une loi de 1996, celle-ci est composée de 24 articles rédigés en hébreu et les conditions de la légalisation de cette loi adoptée sont assez strictes bien qu'un élargissement soit intervenu en 2018 ainsi qu'en 2022.

La loi sur les Accords de port des embryons (approbation de l'accord et statut du nouveau-né) 5756-1996⁶⁵, *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*, aujourd'hui intitulée « *Fetus carriage agreement law* » régit l'accord entre les futurs parents et une mère porteuse, selon lequel la mère porteuse accepte de concevoir par l'implantation d'un ovule fécondé par le sperme du père d'intention, de porter l'embryon pour les futurs parents, et de remettre le nouveau-né aux futurs parents après la naissance. Seuls les couples hétérosexuels et mariés étaient concernés par cette loi de 1996 dont les conditions étaient strictes.

Celle-ci était au départ destinée aux femmes en âge de procréer qui ne peuvent concevoir et mener une grossesse, ou dans le cas où une grossesse peut mettre gravement leur santé en danger.

Le sperme utilisé pour la fécondation *in vitro* est celui du père désigné, l'ovule appartient à la mère désignée. Lorsqu'un don d'ovocytes est requis, il est interdit à la mère porteuse de donner des

⁶⁴ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁶⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

ovocytes. Selon cette loi, un enfant né par GPA doit naître d'un couple hétérosexuel, juif et israélien seulement.

La loi en Israël est très restrictive. Seule une juive peut être une femme porteuse pour un couple de juifs. Lorsque des couples juifs vont à l'étranger pour faire une GPA, si la femme porteuse n'est pas juive alors l'enfant revenu en Israël devra se convertir au judaïsme pour être juif et ceci même si la donneuse d'ovocyte est juive.

La loi civile a été promulguée avec l'imprimatur du Grand rabbinat nécessaire pour qualifier de juif le nouveau-né, bien que la religion estime que le judaïsme ne se transmet que par la mère.

Les règles sont strictes et la possibilité d'avoir recours à la GPA n'est effective qu'après un délai de plusieurs mois. Un comité nommé par l'État est chargé de superviser chaque accord de GPA. Les couples désireux d'avoir recours à la GPA doivent donc passer devant une commission médicale étatique qui s'assure de la réalité de la stérilité et de l'impossibilité de procréer naturellement.

Une deuxième commission cette fois psychologique doit garantir l'état d'esprit du couple et celui de la mère porteuse dont la santé doit être irréprochable.

La mère porteuse doit être officiellement divorcée, civilement ou religieusement ou veuve et doit avoir au moins un enfant. Elle doit être juive selon la loi religieuse. Depuis 2014, les femmes mariées peuvent désormais être mères porteuses.

Un contrat⁶⁶ est alors établi devant les tribunaux garantissant l'impossibilité pour la mère porteuse de se rétracter et sa déchéance du droit sur le bébé qui naîtra.

Les parents d'intention ne peuvent refuser la naissance pour non-conformité du bébé.

Les gamètes doivent provenir de l'un des parents d'intention, le bébé naîtra donc avec les gamètes de l'un des vrais parents.

La mère d'intention suivra de près l'évolution de grossesse pendant les neuf mois de gestation et au moment de l'accouchement elle accueillera la première le bébé sur son corps. Le premier contact du nouveau-né se fera ainsi avec la mère d'intention.

L'État officialise la naissance par un acte officiel délivré par les tribunaux où la mère porteuse n'a aucune existence légale. Les parents d'intention sont ainsi reconnus par toutes les instances religieuses du pays.

Le recours à la GPA est coûteux, entre 40 000 et 50 000 euros répartis entre les frais médicaux et la mère porteuse ainsi seuls quelques privilégiés y ont donc accès.

⁶⁶ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.140.

Cette somme est bloquée sous séquestre entre les mains d'un avocat assermenté qui assure à la mère porteuse un revenu pendant la grossesse et au couple stérile la garantie de bonne fin de l'opération.

2. Une Gestation pour Autrui autorisée pour tous depuis le 11 janvier 2022

Malgré les manifestations de milliers d'Israéliens revendiquant le droit à la Gestation pour Autrui pour les couples homosexuels, l'amendement⁶⁷ 2 de la loi sur les Accords de port d'embryons 5778-2018 a dans un premier temps admis cette technique de procréation pour les femmes célibataires et a exclu les couples homosexuels.

Cet amendement est entré en vigueur le 27 octobre 2018 ; Les points principaux concernent essentiellement la mère célibataire sans conjoint qui peut demander une procédure de gestation pour autrui, à condition que ses ovocytes soient utilisés ce qui souligne ainsi l'importance de la connexion génétique avec le bébé né.

La procédure de gestation pour autrui inclut jusqu'à six tentatives de fécondation et une mère porteuse peut entamer une procédure de gestation pour autrui si elle n'a pas eu plus de quatre naissances ; trois procédures de gestation sont possibles, mais pas plus de deux naissances.

Le 31 octobre 2018, à nouveau, à la Knesset⁶⁸, le projet de loi pour l'élargissement de la gestation pour autrui aux hommes célibataires et aux couples homosexuels a été rejeté. 41 députés ont voté pour et 49 contre.

Le 01 novembre 2018, le premier ministre Benjamin Netanyahu et le député Avi Dichter lors du débat à la Knesset ont discuté de « la discrimination honteuse du gouvernement à l'encontre de la communauté LGBT en ce qui concerne la loi sur la maternité de substitution ».

*« Je soutiens la maternité de substitution pour la communauté LGBT, mais jusqu'à présent nous pas n'avons pas la majorité dans la coalition pour faire voter la loi. Quand nous aurons la majorité, nous adopterons la loi »*⁶⁹ a déclaré le Premier ministre Benjamin Netanyahu au cours du débat.

Le 11 juillet 2021, La Cour suprême a énoncé que les couples homosexuels seraient prochainement autorisés à recourir à des mères porteuses en Israël pour avoir des enfants.

⁶⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁶⁸ La Knesset (parlement israélien) disponible sur : <https://m.Knesset.gov.il/en/news/pressreleases/.../press111w.aspx>

⁶⁹ *Ibid.*,

« *Nous ne pouvons pas accepter le préjudice persistant et contraire aux droits humains que constitue le dispositif existant sur la GPA* »⁷⁰, a énoncé la Cour, précisant que les restrictions pour les couples de même sexe et les hommes célibataires devaient être levées dans les six mois.

Pour faire suite à l'arrêt BAGATZ de la Cour suprême⁷¹ du 11 juillet 2021, la loi sur les accords pour le portage de fœtus⁷² (accord et statut du nouveau-né) de 1996 a été à nouveau modifiée, autorisant ainsi l'accès à la GPA aux hommes célibataires ainsi qu'aux couples d'hommes.

« *C'est un moment déterminant et historique dans la tendance actuelle à l'égalité de traitement des individus de toute religion, race ou sexe* », estime le ministère de la Santé.

Les conditions de la gestation pour autrui en Israël bien que récemment élargies aux femmes célibataires ainsi qu'aux hommes célibataires et aux couples d'hommes restent cependant strictes.

En Israël, le mariage et le divorce sont régis par le droit religieux, le mariage homosexuel⁷³ n'étant pas reconnu. Depuis une jurisprudence de la Cour suprême de 2006, les couples homosexuels israéliens peuvent se marier à l'étranger et enregistrer leur union par l'État civil israélien. Le droit israélien reconnaît le concubinage accessible aux couples homosexuels. Quant à l'adoption, il n'est autorisé par les parents homosexuels que sur une base individuelle et non de couple impliquant alors que le conjoint de l'adoptant n'est pas reconnu comme parent de l'enfant.

La gestation pour autrui en Israël longtemps interdite aux couples non mixtes, ces derniers se sont alors tournés vers l'étranger pour y recourir.

Concernant les couples hétérosexuels et les femmes célibataires, les restrictions établies dans les guidelines de la commission tels que, l'âge, le nombre d'enfants déjà eus diminuent la possibilité du recours à ce processus. La gestatrice ne doit pas être mariée et doit avoir déjà des enfants bien que depuis 2014 les femmes mariées peuvent désormais être mères porteuses⁷⁴. Ses propres ovocytes ne peuvent pas être utilisés alors que le père intentionnel doit être aussi le père génétique, et elle doit être de la même religion que les parents intentionnels, mais ne doit pas

⁷⁰ Le Figaro, 11 juillet 2021, « Israël : La Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe », disponible sur le site : www.lefigaro.fr/flash-actu/israel-la-cour-supreme-autorise-la-gpa-pour-les-couples-de-meme-sexe-20210711

⁷¹ HCJ 781/15, July 11, 2022

⁷² Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

⁷³ ZONSHAIN (Pascale), « Les droits des LGBT en Israël » [en ligne], *Pardès*, 2019, vol. 64-65, n°. 1-2, pp. 389-392, [consulté le 26/12/2021]. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2019-1-page-389.htm>

⁷⁴ SCIALOM (Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II - Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit, 2020, p.141.

avoir de liens familiaux avec eux. Ainsi le nombre de mères porteuses selon ces critères est réduit. D'autre part, le montant élevé du recours à ce processus et sa longueur impliquent que les Israéliens se tournent vers une GPA à l'étranger beaucoup moins onéreuse et plus rapide.

Israël, le recours de la GPA à l'étranger

Malgré l'élargissement⁷⁵ de la Gestation pour Autrui aux femmes célibataires en octobre 2018, ainsi que celle récente autorisant cette pratique⁷⁶ aux couples de même sexe et aux hommes célibataires, la Gestation pour autrui longtemps permise qu'aux couples hétérosexuelles a incité de nombreux couples à se tourner vers l'étranger. Les restrictions des Guidelines⁷⁷ de la commission liée à l'âge des mères intentionnels qui ne doit pas dépasser 53 ans lors du dépôt de la demande ainsi que le nombre d'enfants déjà eues a accentué le recours de cette pratique à l'étranger.

Concernant la gestatrice, elle ne doit pas être mariée et doit avoir déjà des enfants, ses ovocytes ne peuvent être en aucun cas être utilisés et elle doit être de la même religion que les parents d'intention. Ces conditions restrictives limitent ainsi le nombre de gestatrices.

Le faible nombre de femmes porteuses israéliennes associé à un processus restrictif, long, d'un coût élevé motive les Israéliens à se tourner vers l'étranger.

La GPA légale est appliquée uniquement aux conventions réalisées sur le sol national entre des résidents israéliens, les parents intentionnels et la gestatrice. Aucun dispositif légal relatif aux conventions conclues à l'étranger est prévu de sorte que les ressortissants israéliens peuvent recourir à la GPA à l'étranger.

Des Guidelines administratives concernant le recours à la GPA à l'étranger ont été formulées par le ministère des Affaires étrangères, le ministère de la Justice, le ministère de la Santé et le

⁷⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁷⁶ Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

⁷⁷ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

ministère des Affaires sociales. Elles s'appliquent en principe à tous les pays étrangers dans lesquels la GPA est réalisée et en particulier à ceux d'Asie et d'Europe de l'Est.

Selon ces guidelines, tout enfant né par GPA à l'étranger⁷⁸ doit être soumis à un test ADN pour s'assurer de son lien génétique avec les parents d'intention. Ce test est exigé à l'étranger ou l'enfant y réside encore.

Un échantillon d'ADN est prélevé au consulat israélien dans le pays où la GPA a eu lieu et ensuite envoyé à l'unique laboratoire agréé en Israël. Le lien génétique établi, l'enfant est alors considéré comme citoyen israélien auquel on attribue un passeport israélien.

La mère porteuse doit corrélativement donner un « *affidavit* » signé par elle au consulat, déclarant qu'elle n'est pas la mère de l'enfant, renonçant à toute relation juridique avec lui et autorisant son départ en Israël. Les autorités israéliennes vérifient l'identité de la mère porteuse par deux pièces d'identité. Cela pour s'assurer que le consentement n'est pas forcé ou alors qu'il n'y a pas eu enlèvement d'enfant. Une fois toutes ces formalités⁷⁹, l'enfant peut quitter le pays de naissance et rentrer en Israël avec ses parents d'intention.

Dans le cas où l'enfant a un parent intentionnel avec lequel il n'a pas de lien génétique, le lien de filiation doit être établi par un « *Parental Order* »⁸⁰ devant le tribunal aux affaires familiales israéliens.

Le recours à la GPA à l'étranger est autorisé pour les couples dont les gamètes appartiennent au moins à un des membres du couple.

La condition est que la loi du pays dans lequel la GPA⁸¹ est pratiquée n'interdit pas ce processus. Les autorités israéliennes ne contrôlent pas le contenu de la convention selon le droit local ni selon des principes généraux du droit international ou israélien. Le ministère israélien des affaires étrangères avertit à cet effet tous les ressortissants de son pays afin de les dissuader à recourir à cette pratique dans les pays qui l'interdisent.

⁷⁸ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur l'Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁷⁹ *Ibid.*,

⁸⁰ *Ibid.*,

⁸¹ *Ibid.*,

L'intervention du tribunal est souvent requise une fois l'enfant entré en Israël. Le tribunal devra octroyer la nationalité israélienne⁸² à l'enfant et confirmer le lien de parenté avec les parents intentionnels.

Le droit israélien est issu de diverses sources.

Le système juridique israélien⁸³ est principalement fondé sur la Common Law. Pour ce qui est du droit de la famille et du statut personnel c'est le droit religieux qui s'applique, la Halakha pour les juifs israéliens, le droit musulman pour les arabes israéliens musulmans, le droit chrétien pour les arabes israéliens chrétiens.

Le droit israélien moderne inclut le Mecelle (le code civil de l'Empire Ottoman), le droit civil allemand, le droit religieux ou halakha relevant du droit de la famille et la Common Law britannique.

La jurisprudence israélienne s'est largement inspirée du droit américain et canadien ces dernières années.

Le système juridique israélien⁸⁴ est un système mixte combinant plusieurs systèmes juridiques.

Historiquement, un premier système juridique qui est une sorte de droit musulman, la Common Law qui s'applique dans l'ordre juridique d'Israël, un système romano germanique et le droit traditionnel juif, hébraïque qui constitue une source de droit dans la matière du statut personnel.

Il convient alors de définir ce qu'est la Halakha indispensable à la compréhension du droit hébraïque.

La Halakha⁸⁵ vient de la racine h-l-kh qui signifie marcher et trouve son expression formelle dans l'accomplissement des 613 Mitsvot⁸⁶ que comprend la Tora.

La Tora présente deux aspects et comprend un état statique et un état dynamique, la halakha.

⁸² Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur l'Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁸³ Le droit israélien, disponible sur le site : <https://cours-de-droit.net/le-droit-israelien-a158439832/>

⁸⁴ *Ibid.*,

⁸⁵ BOTBOL (Elie), *Le Judaïsme face aux biotechnologies médicales*, l'Arche du livre, 1998, p.34-35.

⁸⁶ Traduit comme « des bonnes actions »

« Ainsi apparaît une dualité entre l'état statique qu'elle suppose, à savoir la mise en pratique d'actes stéréotypés invariables qui correspondent aux commandements divins, et d'autre part, le dynamisme⁸⁷ qui lui permet d'accompagner l'évolution de l'histoire et d'apparaître comme « ce qui marche et progresse depuis le début jusqu'à la fin des temps », selon la définition de Rabbi Natan de Rome »⁸⁸.

La loi écrite nous ordonne de nombreuses prescriptions sans explication et c'est alors la loi Orale enseignée qui permet de dynamiser la halakha.

La Tora est source de questionnements, de sollicitations, de discussion des lois afin d'en connaître l'esprit ou le sens exact nécessaire à sa compréhension ; Le Talmud met l'accent sur le caractère oral de la tradition juive.

« Une méthode traditionnelle du commentaire oral qui lui conserve le souffle de la vie »⁸⁹.

C'est ainsi que les sages d'Israël ont su interpréter la Tora en l'adaptant aux préoccupations contemporaines et c'est ce qui reflète un fort intérêt des sciences pour les maîtres de la Tora.

Le droit français et le droit israélien divergent quant aux sources.

De manière générale, le droit français se fonde sur des textes de lois alors que le droit israélien est principalement fondé sur la Common Law.

Alors que l'article 5 du code civil interdit les arrêts de règlement, en Israël, la règle du précédent s'applique aux juridictions inférieures qui sont tenus de suivre une même solution aux situations identiques.

Tandis que la loi française édicte des règles de formule générale et abstraites qui peuvent être l'objet d'interprétation, la loi israélienne s'appuie sur des règles précises et détaillées.

La convergence des deux systèmes :

⁸⁷ BOTBOL (Elie), *Le Judaïsme face aux biotechnologies médicales*, l'Arche du livre, 1998, p.34-35.

⁸⁸ *Ibid.*,

⁸⁹ *Ibid.*,

L'étude comparée d'un système de droit civil et de celui de Common Law ajouté au statut personnel pour ce qui est du droit de la famille en Israël nous permettra de nous imprégner de ces deux systèmes pour appréhender ce processus de procréation qui divise tant et qui est l'enjeu de nombreux bouleversements.

D'une étude empirique de la gestation pour autrui, légale en Israël on aura un recul de plus d'une vingtaine d'années sur un processus interdit en France.

Plan

L'analyse de la gestation pour autrui implique d'appréhender cette notion dans les deux systèmes juridiques de nous poser indéniablement la question de la vie (**Partie I**), puisque ce processus est utilisé pour engendrer une naissance, une vie, de se questionner s'il existe un droit à l'enfant qui viendrait contredire les droits de l'enfant, si l'intérêt de l'enfant est menacé ou protégé.

Pour ensuite faire une analyse sur les différents acteurs et notamment les vies (**Partie II**), intervenant dans ce processus, la mère porteuse, la mère d'intention, la donneuse d'ovules, le père d'intention, le père biologique, le donneur de sperme avec la participation de l'État dans ce processus en Israël et penser alors à une spécificité de ce contrat qui mêlant l'humain ne ressemble à aucun contrat pour envisager l'éventuelle légalisation de la gestation pour autrui.

Partie I. La vie

Selon Joseph Droz « *Un des plus beaux jours de la vie, et peut être le plus beau de notre existence est celui où la naissance d'un enfant ouvre notre âme à des émotions qu'elle ignorait encore hier* »⁹⁰.

« *Vivre la naissance d'un enfant est notre chance la plus accessible de saisir le sens du mot miracle* »⁹¹

Le miracle de la vie commence par la rencontre d'un spermatozoïde (gamète mâle) et d'un ovule (gamète femelle), c'est la fécondation. Elle a lieu lorsque les membranes du spermatozoïde et de l'ovule fusionnent et que le spermatozoïde pénètre dans l'ovocyte. Les noyaux des deux gamètes augmentent, se rapprochent et finissent par fusionner. Ils forment alors un œuf, appelé zygote.

Cette cellule, œuf unique, est la combinaison des patrimoines génétiques des deux parents. C'est la première étape de la vie d'un individu.

L'œuf descend de la trompe de Fallope vers l'utérus et se divise pour donner deux cellules. Celles-ci se diviseront à leur tour pour en donner deux autres et ainsi de suite. C'est le processus de la division cellulaire, et c'est ainsi que petit à petit, se formeront tous les organes, membres et systèmes qui constituent un être humain.

La conception et la naissance sont naturelles, or certains couples rencontrent des difficultés pour concevoir ou porter un enfant et l'impossibilité d'avoir un enfant est « une souffrance⁹² » qui doit être prise en compte. Ces couples qui désirent être parents vont alors se tourner vers le domaine médical afin de remédier aux diverses difficultés d'infertilité.

L'infertilité qui correspond à l'incapacité pour un couple de concevoir un enfant relève de diverses causes qui peuvent être imputées soit à la femme, soit à l'homme, soit aux deux membres du couple.

Chez les hommes, l'infertilité⁹³ correspond très souvent à une altération quantitative ou qualitative de la production des spermatozoïdes. Les testicules ne parviennent pas à produire suffisamment de spermatozoïdes, parfois ne peuvent en produire du tout.

⁹⁰ Citation de Paul Carvel

⁹¹ *Ibid.*,

⁹² LECLAIR(Agnès), « PMA pour toutes : le feu vert du comité d'éthique », [en ligne], Le Figaro, le 25/09/2018, disponible sur le site : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2018/09/25/01016-20180925ARTFIG00076-pma-pour-toutes-le-feu-vert-du-comite-d-ethique.php> [consulté le 20/12/2020].

⁹³ L'infertilité, disponible sur : <https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-sexo-gyneco/2676595-infertilite-definition-causes-symptomes-traitements-primaire-secondaire-idiopatique-immunologique/>

Des anomalies de forme (téatospermie) ou une mobilité insuffisante (asthenospermie) de spermatozoïdes empêche alors la fécondation.

Chez les femmes⁹⁴ cela se traduit souvent par des troubles de l'ovulation, une altération des trompes ou des lésions plus ou moins étendues d'endométriose. Cette maladie est l'une des premières causes d'infertilité en France. Dans 30% de cas, enfin, on n'arrive pas à expliquer l'infertilité des couples.

L'infertilité touche un grand nombre de couples et une personne sur six rencontrent des difficultés à avoir un enfant. Des études scientifiques estiment que les perturbateurs endocriniens sont aussi à l'origine de la baisse de la fertilité⁹⁵. Confrontés à une telle situation, les couples n'hésitent pas à avoir recours au progrès de la science et donc aux nouvelles technologies telle que la procréation médicalement assistée ou PMA dont la GPA ou gestation pour autrui en fait partie.

Les techniques médicales accentuent la pression des médecins. Il y a trente ans, on considérait qu'il fallait attendre deux ans, pour un couple, avant de se tourner vers les techniques de procréation assistée. Aujourd'hui, au bout d'un an, les médecins orientent vers ces techniques, la recherche médicale estimant toutefois qu'une attente de dix-huit mois avant la conception d'un enfant n'est pas anormale.

L'impossibilité d'avoir un enfant est « une souffrance »⁹⁶ qui doit être prise en compte même s'il ne s'agit pas de remédier à une infertilité médicale, a estimé le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) récemment. Dans un avis de 2017, le CCNE s'était déjà prononcé en faveur de l'extension de la PMA.

Une proposition de loi⁹⁷ a été débattue par le parlement début 2019 en faveur de l'ouverture de la PMA pour toutes les femmes. La loi⁹⁸ du 2 août 2021 relative à la bioéthique a élargi la PMA aux femmes célibataires et aux couples de femmes.

⁹⁴ L'infertilité, disponible sur : <https://sante.journaldesfemmes.fr/fiches-sexo-gyneco/2676595-infertilite-definition-causes-symptomes-traitements-primaire-secondaire-idiopatique-immunologique/>

⁹⁵ MULTIGNER(Luc) et KADHEL(Philippe), « Perturbateurs endocriniens, concepts et réalité. *Archives des Maladies Professionnelles et de l'Environnement* », 2008, vol. 69, no 5-6, p. 710-717.

⁹⁶ LECLAIR(Agnès), « PMA pour toutes : le feu vert du comité d'éthique », [en ligne], Le Figaro, le 25/09/2018, disponible sur le site : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2018/09/25/01016-20180925ARTFIG00076-pma-pour-toutes-le-feu-vert-du-comite-d-ethique.php> [consulté le 20/12/2020].

⁹⁷ Proposition de loi n°1433 visant à faire de l'assistance médicale à la procréation un droit universel, disponible sur le site : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b1433_proposition-loi

⁹⁸ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

Après le pacte civil de solidarité (PACS), institué par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 et la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage aux couples de même sexe, la PMA pour tous⁹⁹, la GPA est-elle la prochaine étape ?

La PMA pour tous étant autorisée pour les couples de femme et les femmes célibataires, la gestation pour autrui serait-elle la conséquence logique pour les couples d'hommes, de concrétiser leur désir d'enfant ?

Un couple d'hommes ne pouvant par nature procréer, la GPA ou gestation pour autrui serait-elle alors une revendication au nom du principe d'égalité ?

Au nom du principe d'égalité, les hommes pourraient revendiquer l'accès à la gestation pour autrui ou GPA. La PMA pour tous impliquerait alors la revendication pour les hommes d'avoir accès à la gestation pour autrui, seul remède pour les couples d'hommes d'avoir des enfants.

L'interdiction de la gestation pour autrui fondé en droit français sur l'indisponibilité de l'état des personnes et le respect de l'être humain¹⁰⁰ est un principe contraire à l'ordre public.

Tandis que le droit français se fonde sur des principes d'ordre public pour interdire la gestation pour autrui, le droit israélien autorise cette pratique depuis 1996¹⁰¹ en se fondant en premier lieu sur la Torah et s'appuie sur une politique nataliste¹⁰² conforme à l'ordre public.

Ces divergences de fondement entre droit français et droit israélien permettent alors une analyse plus profonde de cette technique de procréation qu'est la Gestation pour Autrui.

Ce processus dont l'acteur principal est l'enfant nous permet alors de nous interroger sur une question substantielle du droit à « *la vie* ».

Le droit à la vie est-il un droit pour les parents d'intention qui désirent à tout prix un enfant ?

⁹⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹⁰⁰ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE; Defrénois 1991, 1267, obs. AUBERT; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

¹⁰¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur : <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

¹⁰² ALMOG(Shulamit), BASSAN(Sharon), « the politics of pro and non-reproduction policies in Israel », *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol.14, n° .1,2018, p.34-40.

Peut-on alors invoquer un droit à l'enfant ? ce droit à l'enfant se concilie-t-il avec les droits de l'enfant ou le met-il en danger ? L'intérêt de l'enfant dans le cadre de la gestation pour autrui est-il protégé, menacé ?

Comment tout cela est-il appréhendé en droit français et en droit israélien ?

Il conviendra alors de procéder à l'identification des différents processus de procréation, pour ensuite analyser ce processus autorisé en Israël mais interdit en France.

Avant tout la GPA est une technique de procréation médicalement assistée, technique qu'il convient d'éclaircir (**Titre I**) pour appréhender le processus de la gestation pour autrui .En France, la légalisation de la PMA pour tous au nom de l'égalité sera l'occasion d'une revendication quant à la légalisation de la gestation pour autrui pour les couples homosexuels , une gestation autorisée pour tous en Israël depuis l'amendement¹⁰⁵ récente de la loi autorisant cette pratique aux couples d'hommes ainsi qu'aux hommes célibataires.

La Gestation pour Autrui invoque indéniablement « *La vie* ».

On se questionnera alors sur les retombées de ce processus sur la « *vie* » de l'enfant, le droit à la Vie (**Titre II**)

¹⁰⁵ Amendment to the Surrogacy Arrangement Law, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

Titre I. La GPA : Une Technique

Ce processus qu'est la gestation pour autrui est une technique de procréation médicalement assistée. Nous aborderons les différentes techniques de procréation, de la PMA à la GPA (**Chapitre I**), ainsi que les fondements de la gestation pour autrui (**Chapitre II**)

Chapitre I. De la PMA à la GPA

Afin d'appréhender cette technique médicale qu'est la gestation pour autrui il est nécessaire de pouvoir identifier les différents processus qu'implique la procréation médicalement assistée. Les progrès de la science ont permis aux couples infertiles d'accéder à la maternité grâce aux nouvelles technologies telle que la procréation médicalement assistée ou PMA.

La procréation médicalement assistée relevant d'une technique avant toute médicale, qu'elles sont alors les différents procédés permettant de pallier l'infertilité ?

La compréhension de cette technique de procréation qu'est la gestation pour autrui passe nécessairement par les différents procédés relevant des procréations médicalement assistées PMA ou AMP.

Au départ destiné à pallier une infertilité médicale, la procréation médicalement assistée glisse vers une infertilité sociale, on parle alors de PMA de convenance¹⁰⁴.

L'étude de cette technique permettra d'une part un éclaircissement relatif à la différence entre la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui qui est souvent source de confusions pour de nombreux individus.

La légalisation de la procréation médicalement assistée pour tous¹⁰⁵ relance le débat sur la légalisation de la gestation pour autrui déjà pratiquée dès les années 80.

La PMA pour tous serait une mesure de justice sociale¹⁰⁶ permettant ainsi à des femmes de mettre fin à une forme de discrimination à l'égard des femmes lesbiennes et célibataires, selon la secrétaire à l'Egalité entre hommes et femmes, Marlene Shiappa.

L'élargissement de la PMA ou la PMA pour tous, impliquerait-elle la GPA ou gestation pour autrui pour les hommes et ainsi la GPA pour tous ?

¹⁰⁴ MIRKOVIK(Aude) « *PMA, GPA, La controverse juridique* », Téquy, 2014, p. 7.

¹⁰⁵ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹⁰⁶ COURTE(Liane), « Marlene Schiappa sur la PMA pour toutes les femmes : Il faut mettre fin à la discrimination », [en ligne], le 19/01/2018 disponible sur le site : <https://www.lejdd.fr/Politique/marlene-schiappa-sur-la-pma-pour-toutes-les-femmes-il-faut-mettre-fin-a-la-discrimination-3550292>, [consulté le 20/01/2018].

La Gestation pour Autrui ou GPA est une technique de procréation médicalement assistée.

La « Procréation¹⁰⁷ médicalement assistée » dite aussi « Assistance médicale à la procréation » est un ensemble de techniques médicales encadrées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la Fécondation in vitro (FIV), le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. Les procréations médicalement assistées sont diverses et l'on distingue les PMA endogènes et les PMA exogènes.

Les PMA endogènes sont des PMA sans donneur, il s'agit alors de l'insémination artificielle et de la fécondation *in vitro* suivie d'un transfert d'embryon. Les PMA exogènes sont des procréations médicalement assistées avec donneur. Elles comprennent la PMA avec un seul donneur, l'homme ou la femme et existent sous deux formes que sont l'insémination artificielle et les fécondations *in vitro* avec donneur et transfert d'embryon. La PMA existe aussi avec deux donneurs, c'est le don d'embryon, qui fait suite à une fécondation *in vitro*.

La GPA ou gestation pour autrui est aussi une technique de PMA où il y a alors fécondation *in vitro* et transfert d'embryon chez la mère porteuse et est reconnue par l'OMS¹⁰⁸ comme une technique possible de procréation médicalement assistée.

La gestation pour autrui ou GPA¹⁰⁹ ou « maternité pour autrui » (MPA) est définie alors comme :
« Une pratique séculaire destinée à pallier l'infertilité d'une femme qui ne peut porter un enfant en permettant à une autre femme de porter un enfant qu'elle remettra à la femme infertile. »

En France, la récente loi autorisant la procréation médicalement assistée pour tous¹¹⁰ relance alors la question inévitable de la légalisation de la gestation pour autrui, une légalisation revendiquée par les couples homosexuels par souci d'égalité (**Section 1**) alors qu'en Israël, la procréation médicalement assistée pour tous est légale depuis plus d'une trentaine d'années, et la gestation pour autrui autorisée depuis 1996, un processus cependant assez restrictif (**Section 2**)

¹⁰⁷ Dictionnaire-juridique.com

¹⁰⁸ MECARY (Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, P.40.

¹⁰⁹ *Ibid.*,

¹¹⁰ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

Section 1. Un souci d'égalité pour la France

Alors que la loi¹¹¹ du 2 août 2021 autorise la Procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires, les couples homosexuels qui désirent des enfants et n'ont d'autres moyens d'y recourir qu'à travers la Gestation pour autrui où GPA revendiquent le droit d'accéder à ce mode de parentalité (§1), un principe reconnu par la constitution (§2)

§1. Une égalité revendiquée

Comment cette technique de procréation est-elle née ? (A), tandis que la PMA pour tous est aujourd'hui légalisée cela impliquerait-il la revendication des couples homosexuels pour la légalisation de la Gestation pour Autrui (B) ?

A. L'épanouissement de la PMA

1 L'origine

La Procréation médicalement assistée (PMA) ou assistance médicale à la procréation (AMP) a bouleversé les circonstances de la procréation.

Autrefois, les femmes ne contrôlaient pas leur maternité et la grossesse n'était pas toujours synonyme de désir volontaire. En France, en 1967, la loi « *Neuwirth* »¹¹² autorise la contraception par la pilule. C'est le premier pas de la dissociation entre l'acte sexuel et la conception d'un enfant.

« *Un enfant quand je veux si je veux* » est le slogan féministe¹¹³ de la marche internationale pour l'abolition des lois contre l'avortement du 10 novembre 1971.

La loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, dite Loi Veil¹¹⁴, dépénalise l'avortement en France.

Les conditions antérieures de la procréation sont dépassées par ces dates fondamentales¹¹⁵.

¹¹¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹¹² FLIS-TRÉVES(Muriel), « Maternité-Attitude » in FRYDMAN(René), FLIS-TRÉVES (Muriel), *Rêves de Femmes*, Odile Jacob, 2005, p.8.

¹¹³ LEON (Marie), « Un enfant si je veux, quand je veux : Mythes et réalités de la contraception et de l'I.V.G. », [en ligne], *Gestalt*, 2013, vol. 43, n° 1, pp. 104-118, [consulté le 20/12/2021]. URL : <https://www.cairn.info/revue-gestalt-2013-1-page-104.htm>

¹¹⁴ *Ibid.*,

¹¹⁵ FLIS-TRÉVES(Muriel), « Maternité-Attitude » in FRYDMAN(René), FLIS-TRÉVES (Muriel), *Rêves de Femmes*, Odile Jacob, 2005, p.8.

La loi Veil constitue une étape décisive dans l'histoire. Désormais, les femmes peuvent choisir le moment de leur grossesse.

L'évolution des techniques, ainsi que les progrès de la médecine, vont alors provoquer un autre bouleversement, celui de l'assistance médicale à la procréation pour celles qui désirent être mères mais qui rencontrent des difficultés à l'être.

L'assistance médicale à la procréation a engendré de nombreuses questions sur la sexualité, le désir, la maternité et surtout sur la notion de désir d'enfant.

Les femmes d'aujourd'hui, privilégiant leur profession, tardent à faire un enfant et parfois rencontrent des difficultés à être enceinte.

L'Assistance médicale à la procréation (AMP) tout comme la contraception a pour effet de séparer le sexuel de la procréation. La contraception crée une stérilité temporaire tandis que l'AMP a pour but la Procréation. C'est une révolution.

Muriel Fils-Tréves, psychiatre et psychanalyste souligne que si la contraception fait attendre le destin biologique en évitant la fatalité de la maternité, l'assistance médicale à la procréation (AMP) le contourne pour éviter la fatalité de la stérilité¹¹⁶.

Les techniques de procréation médicalement assistée ou PMA ont considérablement évoluées, marquées par les progrès techniques et médicaux.

En 1978, la première fécondation *in vitro* aboutit avec la naissance du premier bébé éprouvette, Louise Brown, en Grande Bretagne. Cette fécondation *in vitro*, dont l'objectif était de pallier une stérilité en raison de l'obturation de trompes, marque un tournant décisif dans l'histoire de la procréation.

Il s'ensuivit la naissance d'Amandine en 1982. Amandine fut le premier bébé éprouvette français conçu par le Professeur René Frydman, gynécologue accoucheur à l'hôpital Antoine Bécclère.

Les événements se succédèrent ensuite, sur un rythme soutenu.

En 1984, naissait Zoe, issue d'un transfert d'embryons congelés en Australie.

En 1992, pour remédier au traitement de l'infertilité masculine on eut recours à l'injection intracytoplasmique de spermatozoïde (ICSI).

En 1994, le professeur René Frydman et Jacques Testard reprennent la technique de l'ICSI. Leur investissement permit la naissance d'Audrey.

En 2002, le premier bébé issu d'ovocyte vitrifié, naît au Japon.

En 2004, René Frydman réalise une fécondation *in vitro* avec un don d'ovocytes.

¹¹⁶ *Ibid.*,

En 2011, c'est à la naissance du « bébé médicament », forgé par le professeur René Frydman auquel l'on assista. Conçu par fécondation *in vitro* Umut-Talha a été conçu pour permettre de soigner sa sœur pour lequel il est donneur compatible. Les cellules souches du cordon ombilical d'Umut ont permis de soigner celle-ci. La même année, René Frydman pratiquait une fécondation *in vitro* à partir d'embryons vitrifiés.

La fécondation *in vitro* (FIV), le prélèvement de gamètes, sont les révélateurs de la dissociation entre la conception et la gestation jusqu'alors indissociables. Une nouvelle étape est franchie.

Ce procédé aide les parents à concevoir des embryons lorsqu'ils rencontrent des difficultés à procréer naturellement.

Devant les progrès vertigineux de la médecine, la procréation médicalement assistée suscitant de nombreux problèmes d'éthique, une loi encadrant ces différentes techniques était alors devenue nécessaire.

Ces méthodes de procréation ont donc été encadrées par trois lois de bioéthique, la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 modifiée par la loi n°2004-800 du 06 août 2004, la loi n°2011-814 du 07 juillet 2011 et récemment la loi¹¹⁷ n° 2021-1017 du 2 août 2021.

Les lois de bioéthique en France définissent aujourd'hui les différentes fonctions de la Procréation médicalement assistée ainsi que les conditions d'accès à cette technique.

Les lois de bioéthique de 1994¹¹⁸ comprenaient l'affirmation des principes généraux de protection de la personne humaine introduits notamment dans le Code civil, les règles d'organisation de secteurs d'activités médicales tels que ceux de l'assistance médicale à la procréation, les dispositions relevant du domaine de la santé publique ou de la protection des personnes se prêtant à des recherches médicales.

Quant à la loi de 2004 elle a introduit, l'interdiction du clonage reproductif ou thérapeutique, l'interdiction de la recherche sur l'embryon et les cellules embryonnaires, la création de l'agence de biomédecine. Le parlement, dans un délai de cinq ans, doit réexaminer la loi de bioéthique.

La loi du 07 juillet 2011¹¹⁹ a modifié l'article 31 et autorise la technique de congélation ultra-rapide des ovocytes ou vitrification.

La vitrification ovocytaire¹²⁰, selon le professeur Jean-Philippe Wolf, Chef de service de la reproduction, est une technique extrêmement rapide de congélation des ovocytes autorisée en

¹¹⁷ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹¹⁷ *Ibid.*,

¹¹⁸ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p.11060.

¹¹⁹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* 8 juill. 2011, p. 11286.

France par la loi de bioéthique de juillet 2011. Souvent utilisée dans les centres d'assistance médicale à la procréation (AMP) elle permet des transferts embryonnaires à distance du moment du recueil des ovocytes. La vitrification permet de retarder l'âge de la grossesse.

La procréation médicalement assistée (PMA) ou assistance médicale à la procréation (AMP) s'entend des pratiques techniques cliniques¹²¹ et biologiques permettant la fécondation (FIV), la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé, après avis de l'Agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître. L'Agence de la biomédecine remet au ministre chargé de la santé, dans les trois mois suivant la promulgation de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, un rapport précisant la liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation ainsi que les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste.

Toute technique visant à améliorer l'efficacité, la reproductibilité et la sécurité des procédés figurant sur la liste mentionnée au premier alinéa du présent article fait l'objet, avant sa mise en œuvre, d'une autorisation délivrée par le directeur général de l'Agence de la biomédecine après avis motivé de son conseil d'orientation.

Lorsque le conseil d'orientation considère que la modification proposée est susceptible de constituer un nouveau procédé, sa mise en œuvre est subordonnée à son inscription sur la liste mentionnée au même premier alinéa.

La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée. La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés. L'Agence de la biomédecine rend compte, dans son rapport annuel, des méthodes utilisées et des résultats obtenus.

¹²⁰ WOLF(Jean-Philippe), « Pourquoi vitrifier des ovocytes ? », [en ligne], Le Figaro Santé, le 12 décembre 2012, disponible sur le site : <https://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/12/12/19566-pourquoi-vitrifier-ovocytes>, [consulté Le 20/12/21].

¹²¹ Article L2141-1 du Code de la Santé Publique

La stimulation ovarienne, y compris lorsqu'elle est mise en œuvre indépendamment d'une technique d'assistance médicale à la procréation, est soumise à des règles de bonnes pratiques fixées par arrêté du ministre chargé de la santé.

Un arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition de l'Agence de la biomédecine, définit les règles de bonnes pratiques applicables à l'assistance médicale à la procréation¹²² avec tiers donneur.

Les conditions d'accès à la PMA sont définies telles que, l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

Font obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation¹²³.

L'assistance médicale à la procréation ne peut avoir pour but légitime que de donner naissance à un enfant au sein d'une famille constituée, ce qui exclut le recours à un processus de fécondation *in vitro* ou sa poursuite lorsque le couple qui devait accueillir l'enfant a été dissous par la mort du mari avant que l'implantation des embryons, dernière étape de ce processus ait été réalisée¹²⁴.

Un embryon ne peut être conçu *in vitro* que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre.

Une information détaillée est remise aux membres du couple sur les possibilités de devenir de leurs embryons conservés qui ne feraient plus l'objet d'un projet parental.

¹²² Article L2141-1 du CSP

¹²³ Article L2141-2 du CSP

¹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 janvier 1996, n° 94-15.998.

Les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons non susceptibles d'être transférés ou conservés, fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L2151-5 du CSP.

Un couple dont les embryons¹²⁵ ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation *in vitro* avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons.

Le devenir des embryons conservés obéit aux articles L2141-4 à L2141-6 du CSP ; d'une part, les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental.

D'autre part s'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L2141-5 et L2141-6, que leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et les articles L1121-4 et L1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques, il soit mis fin à la conservation de leurs embryons.

Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois.

En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part.

Dans le cas où l'un des deux membres du couple consultés à plusieurs reprises ne répond pas sur le point de savoir s'il maintient ou non son projet parental, il est mis fin à la conservation des embryons si la durée de celle-ci est au moins égale à cinq ans. Il en est de même en cas de désaccord des membres du couple sur le maintien du projet parental ou sur le devenir des embryons.

Lorsque les deux membres du couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L2141-5 et L2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation des embryons.

Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L2141-6.

¹²⁵ Article L2141-3 du CSP

En cas de décès d'un membre du couple¹²⁶, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L 2141-6. (Article L2141-5).

Un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 2141-2 peut accueillir un embryon lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, y renonce.

L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plan familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans, renouvelable.

Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives.

Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon.

Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon.

L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses.

Seuls les établissements publics¹²⁷ ou privés à but non lucratif autorisés à cet effet peuvent conserver les embryons destinés à être accueillis et mettre en œuvre la procédure d'accueil.

L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est prévue à l'article L2141-7 du CSP ainsi qu'à l'article 311-20 du code civil. Celle-ci est mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir

¹²⁶ Article L2141-5 du CSP

¹²⁷ Article L2141-6 du CSP

ou lorsque le couple, dument informé dans les conditions prévues à l'article L2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation¹²⁸ au sein du couple.

Dans ce cas les futurs parents, époux ou concubins, doivent préalablement donner dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée.

Il en est de même lorsque le consentement a été privé d'effet. Tel est le cas en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, lorsque l'homme ou la femme le révoque par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance¹²⁹.

Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles¹³⁰ et ne peut être conçu qu'avec les gamètes de l'un au moins des membres du couples selon l'article L2141-9 du CSP qui dispose que « *seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil peuvent entrer sur le territoire où s'applique le présent code ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du projet parental de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine* ».

La mise en pratique de l'AMP est prévue à l'article L2141-10 du CSP qui dispose :

« La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale ».

La conservation des gamètes est prévue à l'article L2141-11 du CSP, aux termes duquel « Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses

¹²⁸ Article L2141-7 du CSP

¹²⁹ Article 311-20 du Code civil

¹³⁰ Article L2141-8 du CSP

gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle ».

Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article.

La procréation médicalement assistée obéit aussi à plusieurs techniques :

Selon l'agence de la biomédecine, établissement public à caractère administratif, il existe différentes techniques de procréation médicalement assistée que sont l'insémination artificielle, la fécondation *in vitro*, le don d'ovocytes.

C'est la technique d'assistance médicale à la procréation la plus simple et la plus ancienne.

Le plus souvent, un traitement de stimulation préalable est prescrit à la femme afin d'obtenir le développement d'un ou deux follicules. Le développement folliculaire est suivi par échographie et prise de sang (dosages hormonaux). Lorsque le ou les follicules sont matures, l'insémination est programmée. Elle est réalisée sans hospitalisation. Le médecin, à l'aide d'un fin cathéter, dépose les spermatozoïdes à l'intérieur de l'utérus et les spermatozoïdes mobiles remontent naturellement vers les trompes à la rencontre de l'ovocyte.

La fécondation se fait selon le processus naturel, « *in vivo* », puisqu'elle se passe à l'intérieur du corps de la femme. Le sperme doit être recueilli au laboratoire et préparé le jour de l'insémination.

Quant à la fécondation *in vitro* ou le transfert d'embryons (FIVETE), il s'agit des techniques dites « *in vitro* » puisque la fécondation se passe à l'extérieur du corps de la femme.

Sept étapes sont nécessaires à la fécondation *in vitro*.

La première étape est la stimulation, l'objectif du traitement hormonal administré par injection est d'une part d'obtenir le développement simultané de plusieurs follicules et d'autre part de pouvoir prélever des ovocytes avant l'ovulation. Ce traitement est surveillé de façon adaptée par des échographies et des dosages hormonaux. Lorsque les follicules seront matures, le déclenchement de l'ovulation est prescrit à un horaire précis, ce qui détermine aussi l'horaire de la ponction folliculaire.

La ponction folliculaire est la seconde étape de la fécondation *in vitro*. Elle est réalisée par voie vaginale sous contrôle échographique, et sous anesthésie générale ou locale.

La troisième étape est la préparation des gamètes en laboratoire. Après la ponction, les liquides folliculaires contenant les ovocytes sont transmis au laboratoire. Tous les follicules ne contiennent pas forcément un ovocyte, et tous les ovocytes ne sont pas fécondables.

Le sperme est recueilli et préparé au laboratoire le jour de la ponction ovarienne. Dans des situations particulières, des spermatozoïdes préalablement congelés seront utilisés.

Les paillettes sont décongelées le jour de la ponction afin de récupérer des spermatozoïdes mobiles.

La mise en fécondation est la quatrième étape de la fécondation *in vitro*. Les spermatozoïdes préparés sont simplement déposés au contact des ovocytes dans une boîte de culture contenant un milieu nutritif et placée dans un incubateur à 37°C. Les spermatozoïdes mobiles viennent spontanément, sans aide extérieure, au contact de l'ovocyte. Mais un seul spermatozoïde fécondera celui-ci. Le développement embryonnaire est la cinquième étape.

Le lendemain de la ponction, les ovocytes fécondés (zygotes) deviennent des embryons de deux à quatre cellules en 24 heures, puis de six à huit cellules 24 heures plus tard. Tous les ovocytes ne sont pas forcément fécondés. Dans la majorité des cas, les embryons sont transférés deux à trois jours après la ponction.

La sixième étape est le transfert embryonnaire qui est un geste simple et indolore qui est parfois pratiqué sous contrôle échographique.

Enfin la dernière et septième étape est la congélation embryonnaire.

Le nombre d'embryons obtenus peut être supérieur aux nombres transférés. Dans ce cas, les embryons dits « surnuméraires » et qui présentent des critères de développement satisfaisants peuvent être congelés. Ces embryons, après décongélation, pourront être placés dans l'utérus de la femme à une date ultérieure sans qu'il soit nécessaire de réaliser une nouvelle FIV.

Quant à la fécondation *in vitro* avec ICSI, elle consiste en l'injection d'un seul spermatozoïde dans l'ovocyte. L'ICSI impose une préparation spéciale des ovocytes et des spermatozoïdes.

Pour chacun des ovocytes, un spermatozoïde est choisi en fonction de son aspect et de sa mobilité.

Les étapes suivantes sont identiques à celles de la fécondation *in vitro* classique.

Dans les textes de loi, le don et l'accueil d'embryons sont appelés sans distinction. Pour une meilleure compréhension, l'expression est employée pour les couples donneurs et l'expression accueil d'embryons pour les couples receveurs.

La congélation des embryons est une pratique courante dans le parcours de fécondation *in vitro* (FIV). Elle permet de conserver les embryons qui ne font pas l'objet d'un transfert immédiat après la FIV. Ces embryons, après décongélation, pourront être placés dans l'utérus de la femme à une date ultérieure, sans qu'il soit nécessaire de réaliser une nouvelle tentative de FIV.

Lorsque le projet parental du couple qui a permis leur conception est achevé, ces embryons congelés peuvent, dans certaines circonstances, être accueillis par des couples ayant de grandes difficultés à procréer et leur permettre ainsi de réaliser leur projet d'enfant.

L'accueil d'embryons est destiné à des couples qui ont une double infertilité ou des risques de transmission d'une maladie génétique connue à l'enfant. Les tentatives habituelles d'AMP ne sont pas possibles ou ont échoué. L'équipe médicale de leur centre AMP peut leur proposer l'accueil d'embryons. Cela signifie que le couple peut bénéficier d'un transfert d'embryons congelés donnés anonymement par un autre couple ayant lui-même suivi une démarche d'AMP.

Si l'accueil d'embryons représente un immense espoir pour les couples, il ne leur permettra pas toujours de devenir parents. Aucune technique ne garantit totalement l'aboutissement.

En France, l'accueil d'embryons respecte trois principes fondamentaux encadrés par la loi.

Le volontariat qui implique que pour bénéficier d'embryons, les deux conjoints doivent manifester leur consentement, la gratuité qui implique que l'accueil d'embryons ne fait l'objet d'aucune contrepartie financière, l'anonymat qui implique que couple donneur et le couple receveur ne pourront jamais connaître leurs identités respectives.

Pour bénéficier d'un accueil d'embryons, le couple receveur doit d'une part se préparer à l'accueil d'embryons et ainsi consulter, s'informer, et prendre la décision à deux, obtenir une attestation médicale auprès de l'équipe médicale du centre AMP autorisé, obtenir une autorisation du président du tribunal de grande instance (et consentir au recours au tiers donneur si ce n'est pas déjà fait), consentir auprès de l'équipe médicale au transfert d'embryons préalablement congelés.

L'enfant né grâce à l'accueil d'embryons dont a bénéficié un couple est son enfant. Ses liens de filiation ne pourront jamais être contestés.

Quant au don d'embryons, lorsqu'un couple ne souhaite plus d'enfant, le plus souvent parce que les FIV ont abouti à la naissance d'un ou plusieurs enfants, plusieurs choix s'offrent à lui concernant les embryons congelés à l'issue d'une démarche d'AMP tel qu'arrêter la conservation

des embryons congelés, donner les embryons congelés à la recherche, donner les embryons congelés pour le projet parental d'un autre couple.

Les embryons destinés à l'accueil ont été conçus par des couples en bonne santé, âgés de moins de 38 ans pour la femme et de 45 ans pour l'homme, et ne portant aucun risque identifiable de maladie transmissible. Les embryons congelés retenus pour le don doivent avoir des critères de développement satisfaisants lors de la congélation et offrir des chances raisonnables de grossesse.

Pour donner ses embryons, le couple donneur doit d'une part donner un premier consentement écrit portant la signature des deux membres du couple et s'entretenir avec l'équipe médicale de son centre d'AMP, rencontrer à nouveau l'équipe médicale et un psychologue ou un psychiatre du centre d'AMP autorisé pour confirmer sa décision et réaliser un bilan médical, confirmer sur un document signé son consentement trois mois après le consentement initial. Le document signé sera finalement transmis au président du tribunal de grande instance qui a la possibilité d'auditionner les 2 membres du couple ayant consenti au don d'embryon.

Ces étapes étant réalisées, le dossier du don et les embryons sont mis à la disposition du centre autorisé pour l'accueil d'embryons. Le couple donneur ne recevra pas d'information sur le devenir des embryons. Selon le principe d'anonymat encadré par la loi, les couples donneurs et receveurs ne connaîtront jamais leurs identités respectives. Le couple donneur ne peut donc pas donner les embryons à un couple qu'il connaît.

Aujourd'hui, face à l'élargissement de la PMA¹³¹ aux couples de femmes et aux femmes seules, quels sont les enjeux ?

2. La problématique actuelle : l'extension du domaine de la PMA

Le comité consultatif national d'éthique¹³² (CCNE) s'est prononcé dans son rapport en septembre 2018 en faveur de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules. Dans le cadre de la révision de la loi bioéthique 2018, il était question de l'ouverture de la procréation médicale assistée à toutes les femmes.

¹³¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹³² L'avis n°129 du CCNE est disponible sur le site : www.ccne-ethique.fr.

Aujourd'hui la PMA¹³³ pour tous est légalisée, elle a été promulguée le 2 août 2021 et publiée au journal officiel du 3 août 2021.

La PMA pour toutes implique que les couples de femmes ou les femmes auront droit à faire une insémination artificielle ou une fécondation *in vitro* avec donneur de sperme.

La PMA pour un couple de femmes, c'est l'insémination d'une des femmes, ou une fécondation *in vitro* avec nécessairement un donneur de sperme. Une des femmes portera l'enfant, le mettra alors au monde et la seconde femme adoptera l'enfant conçu. Le recours de l'AMP pour les couples de femmes où les femmes seules implique une insémination artificielle avec donneur (IAD).

La proposition du CCNE¹³⁴ concernant l'autorisation de l'ouverture de l'IAD à toutes les femmes s'appuie sur la reconnaissance de leur autonomie des femmes et de la relation de l'enfant dans les nouvelles structures familiales.

Le CCNE considère que l'ouverture de l'AMP à des personnes sans stérilité a pour objectif de remédier à une « *souffrance d'infécondité* » du fait d'orientations personnelles, et cette souffrance doit être prise en compte. Cet avis favorable pour la PMA par le CCNE à toutes les femmes est néanmoins nuancé.

*« On ne peut ignorer la réalité de ces situations lorsque l'on se prononce sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation. Cette demande d'ouverture doit être confrontée à la rareté actuelle des gamètes qui risquent de provoquer un allongement des délais d'attente ou une rupture du principe de gratuité du don »*¹³⁵.

Avoir deux parents, fussent-ils de même sexe constitue une sécurité pour l'enfant, notamment en cas de divorce ou de disparition d'une des deux mères.

Le Comité consultatif national d'éthique¹³⁶ s'est aussi prononcé en faveur de la levée de l'anonymat des futurs donneurs de sperme.

Pour Yvonne KNIBIEHLER¹³⁷, la procréation assistée a déclenché une investigation dont les développements sont vertigineux. On peut déjà manipuler les gènes humains, on pourra à plus ou moins longue échéance, fabriquer des clones humains et des utérus artificiels. Si ces fabrications s'avèrent rentables, des gens s'appliqueront à les réaliser et les lois répressives n'y pourront pas grand-chose.

¹³³ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹³⁴ *Ibid.*, p.14

¹³⁵ *Ibid.*,

¹³⁶ L'avis n°129 du CCNE est disponible sur le site : www.ccne-ethique.fr.

¹³⁷ KNIBIEHLER(Yvonne), « Féminisme et Désir d'enfant » in FRYDMAN(René), FLIS-TRÉVES (Muriel), *Rêves de femmes*, Odile Jacob, 2005, p. 29.

Les clones font penser aux bâtards du 19^{ème} siècle, ils seront privés de la moitié du patrimoine génétique¹³⁸, tout comme les bâtards, puisque leur père les ignorait. Comment traiter les clones éventuels, quant aux utérus artificiels, les femmes ne sauraient à la fois se plaindre d'inconvénients de la grossesse et de la parturition et maudire l'appareil qui les en dispensera. A chacune de choisir son mode d'enfantement.

Pour Aude Mirkovic¹³⁹, L'extension de la PMA pour les femmes est la revendication pour les couples de femmes de pouvoir bénéficier de l'insémination artificielle par le sperme d'un donneur, alors qu'elles ne souffrent d'aucune infertilité pathologique, afin d'avoir un enfant sans s'encombrer du père. Une telle insémination artificielle avec donneur prive délibérément l'enfant de son père et dans le cas précis, de père tout court pour laisser la place à une seconde femme, la conjointe de la mère.

Ainsi, selon cette juriste la PMA pour les couples de femmes introduit une PMA de convenance¹⁴⁰, suppose la généralisation du don de gamètes pour fabriquer des enfants adoptables car privés d'une branche de leur filiation. L'insémination pour les couples de femmes est, selon elle, demandée pour étendre l'indication de la PMA de l'infertilité médicale à l'infertilité sociale. Or la société n'est pas la cause pour laquelle deux femmes ne peuvent procréer ensemble, la cause est naturelle.

Selon la sociologue Irène Théry¹⁴¹, les familles issues de don existent depuis un demi-siècle, et il est temps de leur faire une place dans la société. La PMA n'a jamais été uniquement thérapeutique. Depuis la création des premiers centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme (Cecos) en 1973, coexistent en réalité deux PMA très différentes.

La plus connue est la PMA thérapeutique¹⁴² *stricto sensu*, dont l'objet est de traiter l'infertilité. A côté d'elle, très minoritaire (5% des naissances) existe depuis plus d'un demi-siècle la PMA avec un tiers donneur-de sperme, d'ovocyte, ou d'embryon. On peut la nommer PMA sociale, car dans ce cas, la médecine ne soigne rien. Le mari stérile par exemple, reste tout aussi stérile. Ce qu'on propose au couple est non un traitement, mais un arrangement social, le recours à un tiers donneur -géniteur.

¹³⁸ *Ibid.*,

¹³⁹ MIRKOVIC(Aude) « PMA, GPA, La controverse juridique », Téqui, 2014, p. 7.

¹⁴⁰ *Ibid.*,

¹⁴¹ Interview de Irène Théry accordé au journal Le Monde le 28 juin 2017 : « La PMA n'a jamais été uniquement thérapeutique. », disponible sur le site : https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/06/28/irene-thery-la-pma-sociale-a-toujours-existe_5152175_3232.html

¹⁴² *Ibid.*,

C'est pourquoi, si l'on veut parler sérieusement de rupture symbolique, alors il faut la situer à la création de la PMA sociale¹⁴³, dans les années 1970, et non pas aujourd'hui car il y'a un demi-siècle que l'on a mis en place la complémentarité entre des géniteurs, qui ne peuvent en aucun cas devenir parents (les donneurs) et des parents, qui peuvent « engendrer » un enfant ensemble alors même que l'un d'entre eux procréé et l'autre pas.

Comment se déroule alors la prise en charge de la Procréation médicalement assistée lorsque celle-ci n'est plus médicale mais sociale ?

Aujourd'hui, le coût de la PMA est pris en charge par l'assurance maladie, en tant que traitement de la stérilité. Les actes d'AMP sont pris en charge à 100% par l'assurance maladie, après accord préalable de la caisse, jusqu'au 43^{ème} anniversaire de la mère, pour au maximum, 6 inséminations artificielles, 4 fécondations *in vitro*.

Aujourd'hui la procréation médicalement assistée (PMA) est étendue aux couples de femmes et aux femmes célibataires, le critère d'infertilité est écarté.

Le remboursement de la PMA¹⁴⁴ par l'assurance maladie qui jusqu'à présent était réservé aux couples hétérosexuels sur indication médicale concerne aujourd'hui les femmes célibataires et les couples de femmes. L'aspect financier ne s'arrête pas à la question du remboursement.

En dehors du cadre médical, un marché de la procréation se développera-t-il ?

Selon Aude Mirkovik¹⁴⁵, l'émergence d'un marché national et international de la procréation est d'ores et déjà difficile à endiguer aujourd'hui, dans un contexte de prise en charge médicale et d'encadrement législatif. Proposer ces services en dehors du cadre médical officialiserait et encouragerait le développement de ce marché, très lucratif car les clients sont prêts à tout pour avoir un enfant et notamment à payer. Or le marché de la procréation pour ce juriste n'est rien d'autre que le marché des enfants.

Autrement dit, si l'insémination artificielle pour des couples de femmes est adoptée, soit elle sera remboursée par l'assurance maladie, et ce sera nécessairement au détriment de la prise en charge de vraies maladies, car l'assurance maladie n'a aucune ressource, soit elle ne sera pas prise en charge par l'assurance maladie, et cela laissera libre cours au marché de la procréation et à la sélection par l'argent.

¹⁴³ Interview de Irène Théry accordé au journal Le Monde le 28 juin 2017 : « La PMA n'a jamais été uniquement thérapeutique. », disponible sur le site : https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/06/28/irene-thery-la-pma-sociale-a-toujours-existe_5152175_3232.html

¹⁴⁴ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹⁴⁵ MIRKOVIK(Aude) « PMA, GPA, La controverse juridique », Téqui, 2014, p. 7.

Dans ce cas-là, il y aurait encore atteinte au principe d'égalité, les couples aisés étant alors favorisés.

Comme l'explique Muriel Fabre-Magnan¹⁴⁶, la société est aujourd'hui obsédée par les discriminations entre les personnes, sauf lorsqu'il s'agit d'argent.

L'état des finances publiques ne pouvant sans doute pas permettre d'envisager un remboursement par la sécurité sociale, la gestation pour autrui sera¹⁴⁷, de fait, réservée aux couples aisés pouvant se payer les services d'une mère porteuse.

Selon le rapport du CCNE¹⁴⁸, la PMA pour tous ne règle pas plusieurs problèmes.

Elle ne règle, tout d'abord pas, la pénurie de dons de gamètes gratuits et anonymes en France. Actuellement 3000 couples sont en attente de dons de gamètes. Les femmes risquent de patienter longtemps et cette technique coûteuse ne saurait porter sur les moyens financiers de l'assurance maladie, prévient le comité.

L'Agence de la biomédecine¹⁴⁹, l'organisme public qui gère la PMA en France, a recensé pour l'année 2016, 147 730 « tentatives » de PMA, regroupant les inséminations, les fécondations *in vitro* et les transferts d'embryons congelés¹⁵⁰.

Le volume global des activités d'AMP évolue peu depuis 2013. Toutefois le nombre de transferts d'embryons congelés (TEC) augmente chaque année, traduisant l'évolution des pratiques avec le développement du transfert mono-embryonnaire et de la technique de vitrification embryonnaire, l'objectif étant de limiter le nombre de grossesses multiples.

Pour 96% des AMP, les tentatives sont réalisées avec les gamètes des deux membres du couple. Dans 4% des cas, les tentatives utilisent des spermatozoïdes, des ovocytes ou des embryons issus de dons.

Les inséminations artificielles (52 368 cycles), bien qu'en diminution, occupent toujours une large place au sein des activités d'AMP (35% de l'ensemble des tentatives) et l'agence de la biomédecine¹⁵¹, considère que le don de gamètes (sperme ou ovocyte ou les deux) ne répond pas aux besoins actuels des couples homosexuels. Il faudrait chaque année 1400 dons d'ovocytes (il y en a eu 540 en 2015) et 300 dons de sperme (255 en 2015) pour pourvoir aux demandes des couples hétérosexuels.

¹⁴⁶ FABRE-MAGNAN (Muriel), *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013, p.114.

¹⁴⁷ *Ibid.*,

¹⁴⁸ L'avis n°129 du CCNE est disponible sur le site : www.ccne-ethique.fr.

¹⁴⁹ Le rapport annuel de « L'agence de la biomédecine », en ligne, 2016, consulté le 21/12/2021.

<https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-annuel-2016.pdf>

¹⁵⁰ *Ibid.*,

¹⁵¹ *Ibid.*,

L'élargissement de la PMA aux couples de femmes¹⁵² et aux femmes célibataires pose ainsi la question de la pénurie de gamètes.

Le spécialiste de la fécondation *in vitro*, le Professeur René Frydman explique lors d'une interview en septembre 2018 que le recours à des dons de gamètes ne concerne que 5% de la population, que, néanmoins, des difficultés pourraient être rencontrées si l'avis du CCNE était suivi.

Selon lui, ces difficultés pourraient être levées si ces dons profitaient d'une meilleure exposition : *« Je pense qu'on aura une libéralisation de l'idée même du don de gamètes ; parmi les donneurs et les donneuses, il y'a peut-être un soutien à apporter »*¹⁵³ suggère René Frydman.

Le Professeur Frydman dans son interview en 2018 se dit favorable à l'élargissement de la Procréation médicalement assistée (PMA) aux femmes célibataires et aux couples de femmes homosexuelles.

*« Aujourd'hui, il n'y a qu'une campagne de communication par an sur le don de gamètes et elle passe pratiquement inaperçue. Non seulement parce que c'est un peu tabou, mais aussi parce que la moitié des centres de gamètes ne peuvent pas recevoir de dons parce qu'ils sont taxés à l'avance pour éviter qu'ils ne fassent de bénéficiaires (les dons sont anonymes et non rémunérés en France) ; on doit mobiliser les gens sur l'idée du don car beaucoup de gens ne le connaissent pas »*¹⁵⁴ plaide le Professeur.

A ceux qui s'inquiètent de la mise en place d'une PMA¹⁵⁵ « sans père » car étendue aux couples de lesbiennes et aux femmes seules, le professeur note que les familles monoparentales « existent déjà : *« La société a changé depuis 40 ans, le nombre de couples qui se multiplie, des familles monoparentales... »* énumère René Frydman. Selon lui, ce n'est pas aujourd'hui qu'on découvre que des femmes peuvent enfanter seules et élever des enfants seules.

*« On ne va pas faire une police morale pour juger de ce qui est bien ou pas bien ; on n'est pas là pour réguler des desiderata de chacun et une femme est libre de porter un enfant »*¹⁵⁶.

¹⁵² Le rapport annuel de « L'agence de la biomédecine », en ligne, 2016, consulté le 21/12/2021.

<https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/rapport-annuel-2016.pdf>

¹⁵³ RONTEIX (Marthe), « Extension de l'accès à la PMA : trois choses à savoir sur la pénurie des gamètes », [en ligne], Europe1, le 26 septembre 2018, disponible sur le site : <https://www.europe1.fr/societe/extension-de-lacces-a-la-pma-trois-choses-a-savoir-sur-la-penurie-de-gametes-3764717>, [consulté le 20/12/2021].

¹⁵⁴ PACCARD (Pauline), « Pr René Frydman : « La PMA pour toutes, cela correspond à l'évolution de notre société » [en ligne], le 11/04/2018, France 24, disponible sur le site : <https://www.france24.com/fr/20180411-rene-frydman-pma-gpa-bioethique-procreation-medicalement-assistee>, [consulté le 20/04/2018].

¹⁵⁵ Interview du Professeur Frydman réalisé par Europe1, le 23 septembre 2018, disponible sur le site : <https://www.europe1.fr/societe/extension-de-lacces-a-la-pma-il-ne-sagit-pas-de-repondre-a-toutes-les-demandes-3762485>, [consulté le 20/12/2020].

¹⁵⁶ *Ibid.*,

Selon le professeur Frydman, pour éviter le tourisme commercial et le retour de femmes avec des jumeaux, parfois des triplés et quadruplés « *parce que les cliniques étrangères veulent montrer Leur taux élevé de réussite* »¹⁵⁷, l'élargissement de la PMA est nécessaire.

« *Nous, médecins, nous souhaitons plutôt accompagner ces couples avec des techniques que nous maîtrisons* ».

Pour le Professeur Muriel Fabre-Magnan¹⁵⁸, l'engrenage est ici inévitable. Juridiquement, si la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui sont admises en dehors des hypothèses de stérilité, c'est à dire, d'impossibilité biologique et pathologique de procréer, il faudra nécessairement généraliser ces techniques et les légaliser, sous peine d'atteinte au principe constitutionnel d'égalité. Il faudra donc nécessairement admettre que tout le monde peut, sur simple convenance personnelle, avoir le droit de se faire fabriquer médicalement un enfant.

Aujourd'hui la PMA pour tous¹⁵⁹ est légalisée, toujours au nom de l'égalité, faudra-t-il admettre l'assistance médicale à la procréation pour les couples d'hommes, c'est à dire la gestation pour autrui ?

La PMA pour tous serait une mesure de justice sociale permettant ainsi de mettre fin à une forme de discrimination à l'égard des femmes lesbiennes et célibataires, selon la secrétaire d'état à l'égalité entre femmes et hommes, Marlène Schiappa¹⁶⁰.

Le tourisme procréatif est en pleine expansion. Les conditions d'accès à la PMA actuelles expliquent pourquoi les femmes partent en Belgique ou en Espagne, où la PMA est autorisée pour les couples lesbiens et les femmes célibataires.

L'Espagne est la destination première des Français et l'insémination artificielle avec don de sperme à un coût. Marlène Schiappa pour cette raison souhaite mettre fin à l'inégalité¹⁶¹ entre celles qui ont les moyens financiers et les autres.

La secrétaire d'état a rappelé que des femmes qui ne pouvaient pas aujourd'hui se voir accorder une PMA¹⁶² le faisait quand même avec des méthodes artisanales qui mettent en danger leur sécurité, leur santé et qui ne sont pas souhaitables pour la société que nous voulons.

¹⁵⁷ *Ibid.*,

¹⁵⁸ FABRE-MAGAN(Muriel), *La gestation pour autrui Fictions et réalité*, Fayard 2013, p. 72-73.

¹⁵⁹ La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, en ligne, consulté le 10/08/2021. <https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma>

¹⁶⁰ COURTE(Liane), « Marlène Schiappa sur la PMA pour toutes les femmes : Il faut mettre fin à la discrimination », [en ligne], le 19/01/2018 disponible sur le site : <https://www.lejdd.fr/Politique/marlene-schiappa-sur-la-pma-pour-toutes-les-femmes-il-faut-mettre-fin-a-la-discrimination-3550292>, [consulté le 20/01/2018].

¹⁶¹ *Ibid.*,

¹⁶² *Ibid.*,

L'achat de sperme sur internet sans possibilité d'avoir une assurance sur l'état de santé et les antécédents médicaux du donneur, ainsi que sur les risques de maladies rares pour l'enfant, expose en outre les femmes aux risques de contaminations au VIH ou autres IST.

A l'instar de l'interruption volontaire de grossesse (l'IVG), la non-ouverture de la PMA aurait des répercussions sur la sécurité et la santé des femmes.

Si le critère n'est plus médical, comment l'équipe médicale pourrait-elle contrôler l'accès à l'assistance à la procréation ?

La PMA *stricto sensu* signifie qu'il y'a insémination artificielle ou fécondation *in vitro* avec les gamètes du couple. La technique de la PMA sert alors ici de catalyseur pour remédier à une infertilité au sein du couple. Dans ce cas il est logique que la sécurité sociale prenne en charge ce type de pathologie.

En revanche, le don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon ne permet en rien de remédier à l'infertilité des couples mais simplement de leur apporter une solution à leur désir d'enfant. On peut alors considérer que c'est une procréation médicalement assistée de convenance tout comme l'est la PMA réservée aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

Dans ce cas, la PMA¹⁶³ devrait être étendue aux couples de femmes et aux femmes célibataires au nom du principe d'égalité.

L'Egalité ne signifie pas traiter tout le monde de la même manière mais seulement ceux qui sont dans des situations identiques.

Les couples hommes, femmes bénéficiant de la PMA ne sont pas dans une situation identique à celle des couples d'hommes ou de femmes au regard de la procréation.

La conception, c'est nécessairement la rencontre entre un ovocyte (gamète femelle) et un spermatozoïde (gamète mâle). Seul un couple peut concevoir un enfant, deux hommes ou deux femmes ne peuvent naturellement avoir un enfant.

Aude Mirkovik¹⁶⁴ estime ainsi que si les exigences de la nature sont mises de côté, pourquoi mettre le sperme des donneurs seulement à la disposition des couples de femmes ?

Une personne seule, ou trois personnes devraient elles aussi avoir accès à la PMA dès lors qu'elles sont capables d'élever un enfant et s'investir dans un projet affectif et éducatif auprès de lui.

¹⁶³ FABRE-MAGAN(Muriel), *La gestation pour autrui Fictions et réalité*, Fayard 2013, p. 72-73.

¹⁶⁴ MIRKOVIK(Aude), *Quel respect pour les droits de l'enfant*, Téquie,2016, p.73.

De la même manière, toutes les femmes¹⁶⁵, quel que soit leur âge, pourraient engager une grossesse dès lors qu'elles le désirent. Finalement, même l'exigence de la vie des parents disparaîtrait si la PMA ne relevait plus d'une indication thérapeutique mais du désir d'enfant.

Pour finir, qui donc serait compétent pour apprécier la capacité éducative des candidats ?

La loi du 17 janvier 2013¹⁶⁶ a ouvert la loi pour le mariage pour tous. Dès lors que le mariage pour un couple de femmes ou d'hommes est légal, et que la sécurité sociale rembourse la PMA pour les couples ayant bénéficié d'un don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon, dans quelle mesure ne pourrait-on pas rembourser la PMA aux couples de femmes ou aux femmes célibataires ?

C'est aujourd'hui le cas, la nouvelle loi bioéthique¹⁶⁷ du 3 août 2021 consacre le remboursement par la sécurité sociale aux femmes célibataires ainsi qu'aux couples de femmes.

Il paraît logique qu'au nom du principe d'égalité que la sécurité sociale rembourse aussi la PMA aux couples de femmes ou aux femmes célibataires tout comme elle rembourse la PMA dans le cas où il y'a un don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon.

Et toujours au nom du principe d'égalité, la GPA devrait-elle être autorisée aux couples d'hommes puisque c'est leur unique moyen, en dehors de l'adoption, de concrétiser leur désir d'enfant ?

La légalisation de la GPA pour les hommes impliquerait-elle nécessairement la GPA pour les femmes au nom encore du principe d'égalité ?

B. La revendication des couples homosexuels masculins : la GPA

La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 autorise le mariage aux couples de même sexe. L'article 143 du Code civil dispose désormais que, « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

Cette loi permet aux personnes de même sexe d'adopter. L'élargissement de la PMA ou la PMA pour tous¹⁶⁸ a été promulgué le 3 août 2021, cela impliquerait-il la GPA ou gestation pour autrui pour les hommes et ainsi la GPA pour tous ?

¹⁶⁵ MIRKOVIK(Aude), *Quel respect pour les droits de l'enfant*, Téquid, 2016, p.73.

¹⁶⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹⁶⁷ La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹⁶⁸ *Ibid.*,

Après le pacte civil de solidarité (PACS), institué par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 et la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage aux couples de même sexe, la PMA pour tous¹⁶⁹ la GPA est-elle la prochaine étape ?

Si la PMA pour tous est autorisée pour les couples de femme et les femmes célibataires, la gestation pour autrui serait-elle la conséquence logique pour les couples d'hommes, de concrétiser leur désir d'enfant ?

Un couple d'hommes ne pouvant par nature procréer, la GPA ou gestation pour autrui serait-elle alors une revendication au nom du principe d'égalité ?

Les opposants à la PMA¹⁷⁰ pour tous mettent en avant que si les toutes les femmes, quel que soit leur mode de vie, ont la possibilité d'avoir un enfant, alors il faudra étendre ce droit à tous les hommes. La conséquence serait alors la légalisation de la gestation pour autrui.

En effet, si l'assistance médicale à la procréation est autorisée pour les couples de femmes, il faudra nécessairement, toujours au nom de l'égalité, admettre l'assistance médicale à la procréation pour les couples d'hommes, c'est à dire la gestation pour autrui.

La gestation pour autrui pour les hommes impliquerait alors l'étendue de cette technique aux femmes toujours au nom de l'égalité. La GPA pour tous serait alors la suite logique de la PMA pour tous.

Si la GPA est interdite en France, elle intéresse les femmes rencontrant des difficultés à porter un enfant, mais majoritairement les homosexuels qui ne peuvent avoir d'enfant en dehors de l'adoption que par cette technique de procréation.

La PMA pour tous¹⁷¹ aujourd'hui est autorisée, la revendication des hommes pour recourir à la Gestation pour autrui sera inévitable.

Valérie Depadt, Maître de conférences et conseillère de l'espace éthique à l'agence de santé régionale Ile de France explique en 2018,

« les hommes et les femmes ne sont du tout dans la même situation ; avec la PMA pour toutes, on ouvrirait aux femmes une technique qui existe déjà en France ; tandis que pour les hommes, il faudrait qu'on accepte une technique qu'on refuse pour des raisons inhérentes à la dignité, aux principes fondamentaux ; ce n'est pas parce

¹⁶⁹ *Ibid.*,

¹⁷⁰ FABRE-MAGAN (Muriel), *La gestation pour autrui Fictions et réalité*, Fayard 2013, p. 72-73.

¹⁷¹ La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

qu'on va permettre aux femmes d'accéder à une technique qui se pratique pour les couples hétérosexuels, qu'on va admettre une technique dont on craint qu'elle porte atteinte à la dignité humaine »¹⁷².

La PMA avec un don de gamètes est une technique autorisée en France, alors que la GPA¹⁷³ est une technique qui n'est pratiquée par personne.

Lors de son soutien à la manifestation pour le mariage pour tous en 2012, Pierre Bergé¹⁷⁴ avait tenu ces propos : « *Louer son ventre pour faire un enfant ou louer ses bras pour travailler à l'usine, quelle différence ?* ».

Pour lui, la GPA est un mode de procréation au même titre que la procréation naturelle, il se fonde sur le fait qu'une femme peut disposer librement de son corps. De nombreuses célébrités font part de leur recours à la gestation pour autrui pour avoir un enfant.

Cela influe-t-il sur notre société ?

Le journaliste Marc-Olivier Fogiel¹⁷⁵ relance un débat de société en publiant un livre relatant son parcours pour recourir à la GPA. Il retrace ainsi le combat mené avec son mari pour fonder une famille, en ayant recours à la GPA. Père comblé de deux filles par le biais de cette technique, Marc Olivier-Fogiel intéresse les Français. C'est une GPA éthique où tout le monde se choisit dans la transparence, et l'argent en fait partie. « *Personne n'instrumentalise personne, c'est une aventure longue, réfléchie, posée* »¹⁷⁶ souligne-t-il.

En faisant appel à un don d'ovocyte et une mère porteuse aux États Unies, Marc Olivier-Fogiel affirme que, « *Nous sommes tous les pièces d'un puzzle pour composer ensemble une histoire familiale* »¹⁷⁷ ; et que les « *parents* » sont ceux qui élèvent et aiment leurs enfants, la biologie n'a rien à voir là-dedans »¹⁷⁸.

Au travers de nombreux témoignages publiés dans son livre, témoignages de mères porteuses et de parents d'intention, il adresse un message d'espoir aux parents désireux d'avoir un enfant tout en donnant une image de la GPA ou gestation pour autrui très positive.

Les médias influent-ils sur l'opinion publique ?

Aujourd'hui de nombreuses célébrités affichent très volontairement leur désir de grossesse, leur grossesse et glorifient ainsi le fait de porter un enfant. L'influence, consciente ou inconsciente, de

¹⁷² SCOTTO(Romain), « Juridiquement, la PMA pour toutes n'entraînera pas la GPA », [en ligne], l'express, le 5/10/2018, disponible sur le site : https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/juridiquement-la-pma-pour-toutes-n-entraînera-pas-la-gpa_2038139.html [consulté le 10/10/2019].

¹⁷³ *Ibid.*,

¹⁷⁴ Marie-Claire, « Louer son ventre pour faire un enfant : Pierre Bergé crée le scandale » [en ligne], disponible sur le site : <https://www.marieclaire.fr/,pierre-berge-pma-gpa-louer-son-ventre,20123.680919.asp>, [consulté le 20/12/2020].

¹⁷⁵ FOGIEL(Marc-Olivier), *Qu'est- ce qu'elle a ma Famille ?* Grasset, 2018, p.184-185.

¹⁷⁶ *Ibid.*,

¹⁷⁷ *Ibid.*,

¹⁷⁸ *Ibid.*,

l'opinion publique au travers des médias est indéniable. Cela peut alors modifier notre comportement ou notre vision de la grossesse.

Pour le même raisonnement, les médias récemment ne cessent d'invoquer et de débattre sur la question de la PMA pour tous et aussi de la GPA.

Le journaliste Marc Olivier Fogiel¹⁷⁹, lors de son parcours heureux du recours à cette technique relate son expérience et influe nécessairement sur l'idée ou l'opinion que l'on se fait de cette technique de procréation qu'est la GPA.

Pour Daniel Borrillo, juriste spécialiste des questions de bioéthique, et Maître de conférences à l'Université de Paris Ouest Nanterre, chercheur au CNRS Argentin, la GPA est une liberté fondamentale. Pour ce juriste il faut « *inscrire la GPA dans les principes généraux du droit relatifs à la liberté procréative, à la libre disposition de soi et à l'égalité des filiations* »¹⁸⁰.

Comme pour l'IVG autrefois, la légalisation¹⁸¹ de la GPA serait de nature à limiter les pratiques clandestines. Loin de constituer une exploitation, la GPA serait une forme d'émancipation des femmes, non seulement par la désacralisation de la maternité qu'elle opère, mais aussi et surtout par la mise en lumière du travail procréatif historiquement occulté. A cet égard, la GPA peut prendre la forme contractuelle ou celle d'un service public.

Comme dans tout contrat, l'intervention du droit, permettant d'empêcher les abus et les déséquilibres financiers entre les parties, semble indispensable.

Pour ce juriste¹⁸², il faut inscrire la GPA dans les principes généraux du droit relatifs à la liberté procréative, la libre disposition de soi et à l'égalité des filiations.

L'égalité revendiquée pour accéder à la PMA pour tous, à la gestation pour autrui est-elle objective ou subjective ?

Que signifie le principe d'égalité ?

Est-ce une liberté fondamentale à laquelle toute personne doit aspirer ?

Comment est-elle appréhendée par le Conseil constitutionnel, garant des droits et libertés fondamentales ? Et par la Cour européenne des droits de l'homme ?

¹⁷⁹ *Ibid.*,

¹⁸⁰ BORILLO(Daniel), « La GPA, une liberté fondamentale », *Libération*, le 22 décembre 2016, disponible sur le site : https://www.liberation.fr/debats/2016/12/22/la-gpa-une-liberte-fondamentale_1536967, [consulté le 20/12/21].

¹⁸¹ *Ibid.*,

¹⁸² *Ibid.*,

§2. A un principe d'égalité

Pour les êtres humains, l'égalité est le principe qui fait que tous doivent être traités de la même manière, avec la même dignité, qu'ils disposent des mêmes droits et sont soumis aux mêmes devoirs. Il n'existe pas de définition du principe d'égalité. Cela permet ainsi d'appréhender cette notion à travers les décisions respectant ce principe. L'égalité est donc à la fois la chose la plus naturelle et en même temps la plus chimérique, selon Voltaire.

Le principe d'égalité, néanmoins, est un principe constitutionnel et conventionnel qui doit être respecté sur un principe démocratique qui est « l'État de droit » (A), un principe difficilement applicable dans le cas de la gestation pour autrui (B)

A. Les contours du principe

1. Les contours constitutionnels

Le principe d'égalité est de tous les principes constitutionnels, celui qui est le plus souvent invoqué devant le conseil constitutionnel.

Principe constitutionnel, le principe d'égalité est présenté dans la déclaration des droits de l'homme¹⁸³ et du citoyen (DDHC) de 1789 qui affirme dans son article 1^{ier} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ».

Selon le Doyen G. Vedel, « *Le principe d'égalité est plus fondamental que la liberté même, parce que l'égalité c'est l'homme même ; elle identifie l'homme* »¹⁸⁴.

La dignité de la personne, corollaire du principe d'égalité sera consacrée plus tardivement.

Cette affirmation du principe d'égalité est reprise par le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, dans son alinéa 1 :

« *Le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* »¹⁸⁵

De même, la constitution de 1958 affirme dans le préambule de la nouvelle constitution, que :

« *La France, république indivisible, laïque, démocratique et sociale assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* »¹⁸⁶.

¹⁸³ SAGESSER(Caroline), « Les droits de l'homme », en ligne, *Dossiers du CRISP*,2009, vol. 73, no. 2, pp. 9-96, <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2009-2-page-9.htm>

¹⁸⁴ LEVADE(Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français » en ligne, *Pouvoirs*,2004, vol. 111, no. 4, pp. 55-71, <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2004-4-page-55.htm>

¹⁸⁵ Préambule de la Constitution, disponible sur le site : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>

Le principe d'égalité doit être respecté par le législateur lors de l'élaboration des lois. L'application de ce principe en France est vérifiée par le Conseil constitutionnel. Chargé par la constitution d'une mission de contrôle des textes, le Conseil constitutionnel impose le respect du principe d'égalité sur le fondement du bloc de constitutionnalité.

Néanmoins, des modulations sont admises lorsque celles-ci reposent sur des critères rationnels au regard de l'objectif recherché par le législateur et que cet objectif n'est lui-même ni contraire à la constitution, ni entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

Lors de sa décision rendue le 16 juillet 1971¹⁸⁷ sur « *la liberté d'association* », le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution de 1958, lequel renvoie au préambule de la constitution de 1946 et à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel s'est alors érigé en protecteur des droits et libertés des citoyens et en garant de l'état de droit. Il est nécessaire de remonter à cette décision importante pour expliquer l'essor de la jurisprudence constitutionnelle concernant le principe d'égalité.

La décision dite « *taxation d'office* » du 27 décembre 1973¹⁸⁸ est la première décision relative au principe d'égalité et se référant expressément à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

Le Conseil constitutionnel a consacré depuis tous les droits et libertés énoncés dans la déclaration, tel que la liberté d'expression, l'égalité de tous devant la loi, devant les emplois publics, l'impôt, la non-rétroactivité des lois pénales, le droit de propriété...

Le Conseil a dégagé la valeur constitutionnelle¹⁸⁹ des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république (PFRRL) énoncés dans le préambule¹⁹⁰ de 1946.

La liberté d'association, la liberté d'enseignement et de conscience, le respect des droits de la défense sont des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république.

Les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, énoncés et énumérés dans le préambule de la constitution de 1946, ont aussi été consacrés.

¹⁸⁶ Préambule de la Constitution de 1958, disponible sur le site : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

¹⁸⁷ Cons.constit.,16 juillet 1971, n°71-44 DC, disponible sur le site : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144DC.htm>

¹⁸⁸ Cons.constit.,27 décembre 1976, n°73-5 DC, disponible sur le site : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-principe-d-egalite-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-quelles-perspectives-pour-la>

¹⁸⁹ Le préambule de la constitution de 1946, disponible sur le site : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>

¹⁹⁰ *Ibid.*,

Le Conseil constitutionnel¹⁹¹ a intégré ces principes dans le bloc de constitutionnalité depuis sa décision du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse.

Par la suite des principes et objectifs à valeur constitutionnelle ont été consacrés par le Conseil constitutionnel tel que la continuité du service public ou la dignité humaine¹⁹².

Comment concilier les différentes normes, telles que le droit à la vie et la liberté de la femme de disposer de son corps ?

Il n'y a pas de hiérarchie formelle entre les différentes normes composant le bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'une grande liberté pour concilier les droits et libertés.

Le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori a renforcé aussi l'application du principe d'égalité. La question prioritaire de constitutionnalité est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit.

Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'état ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

Avant la réforme constitutionnelle¹⁹³ du 23 juillet 2008, il n'était pas possible de contester la conformité d'une loi déjà entrée en vigueur. Désormais, les justiciables jouissent de ce droit en vertu de l'article 61-1 de la Constitution.

Selon l'article 61-1 de la constitution « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'état ou de la cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.*

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

La Convention européenne des droits de l'homme garantit aussi le respect des libertés fondamentales ; elle a été signée à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur en 1953.

¹⁹¹ Cons.constit.,15 janvier 1975, n°74-54 DC, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>

¹⁹² Cons.constit.,27 juillet 1994, n°94-343/344 DC.

¹⁹³ La réforme de 2008 sur la modernisation des institutions, disponible sur le site : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/268318-la-reforme-de-2008-sur-la-modernisation-des-institutions>

Les États ayant ratifié la Convention reconnaissent et garantissent les droits fondamentaux, civils et politiques non seulement à leurs ressortissants, mais également à toute personne relevant de leur juridiction.

La Convention¹⁹⁴ garantit notamment le droit à la vie, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté d'expression, la liberté de pensée, le droit au respect des biens. La France a ratifié la CEDH le 03 mai 1974.

2. Les Contours conventionnels

La Convention européenne¹⁹⁵ de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est constituée d'un certain nombre de droits et libertés fondamentales qui doivent être garantis à toute personne relevant de la juridiction des États signataires (article premier).

La place qu'occupe le principe de non-discrimination, la Convention n'emploie jamais le terme d'égalité, présente une originalité par rapport aux autres droits garantis.

En effet, ce principe n'est énoncé qu'à trois reprises : l'article 1 détermine le champ d'application de la convention en précisant qu'elle concerne « *toute personne* », mais il s'agit plutôt d'une introduction à l'énumération des droits et libertés proprement dits. Cette formule rappelle davantage la généralité des droits consacrés qu'un droit distinct à l'égalité.

L'article 6 exprime, à travers la notion de procès équitable, l'exigence du respect de l'égalité des armes entre les justiciables au cours du procès pénal.

Selon l'article 14 relatif à l'interdiction de la discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme du 04 novembre 1950, « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Mais l'article 14 n'interdit pas d'éventuelles distinctions de traitement dans l'exercice des droits et libertés. L'interdiction concerne uniquement les distinctions arbitraires qui seules constituent une discrimination. Si le motif justifiant une distinction est pertinent, il n'y a pas de discrimination. L'égalité de traitement n'est violée que si la distinction manque de justification objective et raisonnable. Si l'article 14 pose bien un principe général du droit, sa généralité est cependant limitée.

¹⁹⁴ La Convention européenne des droits de l'homme est disponible sur le site : www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf

¹⁹⁵ *Ibid.*,

La Cour européenne a élaboré, à l'intérieur de cette incontestable limite, une jurisprudence destinée à donner à ce principe le plus grand champ d'application possible et ce en décidant que sa mise en œuvre n'était pas subordonnée à la violation d'un autre droit.

Il suffit par conséquent qu'un droit soit appliqué de manière discriminatoire pour que la convention soit méconnue. Cette solution donne à l'article 14 une autonomie par rapport aux autres textes dans la mesure où cette référence aux droits et libertés garantis par la convention délimite le champ d'application du principe de non-discrimination mais ne le subordonne pas à une violation principale. Elle est également la seule qui puisse lui donner l'effet attendu d'un principe fondamental.

Le principe de non-discrimination est un principe général qui fonctionne selon un système particulier. A la fois accessoire et autonome, sa généralité résulte de cette volonté du juge de le considérer comme faisant partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits et libertés. La généralité du principe s'apprécie encore au regard de l'objet de la discrimination illicite. L'article 14 en énumère un certain nombre, mais cette énumération n'a pas de caractère limitatif, comme l'indiquent l'adverbe notamment qui précède la liste et les mots « *ou toute autre situation* » qui l'achèvent. Les quelques décisions portant à titre principale sur le principe de non-discrimination révèlent ainsi une volonté de la Cour de l'appliquer de façon à la fois générale et approfondie.

Malgré la formulation restrictive de l'article 14 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme, grâce à une jurisprudence dynamique, a progressivement conféré une large ampleur à la norme de non-discrimination consacrée par cette disposition.

L'article 1 relatif à l'interdiction générale de la discrimination du protocole n°12 retient que,

« 1. *La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ;*

2. *Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1* ». La notion de but légitime s'apparente aux termes d'intérêt général. Le but doit être en rapport avec l'objet de la mesure. Mais la Cour impose que la différence de traitement ne soit pas excessive au regard des buts visés. Cette dernière appréciation implique d'abord que la mesure de l'atteinte varie selon la valeur de l'égalité. Elle suppose ensuite une confrontation de cette mesure avec le but légitime de l'acte. La non-discrimination ressort de

l'équilibre entre ces deux éléments de l'acte. Elle est plus stricte lorsque l'égalité concerne un élément fondamental de la personne.

B. Application du principe d'égalité

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est attachée à ériger l'égalité devant la loi en principe général, et à en faire la source de toutes les autres manifestations du principe.

L'égalité devant la loi a donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des lois à travers de nombreux corollaires

En France, depuis une décision du 09 avril 1996¹⁹⁶, le Conseil constitutionnel juge que le « *principe d'égalité* » ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi.

Le Code de procédure pénale garantit cependant l'égalité des justiciables devant l'application de la loi en édictant dans son article préliminaire que « *les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles* ».

Pour le Conseil d'État, l'encadrement actuel de la PMA est conforme au principe d'égalité¹⁹⁷ et ne pose pas de problème de discrimination.

Le Conseil d'état avait été saisi en juillet 2018 d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁹⁸ (QPC) soulevée par un couple de femmes après que le CHU de Toulouse leur eut refusé leur demande de PMA. Le couple, dont les problèmes d'infertilité ont été médicalement diagnostiqués, estimait que la loi actuelle qui réserve la PMA aux couples hétérosexuels infertiles ou risquant de transmettre une maladie à l'enfant méconnaît le principe d'égalité devant la loi.

Selon les deux femmes, cette différence de traitement entre les couples souffrant d'une infertilité médicalement diagnostiquée, selon qu'ils sont de même sexe ou de sexe différent n'est pas justifiée.

Dans sa décision de 2018, le Conseil d'état a rejeté la QPC en refusant de la transmettre aux juges constitutionnels et a rendu ses conclusions ; considérant que l'encadrement actuel de la PMA est tout à fait conforme et respectueux du principe d'égalité et ne pose par conséquent aucun problème de discrimination. Cette décision repose sur le fait que « *Les couples formés d'un homme et*

¹⁹⁶ Cons.constit.,9 avril 1996, n°96-375 DC, disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1996/96375DC.htm>

¹⁹⁷ CE, 28 septembre 2018, n°421899.

¹⁹⁸ T. COUSTET, « PMA (couples de femmes) : Le Conseil d'État saisi d'une QPC », Dalloz Actualités,6 juillet 2018.

d'une femme sont au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de même sexe »¹⁹⁹.

La revendication de la PMA pour des couples de femmes et les célibataires n'est donc pas une réponse à un problème de discrimination ni une mesure d'égalité, souligne Ludivine de la Rochère²⁰⁰, Présidente de la manif pour tous.

Selon l'avocate du couple, la plus haute juridiction administrative en refusant de transmettre cette QPC aux juges constitutionnels a outrepassé ses pouvoirs et s'est érigée en censeur.

Dans un arrêt²⁰¹ Schalk et Kopf de juin 2010, la Cour européenne des droits de l'homme laisse aux autorités nationales leur propre appréciation en ce qui concerne les besoins sociaux et culturels, variant d'une société à une autre.

Dans cet arrêt, les requérants formant un couple homosexuel et vivant à Vienne, revendiquaient le droit au mariage. Un refus leur fut opposé au motif que seules deux personnes de sexes opposés pouvaient se marier. Les requérants se disaient victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 12 (le droit au mariage) et à la non-violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination), combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. Elle a admis tout d'abord que la relation des requérants relevait de la vie familiale au même titre qu'un couple hétérosexuel dans la même situation. Cependant la Convention n'oblige pas un État à ouvrir le droit au mariage à un couple homosexuel. Les autorités nationales sont mieux placées pour apprécier les besoins sociaux en la matière et pour y répondre, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre.

La Cour²⁰² européenne des droits de l'homme en 2016 a retenu la même solution que dans l'arrêt qui précède. Elle a en outre noté que la loi du 17 mai 2013 avait ouvert en France le mariage aux couples homosexuels et que les requérants étaient désormais libres de se marier.

La Cour européenne des droits de l'homme souligne aussi par deux arrêts relatifs à la procréation médicalement assistée ou PMA, que l'utilisation de cette technique est laissée à l'appréciation de la France.

¹⁹⁹ CE, 28 septembre 2018, n°421899.

²⁰⁰ La rédaction, « PMA : exclure les couples de femmes n'est pas discriminatoire, selon le Conseil d'État », Linfo.re, le 3 octobre 2018, disponible sur le site : <https://www.linfo.re/france/societe/pma-exclure-les-couples-de-femmes-n-est-pas-discriminatoire-selon-le-conseil-d-etat>, [consulté le 20/12/2020].

²⁰¹ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04, 24 juin 2010.

²⁰² CEDH, *Chapin et Charpentier France*, requête n°40183/07, 09 juin 2016.

Dans l'arrêt Gas et Dubois de 2012 la Cour européenne²⁰³ des droits de l'homme était en accord avec la loi française sur la PMA. Alors que deux femmes se plaignaient de ce que la loi française réserve la PMA aux cas de l'infertilité pathologique, la Cour européenne a clairement jugé que la loi française n'était en rien discriminatoire de ce fait : « *si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Ainsi, pour l'essentiel, l'IALD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes [couple de femmes]. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IALD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes* ».

Un autre arrêt²⁰⁴ mérite, également, d'être cité. Les requérants, un couple de femmes mariées, se plaignaient du rejet de leur demande d'accès à la procréation médicalement assistée au motif que la loi française n'autorise pas la prise en charge des couples homosexuels. La Cour a déclaré la requête irrecevable et a relevé en particulier que la décision du centre hospitalier universitaire rejetant la demande d'accès des requérants à une PMA était une décision administrative individuelle susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives. Or les requérants n'avaient pas utilisé de cette voie de recours.

En l'espèce, rappelant l'importance du principe de subsidiarité, la Cour a jugé que les requérantes n'avaient pas épuisé les voies de recours interne.

Alors que la PMA pour tous²⁰⁵ en France est très récente permettant ainsi l'accès aux femmes célibataires et aux couples de femmes, en Israël ce processus existe depuis une trentaine d'années soit depuis 1987, la légalisation de la gestation pour autrui étant admise depuis 1996 (Section 2)

Section 2. Une PMA pour tous et une GPA pour tous récente en Israël

Alors que la PMA pour tous en France²⁰⁶ a été récemment autorisée, en Israël cette technique de procréation est admise depuis les années 80, la légalisation de la Gestation pour Autrui autorisée depuis 1996.

²⁰³ CEDH, *Gas et Dubois France*, requête n° 25951/07, 15 mars 2012.

²⁰⁴ CEDH, *Charron et Merle -Monte c. France*, requête n°22612/15, 8 février 2018.

²⁰⁵ La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

²⁰⁶ *Ibid.*,

Lors de la conférence « PMA et judaïsme » organisée le 08 décembre 2018 à Paris, le Rabbin Bernheim s'interrogeait sur le bien-fondé de la procréation médicalement assistée pour tous en France. Les femmes célibataires doivent-elles avoir accès à la procréation médicalement assistée ? Si la majorité des rabbins en Israël admettent la Procréation médicalement assistée pour tous et la gestation pour autrui, en France les avis sont beaucoup plus mitigés. Ainsi le judaïsme en Israël est-il perçu différemment du judaïsme en France et nous permet de penser différemment selon les deux cultures.

« Dans la pensée juive, il y a quelque chose d'essentiel, c'est le rôle constitutif des parents ».

Selon le Rabbin Bernheim, le rôle constitutif des parents, ce n'est pas que d'apporter du bonheur aux enfants mais donner à l'enfant son origine et sa généalogie. En Hébreu, « *toledot* » signifie engendrement. La Torah indique à chaque individu d'où il vient, pourquoi il se trouve là, en lui permettant de se situer dans les générations, ce qui est lourd de sens.

Le projet de procréation médicalement assistée sans père ne concerne pas l'accueil des enfants sans père mais la légalisation de la conception. C'est l'institutionnalisation de l'absence de père. Selon le Rabbin Bernheim, le principe de généalogie est fragilisé dès lors que la PMA ou la GPA est autorisée pour des raisons non thérapeutiques.

En Israël, la procréation médicalement assistée pour tous est admise, la gestation pour autrui autorisée depuis 1996.

La procréation médicalement assistée pour tous implique ainsi les femmes célibataires (§1).

Dans le même esprit d'ouverture, la gestation pour autrui est admise depuis 1996 avec un élargissement en 2018 et un amendement récent en 2022 autorisant ce processus aux couples d'hommes et hommes célibataires (§2).

§1. Une procréation médicalement assistée pour tous

La procréation médicalement assistée est en générale admise par le judaïsme et largement pratiquée en Israël. La fécondation *in vitro*, la congélation et la destruction d'embryons avant le 40^{ème} jour après leur conception est admise. L'impératif biblique « *croissez et multipliez* » s'applique ainsi aux couples infertiles.

Une procréation pour tous largement favorisée par l'État israélien (A) et obéissant à une procédure spécifique (B)

A. Une politique favorable à la PMA pour tous

1. Une procréation pour tous admise dès 1987

Les traitements de fécondation *in vitro* et les processus associés en Israël sont régis par le règlement de santé publique (fécondation *in vitro*) 5747-1987²⁰⁷. Le règlement dispose que les traitements de fertilité ne peuvent être effectués que dans les départements reconnus ou désignés pour les femmes sous traitement médical en raison d'infertilité ou dans le but de maintenir la fertilité. Et seulement après qu'un médecin ait décidé que ce processus fera avancer son traitement.

En Israël, selon le premier site d'actualité bioéthique²⁰⁸, la fécondation *in vitro* est pratiquée depuis 1980. Ce domaine a évolué au fil des années et le nombre de traitements de fertilité effectués a augmenté au cours de la dernière décennie.

Aujourd'hui Israël est devenue la capitale mondiale de la fécondation *in vitro*. L'Hôpital Assuta à Tel Aviv est l'une des cliniques de fertilisation les plus fréquentées au monde.

Jusqu'à l'âge de 45 ans, les femmes peuvent recourir à des procédures de FIV²⁰⁹ gratuites et illimitées. Cette politique implique ainsi qu'Israël possède le taux d'utilisateur de la FIV par habitant le plus élevé au monde et des dépenses de santé publique les plus importantes du pays pour cette technique de procréation.

Israël est le seul pays au monde à financer un grand nombre de cycles de traitement de la fertilité. Les traitements de fécondation *in vitro* sont inclus dans le panier de soins de santé que les organisations de soins de santé sont tenues de fournir à leurs membres en vertu de la loi 5754-1994²¹⁰ sur l'assurance soins de santé.

Ces traitements sont donnés aux personnes qui souhaitent concevoir leurs premiers et deuxièmes enfants, n'ayant pas d'enfant de leur mariage actuel, ou à une femme sans enfant qui souhaite élever une famille monoparentale. Le traitement est administré aux femmes âgées de 18 à 45 ans et, en cas de dons d'ovules, à l'âge de 54 ans. Les femmes âgées de 39 ans peuvent suivre un traitement de FIV en tant que première option pour les traitements de fertilité, basée sur des considérations médicales. Les femmes qui ont atteint l'âge de 42 ans ne subiront pas plus de trois

²⁰⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

²⁰⁸ Génétique, disponible sur : <http://www.genethique.org/fr/content/israel-record-monial-du-taux-de-fiv>

²⁰⁹ *Ibid.*,

²¹⁰ *Ibid.*,

cycles de traitements consécutifs au cours desquels elles n'auront pas atteint le stade de transfert d'embryons. Cela n'inclut pas le transfert d'embryons congelés de traitements antérieurs, quelle que soit l'unité dans laquelle le traitement a été effectué.

A tout âge, après quatre cycles de traitement consécutifs qui n'ont pas atteint le stade du transfert d'embryon, ou après huit cycles de traitement (sans le transfert d'embryons congelés) sans grossesse clinique (grossesse clinique diagnostiquée par la démonstration d'un pôle embryonnaire lors d'un examen américain, y compris une grossesse extra-utérine), l'équipe fournissant le traitement, y compris une assistante sociale, animera une séance pour discuter des recommandations relatives à la poursuite du traitement. Cette discussion est de la responsabilité de la clinique où le dernier cycle de traitement a été effectué.

En outre, ces restrictions imposent à l'institution médicale de procéder à un examen professionnel après huit cycles de traitement infructueux afin de recommander un traitement supplémentaire, quels que soient l'assureur et ses considérations. L'institution médicale peut certainement recommander des cycles de traitement supplémentaires, sur la base des données trouvées lors de l'examen.

Selon la loi d'assurance Santé Nationale²¹¹, les traitements FIV seront financés par les caisses maladie pour les couples qui n'ont pas d'enfants issus de leur mariage actuel (jusqu'à deux enfants) et à une femme sans enfant, intéressée à fonder une famille dont le chef de famille est un parent indépendant (« famille monoparentale ») pour un premier et un deuxième enfant.

Les traitements FIV sont octroyés aux femmes à partir de 18 ans et l'âge maximal pour obtenir des traitements est 45 ans (jusqu'à la date d'anniversaire des 45 ans). Le don d'ovules est permis aux femmes âgées entre 18 et 54 ans.

La procréation médicalement assistée est admise pour les femmes célibataires en Israël depuis 1987. Plus de trente ans plus tard, en France, cette technique de procréation est autorisée²¹² aux femmes célibataires et aux couples de femmes.

Cet écart si large entre la France et Israël, comment s'explique-t-il ?

Peut-on considérer cela comme un retard pour la France et une avance pour Israël ? ou l'inverse ?

²¹¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021], disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

²¹² La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

La Fécondation *in vitro* nécessite souvent un don de sperme ou un don d'ovules, parfois deux dons de gamètes sont nécessaires pour remédier aux problèmes d'infertilité des couples demandeurs.

B. Les principes relatifs aux dons de gamètes

Le don de sperme est principalement réalisé pour les besoins de la fertilité. Il sert généralement à des femmes ayant besoin de sperme ne provenant pas de leurs conjoints pour des raisons médicales ou à des femmes qui n'ont pas de conjoint.

Le don de sperme²¹³ obéit à un processus. L'homme donne son sperme qui est conservé dans la banque du sperme et reçoit un paiement en contrepartie. Les unités de sperme passent par des pré-examens pour éviter la transmission de maladies.

Une femme ou un couple désirant recevoir un don de sperme doit s'adresser à une banque du sperme reconnue par le ministère de la Santé.

Le don de sperme est anonyme. Le donneur ne connaît pas l'identité des personnes qui reçoivent son sperme. Les personnes qui reçoivent le sperme ne connaissent pas l'identité du donneur.

Les personnes concernées par le don sont notamment, les femmes sans conjoint, les hommes qui n'ont pas de sperme (azoospermie) ainsi que les hommes atteints de maladies génétiques.

Pour ce qui est de la conservation de son propre sperme (non dans le but de le donner à d'autres), la banque du sperme fournit ses services aux hommes désirant conserver leur sperme par suite de maladies, lorsque la qualité du sperme ne permet pas la fertilité de manière naturelle, pour des hommes désirant conserver leur sperme pour des raisons personnelles (non médicales).

La banque du sperme conserve aussi du tissu du testicule dans le cadre de traitements de fertilité-insémination artificielle, ainsi que le sperme après la mort.

Il existe également un système de réception de dons de sperme de non-juifs de l'étranger. Le rôle de la banque du sperme est de ne s'adresser qu'à des banques du sperme à l'étranger qui ont reçu un permis du ministère de la Santé et elle a la responsabilité de faire venir le sperme en Israël après obtention des autorisations appropriées du ministère de la Santé.

Les dons de sperme de l'étranger peuvent provenir de donneurs anonymes comme cela est le cas en Israël ou de donneurs qui sont disposés à fournir des informations personnelles.

²¹³ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Fertility treatments and surrogacy: Sperm Donation », [consulté le 21/12/2021], disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Pages/sperm-bank.aspx>

Toute information existante au sujet du donneur de sperme et sur l'utilisation de ce sperme est maintenue dans la plus grande confidentialité.

Le processus de don d'ovocytes en Israël et à l'étranger est présenté séparément.

Quant au don d'ovules, le processus du don d'ovocytes²¹⁴ est conçu pour permettre aux femmes âgées de 18-54 ans, qui ne peuvent concevoir par leurs propres ovules, d'avoir des enfants, en acceptant le don d'ovules provenant d'autres femmes, l'information ci-dessous ne se réfère pas à la procédure du don d'ovules à des fins de recherche.

La donneuse d'ovule peut être une femme qui se trouve en traitement de fertilité ou une femme âgée de 21-35 ans qui offre volontairement « *donneuse bénévole* » et qui ne se trouve pas en traitement de fertilité.

Afin de bénéficier d'un don d'ovules, lorsqu'un problème médical explique pourquoi une femme entre 18 et 54 ans ne peut pas tomber enceinte, et qu'il y a une justification médicale pour l'utilisation des ovocytes d'une autre femme, le médecin informe la femme sur la possibilité de soumettre une demande pour obtenir un don d'ovules et sur les détails de ce processus. C'est la femme qui décide si elle est prête à accepter un don d'ovule et dans ce cas soumet une application au médecin responsable de l'unité de services de FIV.

La femme et son partenaire (si elle vit en couple) signeront un « formulaire de consentement d'inclure leurs coordonnées personnelles dans la base de données et d'inscription des nouveau-nés ». Si la femme vit en couple, sans être mariée à son partenaire, ils seront priés de présenter un « accord entre conjoints FIV ».

La destinataire et son partenaire, s'il est présent consentiront à l'inclusion des données personnelles dans la base de données du ministère de la santé et dans le registre des nouveau-nés au tribunal.

Si la femme désire recevoir un don d'ovules d'une donneuse mariée ou qui n'est pas de la même confession ou d'une femme connue d'elle, il faut qu'elle ou le médecin responsable s'adresse au

²¹⁴ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Fertility treatments and surrogacy: Egg Donation », [consulté le 21/12/2021]. URL: <https://www.health.gov.il/French/Topics/fertility/Pages/ovum-donation.aspx>

comité des exceptions pour obtenir une approbation en utilisant le « formulaire pour s'adresser au comité des exceptions ».

La destinataire n'obtiendra pas de renseignements permettant d'identifier la donneuse (sauf s'il s'agit d'un don spécialement destiné avec l'approbation du comité des exceptions, c'est-à-dire dans le cas où la destinataire a déjà connu la donneuse avant le don). Le médecin responsable est autorisé, s'il existe des raisons justifiantes, à fournir à la destinataire des renseignements sur la donneuse qui ne permettront pourtant pas de révéler son identité.

Dans la mesure où il existe des ovocytes fécondés excédentaires, la destinataire et son partenaire seront priés de signer un formulaire de consentement de congeler les ovocytes fécondés.

Quant à la donneuse d'ovule, celle-ci peut être une femme qui se trouve elle-même en traitements de « fécondation *in vitro* (FIV) ou une femme qui ne se trouve pas en traitement, âgées de 21-35 ans (« donneuse bénévole ») qui accepte volontairement de se soumettre à une ponction ovocytaire.

Le consentement au don d'ovocytes est fait de manière volontaire. La donneuse bénévole doit être célibataire, sauf autorisation exceptionnelle. La donneuse sera donc priée de donner son consentement d'inclure ses coordonnées personnelles dans la base de données du ministère de la santé et dans le registre des nouveau-nés au tribunal. Une donneuse peut subir jusqu'à trois cycles de ponction ovocytaire (entre les cycles de ponction il faut une pause d'au moins 180 jours) et peut retirer son consentement au don à tout moment avant le prélèvement, et son consentement à la destination des ovocytes à tout moment avant la fertilisation des ovocytes.

Celle-ci ne pourra pas obtenir d'information qui risque d'identifier la femme à qui les ovocytes sont transférés (sauf autorisation exceptionnelle pour le don d'ovocytes destinés à une personne spécifique).

Pour ce qui est de la répartition des ovules ceux-ci seront prélevés dans un cycle et pourront être utilisés pour trois femmes au maximum, un cycle d'extraction en 2016 s'élevant à 20,316 shekels. Tout paiement ou tout autre forme de rémunération au-delà de la compensation ci-dessus est interdit.

Pour ce qui est du processus, la donneuse s'adresse à une des unités de service de FIV reconnues d'un hôpital, la femme obtiendra une explication détaillée du processus du don d'ovules, les complications et les risques susceptibles d'être encourus.

Un formulaire de consentement devra être signé par celle-ci qui sera notamment soumise à des examens physiques, psychologique et des tests de laboratoire. L'agrément du comité d'approbation est nécessaire.

La femme se soumettra à la procédure médicale de la ponction ovocytaire et après le prélèvement sera informée par le médecin sur le nombre d'ovocytes qui ont été prélevés de son corps et sur leur qualité. Celle-ci peut alors exiger qu'une partie des ovocytes qui ont été prélevés de son corps soient congelés pour éventuellement être utilisés pour elle ou pour être contribués à la recherche. En général le coût total du traitement qui est nécessaire pour préparer la donneuse est couvert par l'assurance maladie de la destinataire.

Pour les dons d'ovules provenant de l'étranger, depuis 2005 il est permis de recevoir un don d'ovocytes d'une donneuse provenant de l'étranger.

Le processus du don d'ovocytes à l'étranger par des médecins israéliens est effectué en conformité avec le permis délivré aux unités de service FIV en Israël pour collaborer avec les unités à l'étranger.

Le processus vise à permettre aux femmes âgées de 18-54 ans, qui ne peuvent pas tomber enceintes par leurs propres ovocytes, d'avoir des enfants, en acceptant le don d'ovocytes provenant d'autres femmes.

Le contact avec la donneuse d'ovocytes à l'étranger ne se fait qu'à travers les unités de service de FIV en Israël, chargés d'organiser la mise en œuvre du processus pour les destinataires à l'étranger ou d'exporter les ovocytes fécondés en Israël de manière que les destinataires n'aient même pas besoin d'aller à l'étranger.

Le don de sperme, ainsi que le don d'ovules suscitent de nombreuses interrogations à l'égard du judaïsme. Concernant le don de sperme, si ce don est effectué en Israël, il y a de nombreuses chances pour que ce don provienne d'un donneur juif. En France, ce don peut provenir d'un donneur juif mais la plus forte probabilité est qu'il provienne d'un donneur non juif.

Peut-être est-ce pour cela que la majorité des rabbins en France sont réticents aux nouvelles techniques de procréation.

Dans le cas où le donneur de sperme est juif, l'enfant du couple risquerait d'épouser son demi-frère ou sa demi-sœur. Ce cas, que la Torah interdit²¹⁵, est à prendre en compte.

La Torah n'interdit pas le cas où le donneur de sperme n'est pas juif, mais les sages l'interdisent par crainte d'une union entre un demi-frère et une demi-sœur.

²¹⁵ SCIALOM(Rémy), « *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité* », la mémoire du droit,2020, p.69.

Dans le talmud et la bible²¹⁶, la véritable mère est celle qui porte l'enfant, et pourtant Israël autorise la gestation pour autrui.

Concernant le don d'ovules, celui-ci peut provenir d'une femme juive comme d'une femme non juive. Malgré toutes ces difficultés relatives à la construction de l'identité juive, Israël autorise la procréation médicalement assistée pour tous et la gestation pour autrui.

Le judaïsme en France est plus conservateur et plus réticent à ces nouvelles techniques.

On peut penser que cette réticence est liée à l'influence culturelle en France qui est différente de celle d'Israël.

Face à l'évolution des techniques médicales, Israël a autorisé la gestation pour autrui dès 1996.

Le judaïsme partagé entre le commandement qui impose à l'homme de procréer et la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche, a finalement opté pour la gestation pour autrui.

Selon Elly Teman²¹⁷, une anthropologue Israélienne, « *Légaliser et encadrer la gestation pour autrui est une garantie pour le bien-être et la sécurité de tous, à commencer par les enfants à naître* ».

L'État d'Israël a régulé la GPA ou gestation pour autrui pour encadrer la transmission du judaïsme, et mieux imposer sa vision de la famille et de la citoyenneté.

La gestation pour autrui autorisée depuis plus de trente ans obéit à des conditions restrictives malgré un élargissement ces dernières années (§2)

§2. Une gestation pour autrui autorisée pour tous en Israël depuis le 11 janvier 2022

La gestation pour autrui autorisée depuis 1996 ne concernait que les couples hétérosexuels et mariés, les conditions originelles de cette loi sont très restrictives (A) or depuis 2018, cette technique de procréation a été élargie et admise pour les couples de femmes et les femmes célibataires (B) et depuis une évolution récente, les couples homosexuels et les hommes célibataires sont autorisés à utiliser ce processus de procréation.

A. La loi originelle de 1996 autorisant la gestation pour autrui

La loi sur les Accords de port des embryons (approbation de l'accord et statut du nouveau-né) 5756-1996²¹⁸, régit l'accord entre les futurs parents et une mère porteuse, selon lequel la mère

²¹⁶ MELEZE (Joseph), « Pères ou mères ? », Aux origines de la matrilinearité juive, *Clio*, 2003.

²¹⁷ TEMAN (Elly) et POSTEL-VINAY (Olivier), « Interdire la GPA n'est pas réaliste » [en ligne], *Books*, 2018, vol.88, n° 3-4, pp. 47-47, [consulté le 11/11/2019]. URL : <https://www.cairn.info/magazine-books-2018-3-page-47.htm>

porteuse accepte de concevoir par l'implantation d'un ovule fécondé par le sperme du père désigné, de porter l'embryon pour les futurs parents, et de remettre le nouveau-né aux futurs parents après la naissance.

La loi est destinée aux femmes en âge de procréer qui ne peuvent concevoir et mener une grossesse, ou dans le cas où une grossesse peut mettre gravement leur santé en danger.

Le sperme utilisé pour la fécondation *in vitro* est celui du père désigné, l'ovule appartient à la mère désignée. Lorsqu'un don d'ovocytes est requis, il est interdit à la mère porteuse de donner des ovocytes.

1. Les conditions de la légalisation de la GPA en Israël

La loi sur les accords de port d'embryons de 1996²¹⁹ n'autorisait la gestation pour autrui qu'aux couples hétérosexuels mariés. Les couples homosexuels en étaient exclus, c'était une GPA restrictive dans le but unique de pallier à l'infertilité d'une personne, ou d'un couple.

Selon cette loi, un enfant né par GPA doit naître d'un couple hétérosexuel, juif et israélien seulement.

Les couples doivent être mariés religieusement, et les gamètes doivent obligatoirement appartenir à l'un des membres du couple d'intention afin que le bébé ait un lien génétique²²⁰ avec l'un des deux parents. Le nouveau-né sera considéré alors comme juif au sens religieux.

Seuls les couples d'intention en mesure d'apporter la preuve de l'incapacité de la mère à porter un enfant peuvent recourir à la GPA²²¹ ce qui exclut les couples homosexuels.

Enfin, seuls les couples juifs et israéliens peuvent bénéficier de cette technique de procréation.

La condition des mères porteuses²²² obéit à la loi civile et la halakhah qui exigent que ces mères soient officiellement divorcées civilement et religieusement ou veuves, juives et avoir au moins un enfant.

Lorsque des couples juifs vont à l'étranger pour faire une GPA, si la femme porteuse n'est pas juive alors l'enfant revenu en Israël devra se convertir au judaïsme²²³ pour être juif et ceci même si

²¹⁸ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur : <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

²¹⁹ *Ibid.*,

²²⁰ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.138.

²²¹ *Ibid.*,

²²² *Ibid.*, p.140.

²²³ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice,2017, 15 juin 2017, p.34-35.Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

la donneuse d'ovocyte est juive. La majorité de ces couples sont prêts à payer plus cher pour avoir une donneuse d'ovocytes juive, même si la religion ne se transmet pas par les gamètes.

La loi civile²²⁴ a été promulguée avec l'imprimatur du Grand rabbinat nécessaire pour qualifier de juif le nouveau-né, bien que la religion estime que le judaïsme ne se transmet que par la mère.

Les règles sont strictes et la possibilité d'avoir recours à la GPA n'est effective qu'après un délai de plusieurs mois.

Les couples désireux d'avoir recours à la GPA doivent passer devant une commission médicale étatique²²⁵ qui s'assure de la réalité de la stérilité et de l'impossibilité de procréer naturellement.

Une deuxième commission cette fois psychologique doit garantir l'état d'esprit du couple et celui de la mère porteuse dont la santé doit être irréprochable.

La mère porteuse doit être officiellement divorcée, civilement ou religieusement, ou veuve et doit avoir au moins un enfant. Elle doit être juive selon la loi religieuse.

Un contrat²²⁶ est alors établi devant les tribunaux garantissant l'impossibilité pour la mère porteuse de se rétracter et sa déchéance du droit sur le bébé qui naîtra. Les parents d'intention ne peuvent refuser la naissance pour non-conformité du bébé.

La mère d'intention²²⁷ suivra de près l'évolution de grossesse pendant les neuf mois de gestation et au moment de l'accouchement elle accueillera la première le bébé sur son corps. Le premier contact du nouveau-né se fera ainsi avec la mère d'intention.

L'État officialise la naissance par un acte officiel délivré par les tribunaux ou la mère porteuse n'a aucune existence légale. Les parents d'intention sont ainsi reconnus par toutes les instances religieuses du pays.

Le recours à la GPA²²⁸ est coûteux, entre 40 000 et 50 000 euros répartis entre les frais médicaux et la mère porteuse. Seuls quelques privilégiés y ont donc accès.

Cette somme est bloquée²²⁹ sous séquestre entre les mains d'un avocat assermenté qui assure à la mère porteuse un revenu pendant la grossesse et au couple stérile la garantie de bonne fin de l'opération.

²²⁴ *Ibid.*,

²²⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

²²⁶ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.140.

²²⁷ *Ibid.*,

²²⁸ *Ibid.*,

²²⁹ *Ibid.*, p.141.

Cette loi de 1996 sur la gestation pour autrui se compose de 24 articles rédigés en hébreu²³⁰ dont voici la traduction détaillée²³¹ et interprétée.

Le Ministre du travail et des affaires sociales, Ora Namir, le Président de la Knesset, Shevach Weiss, le premier ministre Shimon Peres, le ministre de la Santé, Ephraïm Sneh, le président de l'État Eze Weizman ont ainsi été à la source de ces vingt-quatre articles sur la GPA.

De prime abord, les différents acteurs de la gestation pour autrui sont définis²³² dans un premier article.

La « *mère porteuse* » est une femme portant une grossesse pour les parents désignés ; Ceux-ci sont des conjoints, un homme et une femme en contact avec une « *mère porteuse* » pour la naissance d'un enfant. Ce processus désigné « *Accord de port d'embryons* » est un accord entre un futur parent et une mère qui porte le consentement de la mère enceinte par implantation d'un ovule fécondé et portant la grossesse pour « *les parents désignés* ».

Le « *Service reconnu* » est un département d'un hôpital ou d'une clinique reconnue par le directeur général du ministère de la santé, dans un avis rédigé du contrat et dans les conditions qu'il prescrit, pour effectuer des opérations médicales liées à la fécondation *in vitro* ».

Les « *Proches* » désignent ainsi la mère, fille, petite fille, sœur, tante et cousine, autre qu'un parent par adoption. Le « *comité d'approbation* » est le comité nommé par le ministre de la santé. Il est précisé dans cet article premier que « *l'enfant* » est un enfant né d'une mère porteuse à la suite de la mise en œuvre d'un accord de port d'embryons ; Que « *les liens parentaux* » renvoient à un système d'obligations, droits et pouvoirs existants entre un parent et son enfant en vertu de la loi ; « *L'ordre parental* » est une ordonnance concernant la tutelle des parents désignés sur un enfant et l'existence de relations parentales entre eux ; « *Le Tribunal* » est le tribunal de la famille et le tribunal de proximité.

« *L'accord de port d'embryons* »²³³ est défini comme une transplantation d'un ovule fécondé dont le but est la conception par le port de cet embryon, afin de remettre l'enfant né aux parents désignés et qui obéit à certaines conditions de forme exigeant un accord écrit et signé entre les parents

²³⁰ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx> f

²³¹ V. *infra*, annexe n°1, la traduction du texte en anglais.

²³² Article 1 *Embryo carrying agreement 1996*

²³³ Article 2 *Embryo carrying agreement 1996*

désignés et la mère porteuse, approuvé par un comité d'approbation conformément aux dispositions de la présente loi, les parties à l'accord sont des résidents adultes israéliens.

La mère porteuse n'est pas mariée, mais le comité de certification peut approuver un engagement auprès d'une femme qui est mariée s'il est convaincu que les parents désignés n'ont pas pu par un effort raisonnable, conclure un accord pour le port d'embryons. Celle-ci n'est pas un proche de l'un des parents désignés et le sperme utilisé pour la fécondation in vitro est celui du père et l'ovule n'est pas celui de la mère porteuse qui doit avoir la même religion que la mère désignée.

Toutes les parties à l'accord s'ils sont non juifs ont le droit de déroger aux dispositions du présent paragraphe, du clerc et du membre du comité.

Le ministre de la Santé²³⁴ nomme un comité de vérification des pouvoirs composé de sept membres dont deux médecins avec un expert en obstétrique et en gynécologie, un médecin généraliste, un psychologue clinicien, un assistant social, un représentant du public qui est juriste, un ecclésiastique, selon la religion des parties à l'entente pour porter le fœtus. Le comité de santé nommera un président pour le comité d'approbation parmi ses membres.

Le public qui est juriste sera nommé en consultation avec le ministre de la Justice, et le clerc sera nommé en consultation avec le ministre des Affaires religieuses. La composition du comité des agréments sera représentée par au moins trois membres de chacune des espèces. Le ministre de la Santé nomme un remplaçant pour le président du comité d'approbation, ses membres et substituts. Le quorum aux réunions du comité de vérification des pouvoirs est de cinq membres et les décisions sont prises par écrit et signées par le président. Les résolutions de la commission de vérification des pouvoirs sont adoptées à la majorité de ses membres et les décisions sont prises par écrit et signées par le président. La réunion du comité de certification est clôturée et la publication des déclarations faites est interdite, sauf aux fins de la mise en œuvre de la présente loi ou dans le cadre d'une enquête pénale sur une infraction en vertu de celle-ci.

Les conditions d'approbation de l'accord²³⁵ qui doivent être soumise au comité avec une proposition d'accord pour le port d'embryons, un avis médical concernant l'incapacité de la mère à concevoir et à mener une grossesse, ou qu'une grossesse peut sérieusement mettre en danger sa santé, un avis médical concernant la conformité du processus de chacune des parties à l'entente, une évaluation psychologique de l'aptitude de chacune des parties à l'accord, la confirmation par

²³⁴ Article 3 *Embryo carrying agreement 1996*

²³⁵ *Ibid.*, Article 4

un psychologue ou un assistant social que les parents visés ont reçu un conseil professionnel approprié, y compris d'autres options parentales. Le comité d'approbation examine les documents soumis conformément et les parties à l'accord sont entendues. Le comité a également le droit d'exiger toute information complémentaire et d'entendre toute autre personne comme bon lui semble.

Le comité approuve s'il est satisfait que toutes les conditions suivantes aient été remplies ; que toutes les parties ont convenu de cet accord avec consentement²³⁶ libre et comprendre sa signification ainsi que ces conséquences, ne pas nuire à la santé de la mère porteuse ou à la sécurité de l'enfant à naître pour garantir les droits de l'enfant ou de l'une des parties. Lorsque le comité d'approbation approuve un accord de port d'embryon, les parties le signent devant lui, et toute modification de l'accord nécessite l'approbation du comité. Celui-ci peut à nouveau discuter du consentement qu'il a donné s'il y a eu un changement de circonstances ou de conditions qui ont servi de base à sa décision, et aussi longtemps que l'ovule fécondé n'a pas été implanté chez la mère porteuse.

Le comité d'approbation approuve les conditions de l'accord concernant les paiements mensuels relatifs aux dépenses²³⁷ réelles impliquées dans l'exécution du contrat, y compris les frais de conseil juridique et d'assurance, les indemnités de souffrance, perte de temps, perte de revenu temporaire ou de perte de gain ou toute autre compensation raisonnable. La fécondation²³⁸ in vitro ne s'effectuant que dans un service reconnu et sur la base d'un accord de port d'embryons approuvé.

Un chapitre est consacré au statut de l'enfant²³⁹, notamment à la grossesse et à la naissance d'un enfant né d'un accord portant sur un fœtus.

Les deux parties doivent informer l'assistant social sur le lieu de naissance ainsi que le terme prévu à la fin du cinquième mois de grossesse²⁴⁰, depuis l'amendement de 2010, dans les vingt-

²³⁶ Article 5 *Embryo carrying agreement 1996*

²³⁷ *Ibid.*, Article 6

²³⁸ *Ibid.*, Article 7

²³⁹ *Ibid.*, Article 8

²⁴⁰ *Ibid.*, Article 9

quatre heures qui suivent l'accouchement, la mère porteuse ou les parents désignés doivent informer l'assistant social de la naissance de l'enfant selon la loi.

Concernant la tutelle et la remise de l'enfant²⁴¹, dès la naissance, l'enfant sera sous la garde des parents désignés qui seront soumis aux responsabilités et obligations d'un parent envers son enfant. Depuis 2010, un assistant social doit désigner le tuteur exclusif de l'enfant depuis sa naissance jusqu'à la délivrance d'une ordonnance parentale ou pour émettre un autre ordre déterminant le statut de l'enfant. La remise de l'enfant par la mère aux parents d'intention devra se faire en présence d'un assistant social et immédiatement après la naissance, dans la mesure du possible.

Dans les sept jours de la naissance de l'enfant, les parents intentionnels doivent présenter une demande d'ordonnance parentale²⁴². Si les parents désignés n'ont pas soumis une telle demande, celle-ci doit être soumise par un assistant social avec un conseiller juridique.

Depuis 2010, le tribunal doit rendre une ordonnance parentale, après le rapport de l'assistant social lorsque cela est contraire à l'intérêt de l'enfant.

Lors de la délivrance d'une ordonnance parentale²⁴³, les parents sont désignés comme parents et tuteurs exclusifs de l'enfant. L'ordonnance parentale ne déroge pas aux lois d'interdiction et d'autorisation pour les questions de mariage et de divorce. Les parents d'intention sont les véritables parents de l'enfant né, et la garde de l'enfant en cas de divorce ou mariage s'applique selon la loi. En cas de séparation des parents désignés, ceux-ci sont soumis aux mêmes règles de loi que les véritables parents.

Si la mère porteuse se rétracte et demande la garde de l'enfant²⁴⁴, le tribunal n'accordera pas cette demande sauf si après décision de l'assistant social il y a eu un changement de circonstances et que cela ne nuit pas au bien-être de l'enfant. Dès que le tribunal donne l'ordre de parenté aux parents désignés, la rétractation de la mère porteuse n'est plus recevable dès lors que le tribunal donne l'ordre de parenté aux parents désignés. Si le tribunal a accordé la garde de l'enfant à la mère porteuse, il statue sur la mère porteuse comme étant la tutrice de l'enfant et a le droit de

²⁴¹ Article 10 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁴² *Ibid.*, Article 11

²⁴³ *Ibid.*, Article 12

²⁴⁴ *Ibid.*, Article 13

décider dans cette ordonnance parentale du statut de l'enfant dans ces relations avec les parents désignés ou l'un d'entre eux.

Concernant l'ordonnance pour la détermination du statut d'un enfant²⁴⁵, si le tribunal n'a pas donné d'ordonnance parentale et que la mère porteuse a demandé qu'on lui accorde la tutelle de l'enfant, le tribunal statuera sauf si l'assistant social a décidé que cela est nuisible au bien-être de l'enfant.

Si le tribunal n'a pas donné d'ordonnance parentale et que la mère porteuse n'a pas demandé la tutelle sur l'enfant, ou que le tribunal a décidé que cela est contraire au bien de l'enfant, il a droit de statuer toute autre ordonnance parentale pour le meilleur pour l'enfant.

Lorsque le tribunal a rendu une ordonnance²⁴⁶ il peut prescrire le paiement du remboursement des frais à chacune des parties à l'entente.

Lorsque le tribunal a statué cela sera inscrit dans un acte notarié²⁴⁷ par un notaire nommé par le ministre de la Justice.

Les dispositions diverses de la présente loi ou de l'accord portant sur le port d'embryons ne dérogent pas à l'exigence d'un consentement éclairé pour un traitement médical²⁴⁸, ou pour empêcher une femme enceinte de recevoir un traitement médical ou d'accomplir un acte médical selon ses souhaits, y compris l'interruption de la grossesse conformément à la loi pénale, 5737-1977.

La personne qui accomplit l'acte d'implantation²⁴⁹ d'un ovule fécondé dans le but d'amener à la conception et à la remise de l'enfant, et que celui-ci n'est pas conforme aux dispositions de la présente loi ou à l'exécution d'un accord de port d'embryons car non approuvé par le comité d'approbation et aux conditions prescrites. Celui-ci sera passible d'un an d'emprisonnement.

²⁴⁵ Article 14 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁴⁶ *Ibid.*, Article 15

²⁴⁷ *Ibid.*, Article 16

²⁴⁸ *Ibid.*, Article 18

²⁴⁹ *Ibid.*, Article 19

Si une partie à l'accord pour le port d'embryons ou toute autre personne agissant en son nom, reçoit le paiement en argent ou équivalent sans l'approbation du comité, celui-ci est passible d'un emprisonnement d'un an.

Celui qui publie²⁵⁰ sans l'approbation du tribunal, le contenu de l'accord dans les réunions, ou qui donne des documents susceptibles d'amener à la reconnaissance de la mère ou le nom des parents désignés ou celui de l'enfant est passible d'un an d'emprisonnement.

Depuis l'amendement 5771, le ministre de la Santé est responsable et peut prendre des règlements pour sa mise en œuvre²⁵¹, en consultation avec le ministre de la Justice. Le ministre du travail et des affaires sociales sont chargés de l'exécution et peuvent nommer un assistant social en chef aux fins de la présente loi. Les travailleurs sociaux qui doivent agir conformément aux directives du travailleur social en chef, généralement ou pour une question particulière. Si un travailleur social est en désaccord avec les instructions sur une question particulière, le travailleur social en chef doit revenir et décider de la question après consultation des organismes sociaux et autres qu'il juge nécessaire.

Une modification de la loi sur le registre de la population²⁵² - n ° 7 sur cet Entente et statut du nouveau-né) 5756-1966, les renseignements sur l'inscription prescrits dans l'ordonnance doivent être consignés dans le registre. Le ministre de l'Intérieur peut prescrire des dispositions dans les règlements concernant le processus d'inscription, y compris l'inscription temporaire jusqu'à ce qu'un ordre soit émis par le tribunal.

La loi sur la Famille²⁵³ 5755-1995 a été modifié, ainsi que la loi sur l'assurance nationale.

Concernant la loi sur l'assurance nationale²⁵⁴ 5755-1995 les mots adoptant et parent intentionnel se substituent au mot « adoptant »

Concernant les avantages pour les parents adoptifs, la mère d'intention qui est assurée ou l'épouse d'un homme assuré et a qui l'on a remis un enfant sous sa garde perçoit l'allocation de maternité e à compter du jour où elle a reçu l'ordonnance de filiation.

²⁵⁰ Article 19 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁵¹ *Ibid.*, Article 20

²⁵² *Ibid.*, Article 21

²⁵³ *Ibid.*, Article 22

²⁵⁴ *Ibid.*, Article 23

Dans la loi sur l'emploi des femmes²⁵⁵, 5714-1954, le texte suivant est ajouté,

Les dispositions s'appliquent ainsi que les ajustements par le ministre du travail et de la protection sociale à une employée dont l'enfant est sous sa garde en vertu des dispositions de cet accord de maternité de substitution.

Ces vingt-quatre articles sont sources d'interprétations.

A l'analyse de cet article²⁵⁶ premier, on pourrait considérer que la mère porteuse « *qui porte une grossesse pour les parents désignés* » n'est en aucun cas la mère, elle est gestatrice et porte l'enfant qui n'est pas le sien. Dans ce cas la gestation pour autrui est définie au sens strict du terme ; *Les parents désignés* sont les véritables parents qui ont prévu de recourir à une gestation pour autrui. On ne devient plus parents en mettant au monde un enfant mais l'on choisit d'être parents par le recours à une mère porteuse pour la gestation de cet enfant à naître. La mère n'est plus celle qui enfante, qui met au monde un enfant mais celle qui a choisi d'être mère, le père est le conjoint de la mère d'intention. La notion de parenté ici est complètement modifiée et la naissance d'un enfant fait intervenir deux mères, la mère porteuse, la mère d'intention. La présomption de paternité est établie pour le père d'intention dès lors qu'il est marié avec la mère d'intention qui n'a pas mis au monde l'enfant.

La loi emploie le terme « *accord* », et non le terme « *contrat* » ou « *convention* » car un contrat ou une convention avec une mère porteuse pourrait accentuer le fait que l'enfant soit traité comme une marchandise. Le terme « *accord* » ou « *entente* » a une portée plus légère, plus acceptable, que celui de « *contrat* » ou de « *convention* » de mère porteuse.

La loi considère ainsi que c'est un accord entre un futur parent et une mère qui porte le consentement de la mère enceinte par implantation d'un ovule fécondé et portant la grossesse pour les parents visés. La mère porteuse n'est qu'un reflet du consentement de la mère désignée puisqu'elle est désignée « *comme une femme qui porte le consentement de la mère enceinte* ».

L'ovule fécondé provient des gamètes des futurs parents, la mère porteuse est la mère qui porte la grossesse. Le service reconnu est un service reconnu par le directeur général du ministère de la santé pour effectuer des opérations médicales liées à la fécondation in vitro.

Quant aux Proches, ils concernent notamment, La mère, la fille, la petite fille, la sœur, la tante, la cousine qui ne peuvent porter la grossesse pour les parents prévus à l'exception des parents par

²⁵⁵ Article 24 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁵⁶ *Ibid.*, Article 1

adoption. Cela permet d'éviter les liens trop forts qui pourraient s'établir entre les parents d'intention et la mère porteuse, avec des conséquences psychologiques indéniables pour l'enfant, les parents d'intention et la mère porteuse. Cela évite ainsi les problèmes liés à la consanguinité. En évoquant « *le Port d'embryons* », on parle d'embryons, l'enfant est donc déjà conçu, la mère porteuse porte l'enfant. La conception est propre aux parents désignés et la gestation propre à la mère porteuse.

En exigeant que les parties à l'accord²⁵⁷ soient des résidents adultes israéliens, le gouvernement israélien veut éviter le tourisme procréatif.

Les conditions de validité de cet « *accord pour port d'embryons* » sont ainsi définies, la mère porteuse n'est pas mariée avec une possibilité de dérogation et n'a pas de lien de parenté avec les parents prévus ; le sperme utilisé pour la fécondation in vitro est celui du père d'intention et l'ovule n'est pas celui de la mère porteuse. Les parents d'intention sont génétiquement les parents de l'enfant ce qui évite toute confusion dans le cas où la mère porteuse ferait don de son ovule.

Ces conditions strictes permettent ainsi d'éviter les liens consanguins avec toutes les conséquences psychologiques, physiques, que cela implique ainsi que le problème religieux potentiel de l'inceste, le souci rabbinique d'éliminer la possibilité de créer des bâtards.

En exigeant dans la loi que la mère porteuse soit de la même religion que la mère désignée, on préserve l'identité juive de l'enfant. En effet, dans la religion juive, le judaïsme se transmet par la mère, si la mère est juive, l'enfant est juif.

L'identité juif de l'enfant est-elle déterminée par la mère porteuse ou la mère d'intention ?

La halakha face à ce problème, accorde une prépondérance à la mère porteuse qui met au monde l'enfant. C'est donc pour cette raison que la mère porteuse doit avoir la même religion que la mère désignée. L'influence religieuse joue un rôle important dans « *cet accord de port d'embryons* ». Dans le judaïsme, l'enfant tient une place importante et la politique nataliste d'Israël joue un rôle majeur dans ces accords de mère porteuse.

Dans ces conditions, l'accent est mis sur le fait que l'ovule fécondé n'appartient en aucun cas à la mère porteuse., il appartient de manière générale à la mère désignée et le sperme au mari de la mère désignée. La génétique dans cet accord est primordiale. Les parents désignés doivent être les parents génétiques de l'enfant, ce qui cantonne la mère porteuse à un rôle de gestatrice.

²⁵⁷ Article 24 *Embryo carrying agreement 1996*

Quant au père d'intention, il est exigé dans la loi que le sperme utilisé provienne de lui. Selon la loi religieuse, l'utilisation d'un sperme de donneur par un couple marié soulève également la possibilité d'adultère²⁵⁸, ceci est basé sur une interdiction lévitique qui interdit à un homme d'implanter sa semence dans la femme de son voisin. Le sperme d'un donneur²⁵⁹ peut être aussi la possibilité d'un inceste par intermariage des enfants du donneur de spermes de différentes mères. L'accord entre une mère porteuse et les parents d'intention peut révéler un déséquilibre entre les différentes parties à l'accord. En effet, la mère porteuse est seule face à deux personnes, les parents désignés, et dans une telle situation ceux-ci pouvant profiter du fait d'être deux pour influencer sur sa décision. C'est un accord qui n'est pas équitable puisqu'il est conclu entre une personne, la mère porteuse, et deux autres personnes, les parents désignés.

« *L'accord de port d'embryons* »²⁶⁰ est très encadré et fait intervenir de nombreux acteurs, les professionnels de santé, des juristes et tout cela sous le contrôle du ministre de la Santé.

Le comité d'approbation sous le contrôle du ministre de la santé doit approuver cet accord et souligne ainsi que le gouvernement israélien accorde une importance capitale dans le traitement de fertilité qui est couvert par l'assurance, ces accords de mère porteuse sont des accords « d'intérêt général » et non privés comme dans de nombreux pays. Le ministre de la Santé contrôle ces accords, la mère porteuse et les parents désignés ne disposent pas de la liberté contractuelle.

La gestation pour autrui est donc encadrée²⁶¹ par les pouvoirs publics, par les professionnels de la santé, par des juristes, et des représentants de religion de chacune des parties et relève donc d'un intérêt général. En effet, Israël est le seul pays à avoir une loi par laquelle le gouvernement approuve et supervise toutes les mères porteuses

Ainsi, les conditions de validité d'un accord²⁶² imposent un consentement libre et éclairé, l'erreur, le dol font parties des vices du consentement du contrat. Tout ce qui peut nuire aux droits de

²⁵⁸ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n°. 1, pp. 43.

²⁵⁹ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.69.

²⁶⁰ Article 3 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁶¹ *Ibid.*, Article 4

²⁶² *Ibid.*, Article 5

l'enfant, ou aux droits de l'une des parties ne sont pas incluses. Les clauses abusives ne font pas parties de l'accord.

On peut alors considérer au vu de ces conditions²⁶³ que l'enfant né de mère porteuse doit être remis aux parents d'intention dans la mesure du possible immédiatement, afin d'éviter l'attachement de la mère porteuse au bébé qu'elle a porté pendant neuf mois. En effet, les liens qui pourraient se développer pendant la grossesse entre la mère porteuse et le bébé ne doivent en aucun cas perdurer après la naissance. Cela évite ainsi les éventuels problèmes liés essentiellement à la rétractation de la mère porteuse qui refuse de remettre l'enfant né aux parents d'intention.

On constate alors que la rétractation²⁶⁴ de la mère porteuse obéit à des conditions strictes tel qu'un changement de circonstances justifiant cette rétractation où l'intérêt supérieur de l'enfant prime. L'ordonnance parentale lorsqu'elle est délivrée aux parents désignés empêche toute rétractation de la mère porteuse. Ces conditions restrictives laissent une faible marge de manœuvre à la mère porteuse pour une éventuelle possibilité de se rétracter.

La condition de parent occupe une place centrale en Israël et les politiques publiques en matière de technologie de procréation assistée révèlent parfaitement les priorités de l'état.

L'intérêt supérieur de l'enfant est donc primordial dans ce processus de gestation pour autrui, Israël a ratifié²⁶⁵ la convention internationale des droits de l'enfant le 03 octobre 1991.

La mère porteuse peut se rétracter s'il y'a eu un changement de circonstances justifiant cette rétractation et toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sous le contrôle du ministre de la Justice²⁶⁶, l'accord sur les mères porteuses est établi dans un registre dans lequel toutes les ordonnances de filiation²⁶⁷ sont entrées. Ces règlements concernant le registre des mères porteuses est similaire à ceux du registre des adoptions et permet ainsi à l'enfant de la mère porteuse de connaître ses origines.

Une audience tenue en vertu de la présente loi se tient à huis clos à moins que le tribunal en décide autrement, le tribunal peut autoriser une ou plusieurs personnes à assister à l'audience, en tout ou en partie.

²⁶³ Article 10 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁶⁴ *Ibid.*, Article 13

²⁶⁵ Nations Unies, disponible sur le site : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr

²⁶⁶ Article 16 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁶⁷ *Ibid.*, Article 17

On constate que les conventions de mère porteuse restent sous l'autorité de l'État. Les pénalités²⁶⁸, lorsque les accords de mère porteuse ne se font pas selon le comité d'approbation et selon la loi risquent de ne pas dissuader les parents qui désirent à tout prix un enfant.

Les parents d'intention devant autant de contraintes peuvent être désireux de passer des accords privés, plus rapides, parfois moins onéreux et pas toujours respectueux des droits de la mère porteuse.

Aujourd'hui, la gestation pour autrui a fait l'objet de deux amendements, l'une élargissant ce processus aux femmes célibataires, l'autre aux couples d'hommes ou hommes célibataires impliquant alors une gestation pour autrui autorisée pour tous (B)

B. Une gestation pour autrui autorisée pour tous

1. Débat pour l'ouverture de ce processus aux couples homosexuels

Dans le rapport Mor-Yosef²⁶⁹, un Conseil public d'évaluation de la législation réglementant la fécondité et l'accouchement en Israël, concernant la GPA interne, l'ouverture aux hommes seuls a fait l'objet de débats en 2012.

Le chef de la communauté médicale Rony Gamzou, le groupe ministériel et le Professeur Shlomo Yossef ont ainsi débattu pour élargir la loi pour les mères porteuses aux femmes et hommes célibataires en 2012. Les membres du comité ont estimé que l'élargissement de la Gestation pour autrui porterait atteintes aux mères porteuses.

Ce comité a souligné la différence fondamentale entre les femmes qui veulent avoir recours à la gestation pour Autrui pour des problèmes de fertilité et les couples homosexuels qui veulent recourir à cette technique de procréation par convenance.

Ainsi si on élargit la Gestation pour autrui aux couples homosexuels, cela se fera au détriment des femmes ayant des problèmes de fertilité. Si on ne limite pas la Gestation pour Autrui, il n'y aura plus assez de mère porteuse. Face à une forte demande, ce sont les plus aisés qui pourront alors avoir recours à cette technique, cela favoriserait ainsi le marché de la procréation. Une forte demande inciterait aussi les femmes à devenir des mères porteuses.

La Commission israélienne qui jusqu'alors avait les capacités de contrôler ce processus, devant cette possibilité de marché procréatif ne serait plus en mesure de l'exercer.

²⁶⁸ Article 19 *Embryo carrying agreement 1996*

²⁶⁹ Rapport Mor Yosef, 2012, disponible sur le site : <https://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>

Le comité recommande alors le recours à la gestation pour autrui au profit des hommes seuls qui s'engageraient avec une personne proche et connue de longue date. Ce principe basé sur l'altruisme éviterait ainsi l'accès à cette technique pour des raisons commerciales. Il s'agirait ici de s'engager avec une personne proche et connue de longue date, ce qui ôterait les craintes de commercialisation.

Pour parer à ce risque de facteur commercial, l'accès à la GPA est interdit aux hommes.

Le comité veut donner la possibilité d'élargir le cercle aux femmes qui ne sont pas mariées et qui ont des problèmes de fertilité.

Le 30 avril 2018 à la Knesset²⁷⁰, le parlement israélien, le comité du travail, du bien-être et de la santé ont débattu sur la maternité de substitution.

Les Représentants du gouvernement, les avocats Metzada Matzlawi du ministère de la justice et Shimrit Cohen-Leshem du ministère de la santé, le vice-ministre de la santé, le député yakov Litzman et le premier ministre Benjamin Netanyahu (Likoud) qui exerce également les fonctions de ministre de la Santé, sont d'avis que les procédures de maternité de substitution devraient être limitées aux questions de santé.

Le gouvernement ne néglige pas les difficultés rencontrées par les hommes célibataires et les couples de même sexe, mais il est difficile de classer cette question en tant que problème médical.

« Ouvrir la maternité de substitution à d'autres personnes peut avoir de graves conséquences, telle que la hausse considérable des prix et une industrie de la procréation » a déclaré Matzlawi.

Le député Yaël allemand (Yesh Atid) a répondu que :

« Toutes les justifications ne sont qu'une excuse pour permettre à un petit groupe de partis religieux et ultra-orthodoxe de décider de ces questions pour tous ».

Il est inacceptable que dans un pays démocratique et respectueux de la loi, les couples fassent l'objet d'une discrimination, simplement parce qu'il s'agit de couples de même sexe »

Tandis que MK Mordhay Yogev a déclaré,

« Vous essayez de changer la nature et de dire des bêtises. Il y a un homme, il y a une femme et il y a une famille juive normative. L'homme a un rôle et la femme a un rôle ».

²⁷⁰ La Knesset (Parlement israélien) disponible sur le site : https://m.Knesset.gov.il/EN/News/PressReleases/.../Pr13847_pg.aspx

Le judaïsme, la moralité humaine et la majorité du peuple juif le croient. Ce n'est pas naturel de donner d'avance des enfants sans père, et nous ne créerons pas une situation dans laquelle une mère fait défaut *a priori* ».

MK Michal Biran (Union sioniste) en réponse à MK Yogev :

« C'est tellement difficile d'écouter vos opinions primitives. La maternité de substitution présente des dangers, mais à côté de cela, il existe une incroyable opportunité de créer des familles ».

MK Meir Cohen (Yesh Atid) considère que :

« Il est regrettable qu'à la Knesset de tous les pays, nous entendions des opinions aussi primitives.

Pourquoi devrions nous séparer certaines populations de la population israélienne en général, car cela est écrit dans la torah ?

Vous pouvez également interpréter différemment ce qui est écrit dans la torah. MK Cohen a également annoncé qu'il s'opposerait à la loi dans son format actuel.

Le président du comité, le député Elie Elalouf (Kulanu), a annoncé qu'il tenterait de convaincre les membres de la coalition d'inclure les couples de même sexe dans la loi aussi.

« Je ferai tout, a-t-il déclaré soulignant toutefois : « Je ne briserai pas la coalition pour cela, et je débattrai de l'adoption de la loi en l'état, afin qu'au moins les femmes ayant des problèmes de santé aient droit à la maternité de substitution ».

La Knesset en juillet 2018 a adopté le projet de loi sur l'extension de la gestation pour autrui « aux femmes célibataires et aux femmes qui ne peuvent pas devenir enceintes pour des raisons médicales ».

Cependant, l'amendement de ce projet de loi étendant le recours à la GPA aux pères célibataires et aux couples homosexuels a été rejeté.

La voix du premier ministre Benjamin Netanyahu en faveur de cette extension aurait contribué à ce revirement.

La nouvelle loi étend donc le droit à la procédure aux femmes célibataires, mais elle autorise aussi la naissance de cinq enfants « par unité familiale » contre deux précédemment. La limite d'âge des mères porteuses a été relevée de « 38 à 39 ans », et une mère porteuse « pourra désormais donner naissance cinq fois (en comptant ses propres enfants) au lieu de quatre ».

Le 22 juillet 2018, des dizaines de milliers d'israéliens ont manifesté contre l'extension du projet de loi sur la gestation pour autrui pour les couples homosexuels.

Le 27 octobre 2018, la modification de la loi sur les accords d'embryons est entrée en vigueur,

autorisant ainsi l'ouverture de la GPA aux femmes célibataires mais pas aux couples de même sexe et aux hommes célibataires.

La Cour suprême a prononcé récemment un arrêt qui invalide la loi, déclarée inconstitutionnelle parce que discriminatoire vis-à-vis des hommes célibataires ainsi que des couples homosexuels, portant atteinte à leur dignité humaine et à leur égal droit à la parentalité²⁷¹. La Cour a enjoint au législateur d'amender la loi dans un délai d'un an, afin d'ouvrir la GPA à tous.

Un nouvel amendement²⁷² de la loi effective en janvier 2022 autorise désormais ce procédé aux couples de même sexe et aux hommes célibataires.

2. Une Gestation pour Autrui ouverte aux mères célibataires ainsi qu'aux couples de même sexe et aux hommes célibataires.

Malgré les manifestations de milliers d'Israéliens revendiquant le droit à la Gestation pour Autrui pour les couples homosexuels, l'amendement de la loi 2018 a admis cette technique de procréation pour les femmes célibataires mais exclut les couples homosexuels.

Le 27 octobre 2018, l'amendement n°2 de la loi sur les Accords de port d'embryons 5778-2018 est entrée en vigueur. Les points principaux de l'amendement sont tels que, même une mère ²⁷³ seule, sans conjoint, peut demander une procédure de gestation pour autrui, à condition que ses ovocytes soient utilisés. (Importance de la connexion génétique avec le bébé né), la procédure de gestation pour autrui inclut jusqu'à six tentatives de fécondation et une mère porteuse peut entamer une procédure de gestation pour autrui si elle n'a pas eu plus de quatre naissances. Celle-ci peut subir trois procédures de gestation, mais pas plus de deux naissances.

Le 31 octobre 2018, à nouveau, à la Knesset²⁷⁴, le projet de loi pour l'élargissement de la gestation pour autrui aux hommes célibataires et aux couples homosexuels a été rejeté. 41 députés ont voté pour et 49 contre.

²⁷¹ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, n°1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

²⁷² Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site: www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

²⁷³ Ministère de la Santé, Recommandations du Comité public d'examen des lois : Régulation de la fertilité et de l'accouchement en Israël, mai 2012, Rapport Mor-Yosef, disponible sur : <https://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>

²⁷⁴ La Knesset disponible sur : <https://m.knesset.gov.il/en/news/pressrelases/.../press111w.aspx>

Le 01 novembre 2018, le premier ministre Benjamin Netanyahu et le député Avi Dichter lors du débat à la Knesset ont discuté de « la discrimination honteuse du gouvernement à l'encontre de la communauté LGBT en ce qui concerne la loi sur la maternité de substitution »

« Je soutiens la maternité de substitution pour la communauté LGBT, mais jusqu'à présent nous n'avons pas la majorité dans la coalition pour faire voter la loi. Quand nous aurons la majorité, adopterons la loi » a déclaré le Premier ministre Benjamin Netanyahu au cours du débat.

« Ce n'est pas une question de droite et de gauche, mais personnelle et humaine » a ajouté le Premier ministre.

« Ma femme et moi avons souvent aidé des hommes et des femmes de la communauté LGBT ».

En 2015, nous avons beaucoup fait pour ceux qui ont été bloqués après le séisme au Népal, dans le but de les amener en sécurité en Israël ».

« J'ai demandé au député Amir Ohana (Likoud) d'élaborer un projet de loi que nous pourrions faire adopter par les partenaires de la coalition et que nous pourrions soumettre au comité ministériel sur la législation le mois prochain », a-t-il ajouté.

« J'ai entendu vos commentaires et vos histoires, et nous nous sommes identifiés à votre désir d'avoir des enfants, d'élever une famille. C'est ce que vous voulez et c'est ce que je veux aussi ».

Malgré l'influence des groupes religieux très présente qui fonde l'interdiction de cette nouvelle technique aux hommes célibataires et aux couples homosexuels, un nouvel amendement effectif en janvier 2022 a ouvert la GPA aux couples de même sexe ainsi qu'aux hommes célibataires.

« Les couples homosexuels²⁷⁵ sont autorisés à recourir à des mères porteuses en Israël pour avoir des enfants, a statué La Cour suprême le 21 juillet, une mesure saluée comme vitale pour l'égalité mais vue par les conservateurs comme érodant les valeurs familiales ».

La Cour suprême avait auparavant prononcé un arrêt qui invalidait la loi, déclarée inconstitutionnelle parce que discriminatoire vis-à-vis des hommes célibataires ainsi que des couples homosexuels, portant atteinte à leur dignité humaine et à leur égal droit à la parentalité²⁷⁶. La Cour avait alors enjoint au législateur d'amender la loi dans un délai d'un an, afin d'ouvrir la GPA à tous.

²⁷⁵ TIBBON (Gali), AFP, Israël : la Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe, publiée le 11 juillet 2021 dans le Journal la Tribune

²⁷⁶ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53, consulté le 10/08/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

Selon la Knesset,²⁷⁷ il n'y a pas de discrimination mais une distinction fondamentale entre les genres, l'homme naturellement ne peut pas porter d'enfant à la différence de la femme. L'extension de la GPA à tous se fera aux dépens des femmes souffrant d'un réel problème médical. Ceci illustre alors les divergences entre le pouvoir législatif et judiciaire. La présidente Esher Hayut dans sa décision a considéré que cette interdiction est contraire aux droits humains. La Cour suprême avait déjà ordonné aux législateurs de mettre fin à la discrimination concernant la GPA dans les douze mois, considérant que l'interdiction de ce recours par les couples homosexuels était inconstitutionnelle. Or les législateurs conservateurs ultra-orthodoxes s'étaient opposés à cela. Le député d'extrême droite Bezalele Smotrich, du parti d'opposition sionisme religieux a considéré cette décision comme « signe d'effondrement de la judéité de l'État d'Israël.

Désormais, pour faire suite à l'arrêt BAGATZ de la Cour suprême²⁷⁸ du 11 juillet 2021, la loi sur les accords pour le portage de fœtus²⁷⁹ (accord et statut du nouveau-né) de 1996 a été à nouveau modifiée, autorisant ainsi l'accès à la GPA aux hommes célibataires ainsi qu'aux couples d'hommes.

« C'est un moment déterminant et historique dans la tendance actuelle à l'égalité de traitement des individus de toute religion, race ou sexe », estime le ministère de la Santé.

Les dispositions de fonds relatives à la loi sur la maternité de substitution ont été modifiées ; Les définitions de « *parents désignés* » et de « *mère célibataire désignée* » à l'article 1 de la loi ont été supprimées, afin que la loi soit interprétée de manière à éviter l'exclusion des hommes célibataires et des couples de même sexe de la maternité de substitution.

Pour l'anthropologue israélienne, Elly Teman²⁸⁰, spécialiste de la gestation pour autrui, l'interdiction de ce processus aux couples homosexuels obligent ceux-ci à se tourner vers l'étranger pour recourir à une mère porteuse. Cela implique alors l'absence de lien entre les parents d'intention et la mère porteuse du fait de la distance. Sans cadre légal, ces mères courent un danger menaçant leur santé et leur état psychologique.

²⁷⁷ *Ibid.*,

²⁷⁸ HCJ 781/15, July 11, 2022

²⁷⁹ Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

²⁸⁰ TEMAN(Elly), POSTEL-VINAY(Olivier)., « Interdire la GPA n'est pas réaliste » en ligne, *Books*, 2018, vol. 88, n°. 3-4, 2018, pp. 47-47, consulté le 10/08/2021.URL : <https://www.cairn.info/magazine-books-2018-3-page-47.htm>

De nombreux parents d'intention israéliens ayant eu recours à la GPA en Inde, au Népal et en Thaïlande ont ainsi fait face à un vide juridique, et n'ont pas été autorisés à ramener les enfants nés en Israël.

« Restreindre la gestation pour autrui aux couples hétérosexuels n'est pas judicieux »²⁸¹.

L'ouverture de la GPA pour tous démontre que le judaïsme accepte de manière générale les progrès de la technique.

Sur quel fondement la gestation pour autrui est-elle interdite en France tandis qu'elle est autorisée en Israël depuis plus de vingt ans ? (**Chapitre II**)

²⁸¹ *Ibid.*,

Chapitre II. Les fondements de la gestation pour autrui

Dans son rapport en 2014, la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la révision des lois de bioéthique²⁸² avait analysé les arguments en faveur et contre la légalisation de la gestation pour autrui. Les risques physiques et psychologiques pour la gestatrice, les risques pour le développement psychologique des enfants, l'aliénation du corps humain, tous ces arguments l'avaient emporté sur les arguments pour la légalisation de la GPA.

Suivant les conclusions de la mission d'information de l'Assemblée nationale, du Conseil d'état, et du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), le parlement avait refusé toute légalisation.

En Israël, bien que la gestation pour autrui soit autorisée²⁸³, les partis religieux ont longtemps faits pression pour interdire cette pratique aux couples homosexuels et aux hommes célibataires.

Malgré une grande adaptation à l'évolution de la société, les partis religieux ont limité de longues années la gestation pour autrui qui n'était alors pas admise pour tous.

La GPA qui réalise un difficile équilibre²⁸⁴ entre le droit israélien et le droit hébraïque sur quel fondement repose-t-elle ?

Plus de vingt ans après la légalisation de la GPA en Israël, cette technique de procréation n'est toujours pas admise en France.

Dans le cas où la France autoriserait cette technique de procréation, il est fort probable qu'elle serait admise pour les femmes célibataires ainsi que pour les hommes et par conséquent pour les couples homosexuels.

Si aujourd'hui l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué par les opposants à la légalisation de la gestation pour autrui, l'interdiction de cette pratique s'appuie aussi sur d'autres fondements.

En France la Gestation pour autrui est interdite car contraire à l'ordre public et l'indisponibilité de l'état des personnes, une interdiction qui relève de divers fondements (**Section 1**), qui s'opposent à ceux invoqués pour l'autorisation en Israël de cette technique de procréation (**Section 2**).

²⁸² Rapport AN n°2405,26 novembre 2014, disponible sur le site de l'Assemblée nationale : www.assemblée-nationale.fr.

²⁸³ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

²⁸⁴ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.141.

Section 1. Les fondements de l'interdiction de la gestation pour autrui en France

En France, l'interdiction de la gestation pour autrui est fondée sur des principes moraux (§1), ainsi que sur de nouveaux fondements (§2)

§1. Les principes moraux de l'interdiction de la GPA

La gestation pour autrui est contraire à la religion qui protège la dignité de la personne(A), une dignité inscrite dans la loi et la constitution (B)

A. Le Fondement religieux

La maîtrise de la vie à qui appartient elle ? relève-t-elle du divin, de l'État, du législateur ?

Selon le Doyen Carbonnier, « *Le droit n'est jamais qu'une intégration, en partie inconsciente, des préceptes religieux* »²⁸⁵.

Cela s'applique-t-il alors dans l'élaboration des lois bioéthiques et plus spécifiquement à l'AMP ?

L'église catholique²⁸⁶ tient-elle une place prédominante dans les débats sur les lois bioéthiques et l'accès à l'AMP dans un État laïque, républicain et démocratique comme la France ?

Peut-il y'avoir une insertion de la religion dans le droit pour ce qui est du droit positif d'un État laïque ?

La religion²⁸⁷ reste présente dans les débats précédant l'élaboration des normes juridiques bien que la loi de 1905 exige que l'État ne reconnaisse ni ne subventionne aucun culte ainsi qu'elle impose une stricte séparation sur les plans juridiques et politiques entre l'État et les religions.

« *La loi est l'expression de la volonté générale et la manifestation de la souveraineté de l'État et de l'application stricte de la laïcité* »²⁸⁸.

L'intervention de l'église dans les réflexions sur l'AMP correspond -il à « *une négociation raisonnée* » entre l'église et l'État ?

Selon l'église depuis 1987, « *La maternité de substitution représente un manquement objectif aux obligations de l'amour maternel, de la fidélité conjugale et de la maternité responsable ; elle offense la dignité de l'enfant et son*

²⁸⁵ BARBIER(Laura)., « L'assistance médicale à la procréation (l'AMP), un enjeu de société entre droit et religion » in Mouannès (Hiam), *La territorialité de la laïcité* [en ligne], Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole,2018[consulté le 27/12/2012]. Disponible sur : books.openedition.org/putc/5753

²⁸⁶ *Ibid.*,

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*,

droit à être conçu, porté, mis au monde et éduqué par ses propres parents ; elle instaure, au détriment des familles, une division entre les éléments physiques, psychiques et moraux qui les constituent »²⁸⁹.

Pour la religion catholique l'acte sexuel a une double vocation, la procréation et l'union des époux. Selon l'église, la gestation pour autrui ne tient pas compte des liens créés lors de la période intra-utérine entre la femme enceinte et l'enfant et conduit à l'abandon de celui-ci avec les séquelles et difficultés identitaires qui en seront la conséquence.

La pratique de la GPA fait courir à la mère porteuse, en sus des risques médicaux inhérents à la grossesse, des risques psychologiques importants.

Le Comité protestant évangélique²⁹⁰ dénonce la GPA au nom de la dignité humaine. Cette association estime dans un rapport remis le 30 juin 2020 au comité des droits de l'enfant de l'ONU que « *la gestation pour autrui s'avère à la fois banalisée et tolérée en France, bien qu'interdite par la loi* », quelques jours avant que la Commission n'examine le projet de loi relatif à la bioéthique relatif à l'élargissement de la procréation médicalement assistée aux femmes seules et aux couples de femme.

La GPA est considérée comme « *une atteinte grave aux droits de l'enfant qui s'apparente à un trafic d'êtres humains à l'échelle mondiale avec des implications sur le territoire français* ».

B. L'atteinte à la dignité, principal fondement de l'interdiction de la gestation pour autrui

Les opposants et partisans de la GPA se fondent sur le respect de la dignité. La sauvegarde de la dignité humaine constitue un principe du droit national et international. La déclaration universelle des droits de l'homme commence par cette affirmation,

« Il y'a une dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ».

Le Conseil Constitutionnel²⁹¹ a reconnu que la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle. Le droit de tout être humain à être traité avec dignité humaine est un principe intangible incontestable.

La loi²⁹² interdit toute atteinte à la dignité, elle garantit le respect du corps et stipule qu'il est inviolable.

²⁸⁹ Conférence des évêques de France, « Gestation pour Autrui », Église catholique en France, le 16 février 2028, disponible sur le site : <https://eglise.catholique.fr/sengager-dans-la-societe/eglise-et-bioethique/comprendre-les-enjeux/452895-gestation-autrui/>

²⁹⁰ AUGUSTINE(Passilly), « Le Comité protestant évangélique pour la dignité humaine dénonce la GPA », Réforme, le 21 juillet 2019, disponible sur le site : <https://www.reforme.net/bioethique/2020/07/21/le-comite-protestant-evangelique-pour-la-dignite-humaine-denonce-la-gpa/>

²⁹¹ Cons. constit., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC ; D. 1995, p.237.

Le corps d'une personne ne peut être aliéné et n'a donc aucune valeur patrimoniale.

L'exposition qui consistait à présenter au public de véritables corps humains dans des postures diverses par le procédé de plastination a été l'occasion de réaffirmer le respect dû au cadavre et le principe de non-commercialité.

Dans un arrêt du 16 septembre 2010²⁹³, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé qu'aux termes de l'article 16-1-1, alinéa 2 du Code civil, « *le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées doivent être traités avec dignité et décence* ».

La dignité fait allusion à la morale dans l'espace juridique et ce au détriment de certaines libertés.

Au nom de la dignité, l'individu est soumis à des choix collectifs et cela malgré son consentement.

Ainsi le Conseil d'État²⁹⁴ a jugé au nom de la dignité, que l'arrêté de police municipale d'un maire interdisant un spectacle de lancer de nains en public était légal, en dépit du consentement du nain concerné. La sauvegarde de la dignité humaine autorise alors les pouvoirs publics à protéger un individu contre lui-même et se définit plus alors comme « le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

La dignité implique la protection de l'individu en général contre certaines dégradations symboliques ou réelles, consenties ou subies, et érige en norme objective le respect de soi. Elle qualifie la personne humaine à la fois comme un individu unique et non interchangeable.

La dignité humaine comme le dit Levains revêt la personne d'une identité absolue, incomparable et unique. Quant à la dignité kantienne elle exige que l'on considère soi-même comme soumis à des exigences morales qui soient raisonnables pour tous et intérieurement contraignantes.

Pour le droit, défendre la dignité humaine consiste à combattre toutes les formes de réification de l'humain.

Pour Philippe Malaurie²⁹⁵, le respect de la dignité humaine est une règle de droit qui se différencie des autres. Les droits et les libertés que reconnaît la loi ne sont jamais des règles absolues en raison de leur conciliation avec les droits et les libertés des autres. Ainsi la liberté d'expression doit se concilier avec le respect de la vie privée ou le droit à l'image selon une jurisprudence abondante.

²⁹² Article 16 du Code civil

²⁹³ Cass., Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-67.456.

²⁹⁴ C.E., Assemblée, « Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995.

²⁹⁵ MALAURIE (Philippe)., « Le droit et l'exigence de dignité », en ligne, *Études*, 2003, vol. 398, n°5, pp. 619-628, consulté le 21/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-etudes-2003-5-page-619.htm>

Pour cet auteur « *aucun droit ni aucune liberté ne sont absolus sauf un, la dignité de la personne humaine, parce qu'est en cause une transcendance ; la transcendance de la personne humaine domine le droit, constitue un principe absolu, transcendantal, auquel aucune règle droite ne pourrait être antinomique* »²⁹⁶.

Cette transcendance est une transcendance dans le droit et une transcendance de la personne.

Les moments terribles de l'histoire humaine ont prouvé que « *les attraites et la force d'un état de droit sans transcendance sont illusoire, fragiles et éphémères* ».

Il y'a aussi transcendance de la personne, perçue comme un être sacré. Cette transcendance est évolutive, l'arrêt du « lancer de nain » en est une illustration. Dans le passé, ce genre de spectacle était fréquent et satisfaisait bon nombre de spectateurs.

Lors de l'arrêt du Conseil d'État²⁹⁷ sur le lancer de nain la haute juridiction estima que cet exercice comportait une entreprise de réification de nature à dévaloriser le nanisme, et plus largement à porter atteinte à la dignité de la personne humaine en utilisant comme un projectile une personne affecté d'un handicap physique. Le fondement pour statuer sur la légalité des mères porteuses est le même. On ne peut louer son corps sans porter atteinte à la dignité humaine.

En France, la loi n°94-654 du 29 juillet 1994²⁹⁸ relative au respect du corps humain interdit explicitement la Gestation pour Autrui.

La Gestation pour autrui n'est pas autorisée car jugée contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français.

Dans le Code civil français, dans son livre 1^{ier}, des personnes, titre 1^{ier} des droits civils, l'article 16 dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Ce principe est renforcé par les articles suivants et notamment, l'article 16-1 qui dispose que, « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

L'article 16-4 du Code civil qui dispose que, « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite* ».

L'article 16-5 du Code civil dispose que, « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ».

²⁹⁶ MALAURIE (Philippe), « Le droit et l'exigence de dignité », en ligne, *Études*, 2003, vol. 398, n° 5, pp. 619-628, consulté le 21/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-etudes-2003-5-page-619.htm>

²⁹⁷ C.E, Assemblée, « Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995.

²⁹⁸ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p.11060.

L'article 16-6 du Code civil dispose que, « *Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa propre personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci* ».

Enfin selon les dispositions de l'article 16-7 du Code civil, « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

Cette loi a ainsi confirmé la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation.

Sur le plan pénal, l'article 227-12 du code pénal punit d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre* »²⁹⁹.

La révision de la loi bioéthique n°2011-814 de 2011³⁰⁰, et la nouvelle loi n°2021-1017 du 2 août 2021³⁰¹ interdisent toujours la GPA.

D'autres fondements sont invoqués à l'appui de l'interdiction de la gestation pour autrui (§2)

§2. Les autres fondements à l'appui de l'interdiction de la gestation pour autrui

L'interdiction de la gestation pour autrui s'appuie aussi sur des arguments philosophiques (A), ainsi que des arguments scientifiques(B)

A. Les arguments philosophiques

Selon la philosophe Sylviane Agacinski³⁰², porter un enfant n'est pas un état détachable de la femme elle-même. Une grossesse ne peut être aliénée, c'est à dire « donner » ou vendue, sans aliéner la personne elle-même. L'enfant, qui est une personne née ne peut pas non plus faire l'objet d'un échange. Robert Badinter désigne la femme qui a voulu un enfant comme la vraie mère.

La philosophe considère que dès lors que l'enfant n'est plus conçu dans le ventre de sa mère et que l'on dénie le titre de mère à la femme qui a porté l'enfant, on fait de la mère porteuse un simple moyen de donner la vie.

Les opposants à la Gestation pour autrui font souvent référence à la philosophie de Kant³⁰³ pour condamner la pratique de la gestation pour autrui, en citant l'impératif pratique,

« *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* ».

²⁹⁹ Article 227-12 du Code pénal

³⁰⁰ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF 8 juill. 2011, p. 11286.

³⁰¹ La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, en ligne, consulté le 20/12/2021. <https://www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma>

³⁰² AGACINSKI(Sylviane), *Corps en miettes*, Flammarion,2013, p.7-10.

³⁰³ Kant (Emmanuel), « Fondements de la métaphysique des mœurs », disponible sur le site : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/fondements-de-la-metaphysique-des-moeurs/2-les-maximes-de-l-imperatif-categorique/>

La philosophe³⁰⁴ affirme que l'on ne peut créer de nouveaux droits quels qu'ils soient au mépris du droit des femmes. Elle dénonce l'émergence d'une industrie procréative et d'un marché qui a terriblement besoin du corps des femmes. L'argument socio-économique revient sans cesse pour montrer que les mères porteuses ont recours à cette pratique uniquement pour des raisons financières. En encourageant le recours à ce mode de procréation³⁰⁵ selon l'expert en bioéthique Pierre-Olivier Arduin, la France ne peut que susciter la mise en place de nouvelles filières d'aliénation du corps des plus pauvres par les plus riches et s'apparente à de l'esclavage.

La gestation pour autrui implique de nombreuses interrogations éthiques. On redoute l'exploitation du corps de la femme, sa réification, tout comme celle de l'enfant à naître qui est considéré comme une chose, une marchandise. La mère porteuse est considérée comme un ventre à louer, l'opération s'analyse en un simple prêt d'un ventre.

Brigitte Feuillet-Liger³⁰⁶, Professeur à la faculté de droit et de science politique de l'université de Rennes considère qu'en distinguant le corps et la personne, on offre la possibilité de réifier ce corps et de s'orienter vers le droit des biens et glisser vers la propriété.

Il n'y a qu'en maintenant le lien entre la personne et le corps que le raisonnement juridique ramène la discussion sur le terrain des personnes et de ses libertés.

« *Ce lien entre la personne et son enveloppe charnelle, substratum de la personne comme l'indiquait excellemment le doyen Carbonnier, semble effectivement indiquer l'impossible patrimonialité du corps, sous peine de générer une patrimonialité de la personne* »³⁰⁷. Les personnes ont des droits sur les choses mais ne peuvent en avoir sur des personnes.

Marie-Anne-Frison-Roche³⁰⁸ considère que la grossesse est un fait qui crée un lien physique, définitif, entre le corps de la femme et celui de l'enfant, lien appelé maternité.

La femme ne dispose pas de son corps, puisque l'enfant qui en sort lui est rattaché, qu'elle le veuille ou non et la séparation entre la mère porteuse et l'enfant peut avoir des conséquences psychologiques dramatiques.

³⁰⁴ AGACINSKI(Sylviane), *Corps en miettes*, Flammarion,2013, p 13-14.

³⁰⁵ *Ibid.*,

³⁰⁶ FEUILLET-LIGER(Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être », in Feuillet-Liger, B. et OKTAY-OZDEMIR, (S), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°17, Bruylant, 2017, p. 385-386.

³⁰⁷ *Ibid.*,

³⁰⁸ FRISON-ROCHE (Marie), « La GPA, ou comment rendre juridiquement disponible les corps des êtres humains par l'élimination de la question », in FEUILLET-Liger (B), et OKTAY- OZDEMIR (S), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°17, Bruylant, 2017, p. 365-366.

Les partisans de la légalisation³⁰⁹ de la GPA se fondent alors tout autant sur un féminisme pragmatique. Une femme stérile peut recourir à la procréation médicalement assistée et bénéficier d'un ovule d'une autre femme. Cette femme bénéficiera alors d'un don d'ovule et pourra porter son enfant. Une femme stérile parce qu'elle ne peut concevoir un enfant ne peut recourir à une mère porteuse. Existe-t-il une cause d'infertilité plus importante qu'une autre ?

La légalisation de la GPA permettrait alors de garantir l'égalité de ces femmes confrontées à différentes causes de stérilité.

Selon la philosophe Sylviane Agacinski³¹⁰, comment peut-on parler d'égalité entre une donneuse d'ovocytes et une mère porteuse qui elle engage tout son corps, sa personne, son intimité, pour autrui. La maternité pour autrui implique une grossesse, la difficulté d'un accouchement sans omettre que la gestation « *c'est un enfant qui est donné et non des cellules* »³¹¹.

La GPA a pour effet de réifier l'enfant qui est considéré comme une chose, une valeur d'échange tout comme la mère porteuse un simple ventre à louer.

Pour ce philosophe³¹², l'usage de l'expression « mère gestationnelle », ou « gestatrice » contribue à secondariser la femme portant un enfant, pour en faire un « sac », une sorte de logement temporaire, simple entrepôt ou stocker l'enfant conçu par d'autres qui en attendront la livraison.

« *La valorisation de la gestation dans le désir de maternité s'accorde mal avec sa banalisation lorsqu'il s'agit de mettre l'utérus d'une femme à la disposition d'autrui* »³¹³.

B. Les arguments scientifiques

Très récemment, en mai 2018, une étude française menée par deux chercheurs de l'Université de Rennes et publiée par le site « the conversation »³¹⁴ a prouvé que les émotions et l'état psychologique de la mère ont un rôle essentiel dans le processus évolutif du fœtus. *In utero*, le fœtus en développement se façonne grâce aux liens tissés dès la conception. On a déjà connaissance que le fœtus peut différencier deux types de sons, celui artificiel, tel que la musique

³⁰⁹ AGACINSKI(Sylviane), *Corps en miettes*, Flammarion, 2013, p.90.

³¹⁰ *Ibid.*, p.101.

³¹¹ *Ibid.*,

³¹² AGACINSKI(Sylviane), *Corps en miettes*, Flammarion,2013, p. 90-91.

³¹³ *Ibid.*, p.90-91

³¹⁴ The conversation, « Dans le ventre de sa mère, le fœtus associe sons et émotions », le 17 mai 2017, disponible sur le site : <https://theconversation.com/dans-le-ventre-de-sa-mere-le-foetus-associe-sons-et-emotions-76633>

et celui naturel tel que la voix de sa mère. A la naissance, la maman est la première personne que rencontre le bébé, une première rencontre essentielle où il est sensible aux marques d'affection.

Cette étude³¹⁵ montre que le ressenti de la mère joue un rôle majeur dans l'évolution du fœtus.

Le premier constat est que le bébé habitué à la voix de la maman et à ses émotions est très réceptif. Pendant neuf mois il vit en harmonie avec sa mère et s'est adapté à son rythme. En fonction des réactions, du comportement psychologique mental et émotionnel de la mère, le bébé n'appréhendera pas de la même manière les différentes étapes de sa vie.

Parler à son enfant *in utero* et se montrer positif pendant la grossesse peut avoir de nombreux bénéfices sur l'accouchement, la mère³¹⁶ en parlant à son enfant peut permettre à l'enfant de venir au monde plus calmement. A la naissance, le bébé doit être rassuré et entendre une voix qui lui est familière. Le « peau à peau » est un moment pour le bébé de retrouver la chaleur et le rythme cardiaque de sa maman qu'il connaît tant, ainsi la coupure nette de la vie intra utérine à extra utérine se fait moins violemment. Les premiers jours tout est étranger pour lui sauf sa maman et si la mère accompagne son enfant durant toute son évolution *in utero*, le comportement du bébé ne sera pas le même.

En cas d'absences d'émotions, quelles seront les conséquences ?

Si la grossesse a été perçue comme étant un instant négatif par la mère, elle sera aussi vécue négativement par le fœtus. Il se peut que l'enfant, après la naissance, associe la voix de sa maman à un sentiment désagréable.

Un enfant porté dans le ventre d'une femme qui ne se considère pas comme une mère empêche-t-il le fœtus de disposer de certaines clés utiles pour son développement ? Quelles sont les autres conséquences ?

L'état émotionnel de la mère a donc un impact crucial pour le fœtus puis sur le comportement et le caractère à venir de l'enfant.

La sénatrice Catherine Tasca³¹⁷ dans le cadre des débats sur la révision des lois de bioéthique justifie son opposition à la gestation en se fondant d'une part sur le lien établi avec l'enfant

³¹⁵ The conversation, « Dans le ventre de sa mère, le fœtus associe sons et émotions », le 17 mai 2017, disponible sur le site : <https://theconversation.com/dans-le-ventre-de-sa-mere-le-foetus-associe-sons-et-emotions-76633>

³¹⁶ *Ibid.*,

³¹⁷ ROMAN(Diane), « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », en ligne, *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n° 2, pp. 191-197, consulté le 20/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-191.htm>

pendant la grossesse qui est inéluctable, et demander à une femme qui a porté cet enfant de le donner est inimaginable et traumatisant.

L'argument biologique est le premier argument de la sénatrice et notamment la période gestationnelle. Cette période établit inévitablement un lien affectif, un lien physiologique entre la mère et l'enfant et la séparation entre la mère porteuse et l'enfant serait violente et aurait alors de graves conséquences.

« En tant que femme et mère, je ne peux pas m'imaginer demander à une femme qui a porté un enfant de me donner celui-ci. C'est un arrachement auquel je ne peux pas souscrire. Toutes celles qui ont eu le bonheur de porter un enfant pendant neuf mois le savent, le lien qui s'établit avec l'enfant est inéluctable »³¹⁸.

L'autorisation de la gestation pour autrui en Israël depuis une loi de 1996 se fonde sur des principes opposés à la France (**Section 2**)

Section 2. Les fondements de la légalisation de la gestation pour autrui en Israël

La gestation pour autrui en Israël est autorisée sur le fondement de la religion et fait partie intégrante de la politique publique (§1) une légalisation faisant l'objet d'une analyse sociologique indispensable pour l'amélioration de la loi sur les Accords et ports d'embryons (§2)

§1. La religion, fondement originel de l'autorisation de la GPA

La gestation pour autrui existe depuis toujours, fondée sur la bible (A) et fait partie intégrante de la politique publique(B)

A. Le Fondement biblique de la Gestation pour Autrui

La légalisation de la Gestation en Israël se fonde sur des principes religieux inscrits dans la Torah, et s'appuie sur une politique nataliste.

Le droit hébraïque³¹⁹ est très prudent quant à l'emploi des techniques médicales de procréation.

³¹⁸ ROMAN(Diane), « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », en ligne, *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n° 2, pp. 191-197, consulté le 20/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-191.htm>

³¹⁹ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit, 2020, p.134.

L'absence de consensus halakhique³²⁰ parmi les décisionnaires concernant la FIV au sein du couple et de surcroît lorsqu'il y'a don de gamètes ou portage d'embryon par autrui explique cette réserve sur ce processus non dénué de conséquences.

En effet, les enfants nés de ces techniques auront à identifier leurs parents, leurs frères et sœurs biologiques et juridiques (halakhiques).

Dans le registre des unions licites et interdites, la filiation halakhique tient une place considérable, si bien que ces enfants ne sont pas reconnus selon des critères sociaux ou éthiques. Les parents d'intention en droit hébraïque ne sont pas les parents légaux³²¹ de l'enfant.

Dans ces configurations parentales complexes, la halakha³²² ne peut être favorable à l'anonymat total du donneur de gamètes mâles ou femelles car selon le droit hébraïque il constitue la source de problèmes conséquents. La parentalité ne peut être établie au détriment de la transparence généalogique obligatoire selon la halakha.

En effet, l'un des risques majeurs de cet anonymat réside dans l'éventualité d'un mariage consanguin³²³ avec sa demi-sœur ou son demi-frère, issu du donneur, et ce à son insu.

Les configurations familiales homosexuelles accentuent alors la complexité de ces situations.

Ces configurations³²⁴ sont « *Absolument antithétiques au modèle familial nucléaire et stable loué par la halakha et la tradition biblique* ».

Malgré ce que dicte la halakha, l'État actuel d'Israël reconnaît la GPA, une pratique fondée sur la bible. En Israël, les mères porteuses ont une existence légale, encadrée par la loi civile et la loi religieuse, la halakha. Le Tribunal rabbinique, très attaché aux écritures, s'est appuyé sur les exemples bibliques.

Dans Le Houmach³²⁵, nom en hébreu pour les cinq livres de Moïse de la Torah il est écrit, dans le premier des cinq livres, Berechit³²⁶ (Genèse) à la parachat Lekh Lekha :

« *Or Sarai, la femme d'Abram ne lui avait pas donné d'enfant. Elle avait une servante égyptienne du nom de Hagar. Et Sarai dit à Abram :*

« *Or voici, Hachem m'a empêché d'enfanter : unis-toi donc à ma servante, peut-être par elle, serai-je construite* ». Et Abram écouta la voix de Sarai.

³²⁰ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.134.

³²¹ *Ibid.*,

³²² *Ibid.*, p.135.

³²³ *Ibid.*,

³²⁴ *Ibid.*, p.137.

³²⁵ Rav N.Sherman, *Le Houmach*, The ArtScroll Series, Edmond Safra,2011

³²⁶ *Genèse* 15.16

Sarai, épouse d'Abram, prît Hagar l'Égyptienne, sa servante, au bout de dix années de séjour d'Abram dans le pays de Canaan, et elle la donna à Abram son époux, pour lui comme épouse.

« Il s'unit à Hagar et elle conçut : Hagar enfanta à Abram, un fils et Abram appela le nom de son fils que Hagar avait enfanté, Ichmael »³²⁷

Ainsi selon le commentateur Rachi³²⁸ il est écrit que,

« Malgré leur richesse spirituelle et les promesses reçues de D', leur stérilité affligeait Abraham et Sara. En effet, s'ils n'avaient pas d'héritiers, leur mission de répandre dans le monde les enseignements de Dieu ne pourrait se poursuivre. Sara, sachant qu'elle était la cause de cette stérilité », a conseillé à Abraham d'épouser sa servante Hagar : elle élèverait le fils qui naitrait de cette union et il serait considéré comme son fils adoptif »³²⁹.

Dans la Parachat Vayetse³³⁰, il est écrit,

Rachel vit qu'elle n'avait pas donné d'enfant à Jacob et Rachel envia sa sœur, elle dit à Jacob, « Donne-moi des enfants sinon je suis morte ! »

La colère de Jacob s'enflamma contre Rachel et il dit : « Suis-je à la place de Dieu qui t'a refusé le fruit des entrailles ? »

Elle dit : « Voici ma servante Bilha, unis-toi à elle afin qu'elle enfante sur mes genoux et que je puisse, moi aussi être construite par elle ».

Elle lui donna sa servante pour femme et Jacob³³¹ s'unit à elle ; Bilha conçut et enfanta un fils à Jacob.

Selon la halakha³³² (loi juive), qui régit les lois du mariage et du divorce pour les juifs en Israël, *« Un homme qui n'a pas d'enfant est considéré comme mort »* et a le droit de divorcer de sa femme s'il n'a pas eu d'enfant dans les dix ans du mariage. Ces références jouent un rôle majeur dans la conscience collective.

On peut noter la forte influence des partis religieux en Israël qui ont longtemps fait pression pour interdire la Gestation pour autrui aux couples homosexuels et aux hommes célibataires.

Malgré une grande adaptation à l'évolution de la société, les partis religieux ont de longues années limité la gestation pour autrui qui n'était alors pas admise pour tous.

³²⁷ Genèse 16

³²⁸ Ibid.,

³²⁹ Ibid.,

³³⁰ Genèse 29.30

³³¹ Genèse 30

³³² ALMOG(Shulamit), BASSAN(Sharon), «the politics of pro and non-reproduction policies in Israel », *Journal of Health & Biomedical Law*,2018, Vol.14, n° 1, p.34-35.

Selon le Doyen Carbonnier³³³, la religion est comme le droit un système normatif. Le pouvoir de la religion est de sacrifier une « *quelconque espèce de règle* ». Les frontières du droit et de la religion sont parfois indécises, « *il est des religions legalistes et des droits religieux. Les deux sociologies peuvent, à l'égal se sentir compétentes* ».

La gestation pour autrui tient une place importante dans la politique publique en Israël.

B. Une politique publique favorisant la GPA

Dans les politiques publiques³³⁴, la condition de parent occupe une place importante. La PMA ou procréation médicalement assistée est une des priorités de l'État. Israël est le seul État qui rembourse les FIV (fécondation in vitro) pour les citoyens âgés de 18 à 45 ans. Le taux de fécondité est deux fois plus élevé en Israël que dans les pays européens.

Les sociétés actuelles appréhendent les innovations scientifiques tel que le diagnostic génétique, le clonage, la recherche des cellules souches. En Israël la mentalité scientifique est différente. Le discours culturel, politique, religieux présente la biotechnologie comme capitale pour la perpétuation de l'existence juive au proche orient.

Les décideurs rabbiniques en tant que gardiens de la loi considèrent ces pratiques scientifiques comme morales.

Dans le judaïsme, les êtres humains sont encouragés à prendre une part active dans la création divine en luttant pour l'améliorer constamment.

Aussi l'analyse sociologique de la GPA en Israël nous paraît-elle nécessaire pour appréhender ce processus de manière pragmatique (§2)

§2. L'analyse sociologique de la GPA en Israël

Selon le Doyen Carbonnier, la différence entre le droit dogmatique et la sociologie du droit ne tient pas à l'objet, « *c'est une différence du point de vue, d'angle de vision, le même objet que le droit analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors, et c'est bien parce qu'elle l'observe du dehors qu'elle le voit comme phénomène, comme extériorité* »³³⁵

³³³ CARBONNIER (jean), *Sociologie juridique*, Puf,1978, p.52.

³³⁴ ALMOG(Shulamit), BASSAN(Sharon), «the politics of pro and non-reproduction policies in Israel », *Journal of Health & Biomedical Law*,2018, Vol.14, n°.1, p.34-35.

³³⁵ *Ibid.*,

Si la sociologie³³⁶ peut être définie comme la « science positive des faits sociaux », la sociologie du droit devrait être une science positive des faits juridiques, les faits juridiques étant une partie des faits sociaux.

« La science du droit positif étudie le droit compris comme droit ; la sociologie du droit étudie le droit compris comme fait. Où se voit confirmé le caractère sociologique et non juridique de la sociologie du droit »³³⁷.

La présence des considérations tenant aux données sociales dans la pratique juridique nous permet-elle d'appréhender la gestation pour autrui de manière pragmatique ?

Comme le souligne Dominique Fenouillet, *« peut-on faire valoir pour leur défense la relativité de la distinction du droit et du fait et la fonction sociale du droit ? »³³⁸*

L'argument sociologique peut-il être considéré comme une *« force vive du droit ? »³³⁹*

L'expérience de la maternité de substitution en Israël démontre-t-elle des failles dans ce processus ?

Le regard que l'on peut porter sur ce processus en œuvre depuis plus de vingt ans, nous permet-il d'appréhender en France la gestation pour autrui d'une façon différente, éventuellement de la tolérer ou vouloir l'autoriser ?

L'approche sociologique de la gestation pour autrui permet alors de mieux appréhender la question.

La gestation pour autrui est fondée sur la bible, pratiquée depuis de longues années en Israël, l'analyse de cette pratique(A) nous permet alors de mettre en avant les éventuels problèmes liés à ce processus (B)

A. La pratique de la GPA en Israël

Le ministère de la santé³⁴⁰ a ainsi répertorié le nombre de demandes d'approbation du port d'embryons. Le nombre de demandes présentées au comité en vue de l'approbation du port d'embryons et du nombre de naissance de 1996 à 2017.

Ce nombre de demande pour l'approbation de maternité de substitution³⁴¹ est largement supérieur au nombre de naissances totales. De 1996 à 2017, 1458 demandes à la commission

³³⁶ BORIS (Barraud), « La sociologie du droit », La recherche juridique, L'Harmattan, 2016, disponible sur le site : <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367772/document>

³³⁷ *Ibid.*,

³³⁸ FENNOUILLET(Dominique), *L'argument sociologique en droit*, pluriel et singularité, thèmes, commentaires &actes, Dalloz, 2015.

³³⁹ *Ibid.*,

³⁴⁰ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

d'approbation ont été répertoriées et seulement 823 naissances ont été recensées sur ces 1458 demandes. Les nombreuses conditions requises pour avoir droit à cette technique de procréation sont assez strictes et contraignantes ce qui explique la différence significative entre les demandes et les naissances. De nombreuses fécondations *in vitro* aussi n'aboutissent pas toujours et sont vouées à l'échec ce qui explique aussi cette différence.

De 1996 à 2017, 823 naissances nées de mère porteuse ont été recensées, avec 153 naissances gémellaires et 2 triplés. En 2017 on note 104 enfants nés de mère porteuse, en 2000, 20 naissances.

Au cours de ces années, il y a eu 193 naissances et 231 enfants nés de mère porteuse en Israël.

La gestation pour autrui est une technique de plus en plus utilisée, l'évolution des mœurs ainsi que de la technique vont de pair avec cette procréation médicalement assistée.

Concernant le profil de la mère porteuse, notamment l'âge, l'éducation et son état civil, 47% des mères porteuses sont âgées de 31 à 35 ans, 23% ont entre 36 à 39 ans, 23% sont âgées de 26 à 30 ans, 7% de 22 à 25 ans.

Quant au Niveau social des mères porteuses, 32% sont titulaires d'un diplôme universitaire, dont 9% ont une maîtrise et un doctorat, 59% ont terminé 10-13 années de scolarité, 8% dispose d'un certificat professionnel, 1% inconnu.

Concernant la situation maritale de la mère porteuse on constate que 65% de ces mères sont mariées, 35% sont célibataires ou divorcées. On constate alors que les mères porteuses sont en majorité d'âge mature pour s'investir dans cette maternité, et qu'elles ont un niveau d'éducation tel que l'argent ne doit pas être la principale motivation.

Malgré la règle selon laquelle la mère porteuse ne doit pas être mariée, une majorité de femmes porteuses le sont, ainsi le comité d'exception qui accepte restrictivement les mères porteuses mariées semble assouplir ces conditions.

L'association féministe à Haïfa, Isha L'Isha³⁴² (Woman to Woman) qui consacre des sujets de société concernant les femmes, telle que la justice, la prostitution, s'est intéressée à la GPA.

En 2010, l'association a publié un rapport³⁴³ d'état des lieux de la GPA en Israël, présenté par Nuphar Lipkin et Eti Samama.

Une étude a été menée sur la maternité de substitution en Israël et leurs résultats de 1996 à 2009.

³⁴¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

³⁴² ISRAEL, Status report 2010 and Proposals for Legislative Amendment, disponible sur: http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

³⁴³ ISRAEL, Status report 2010 and Proposals for Legislative Amendment, disponible sur: http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

Cette étude est basée sur des informations provenant des demandes auprès du comité d'approbation de la maternité de substitution (655 cas), des informations concernant les parents désignés et les mères porteuses à partir d'un échantillon de ces cas (275 cas), les processus auxquels ils ont participé et une description de leurs expériences (87 personnes interrogées sur environ 110 processus de maternité de substitution).

La recherche comprend des données quantitatives et qualitatives. L'aspect quantitatif est relatif aux cas soumis à la commission sur le processus de maternité de substitution et les aspects socio-économiques, psychologiques et médicaux des participants, ainsi que les résultats du processus de maternité de substitution.

L'aspect qualitatif repose sur les approches et émotions au moyen d'entretiens approfondis avec des dizaines de parents d'intention et de mères porteuses (Samama 2012).

Ces résultats ont montré que bien que satisfaits de la loi³⁴⁴ sur la GPA, 76% des parents et 58 % des mères porteuses ont souhaité des modifications et des améliorations de la loi (Samama 2012).

Les données sur les mères porteuses proviennent d'un échantillon de 275 mères porteuses (sur 655 cas). Au moment de cette recherche, tous les parents israéliens étaient célibataires comme l'exigeait la loi. L'Age moyen de la mère porteuse était de 31 ans, et la plupart des recherches portent sur les femmes enceintes qui ont accouché après un processus de maternité de substitution et ont remis l'enfant aux parents désignés. Il est constaté que moins de 40% des mères porteuses ont accouché.

Dans ces recherches, il n'était pas fait mention de mères porteuses qui ne soient pas tombées enceintes et n'auraient donc pas achevé le processus. Il s'agit d'un groupe important de mères porteuses qui suivent un processus long et exigeant, investissent beaucoup de temps et d'argent, reçoivent un certain nombre de traitements de fertilités et de cycles de FIV, mais ne réussissent pas à obtenir une grossesse ou un accouchement.

Or, les conséquences d'une grossesse non abouti pour une mère porteuse peuvent être préjudiciables pour l'estime de soi. Un bon nombre de mères porteuses ont signalé des avortements antérieurs et certaines ont expliqué que la maternité de substitution était une sorte d'expiation pour les grossesses terminées, ce qui dans le cas de grossesses non réalisées augmentait l'ampleur de la vulnérabilité.

La principale motivation de ces mères porteuses est d'ordre financier (Samama 2002 ; Samama 2012) et 10 % seulement ont déclaré que leurs motivations étaient altruistes ; aucune mère

³⁴⁴ *Ibid.*,

porteuse n'est riche. Il semble que le droit de commettre des actes altruistes et héroïques soit réservé aux femmes pauvres. Les mères porteuses étaient peu susceptibles de prendre en compte le temps écoulé avant leur grossesse et certaines ne recevaient pas de compensation adéquate pour leur temps et leurs souffrances associés à l'autorisation de suppléer, de procédures de diagnostics et des tests médicaux et de traitements de fertilité. Ce comportement pourrait être associé à un niveau social bas de ces mères porteuses.

Le fait que ces femmes³⁴⁵ ne reçoivent ni soutien ni conseils souligne les inégalités sociales constatées dans le processus, selon lequel le corps humain des plus vulnérables est utilisé pour répondre aux besoins des plus nantis en matière de santé.

Le paiement s'élève en moyenne à 120 000 NIS (environ 30 000 USD). Le processus durant 21 mois, la redevance horaire de la mère porteuse est de 8 NIS (2 \$).

Le contrat ne protège pas la mère porteuse contre les dommages résultant de la grossesse et de la naissance, de sorte qu'il n'existe aucune assurance ni compensation financière.

Au moins une des mères³⁴⁶ interrogées dans le cadre de l'enquête a déclaré qu'elle avait subi un avortement en raison d'une anomalie découverte dans le fœtus, qui lui avait causé des lésions irréversibles. Après la procédure médicale, il a été clairement établi qu'elle ne pourrait plus concevoir. Selon la mère porteuse, l'accord qu'elle a signé ne lui donnait droit à aucune compensation financière.

Concernant les parents désignés, les résultats de cette étude montrent que leur âge moyen est l'âge de fécondité (36 à 39 ans), bien que dans quelques cas, ils aient plus de 50 ans. Ils sont majoritairement d'un niveau social plus élevée que les mères porteuses.

Les relations entre les parents et les mères porteuses à intégrer dans une structure globale pour cette section. Presque immédiatement après la naissance, les relations entre les parents d'intention et les mères porteuse ont diminué, et dans la plupart des cas, il y a eu détachement, crise ou simplement amitié lointaine. Les personnes interrogées ont indiqué que l'aspect le plus difficile de la relation s'est produit pendant les traitements de fertilité ou lorsque la fécondation a échoué.

Une autre période que les mères porteuses³⁴⁷ ont qualifiée de difficile est celle qui a suivi la naissance, lorsque les choses sont revenues à la normale et que la mère porteuse et les parents se sont séparés.

³⁴⁵ ISRAEL, Status report 2010 and Proposals for Legislative Amendment, disponible sur: http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

³⁴⁶ *Ibid.*,

³⁴⁷ *Ibid.*,

A ce stade, la mère porteuse devait faire face aux conséquences du processus physiquement, émotionnellement et financièrement, ainsi que pour réagir à la réaction de ses enfants face à l'expérience et à leur séparation du bébé qu'elle avait porté.

Après la signature du contrat³⁴⁸, les différentes parties se lancent dans un processus long et complexe sans accompagnement ni soutien.

Le seul moment où il y a interaction avec les autorités se fait très peu de temps après l'accouchement, lorsque le bébé est officiellement transféré à ses parents. Lorsque le processus ne se termine pas par une naissance, il n'y a aucune réunion avec un responsable ou une entité de supervision après la signature du contrat.

Reconnaître la relation entre les parties nécessiterait une approche différente, une approche réfléchie, respectueuse et peut être une manière d'éviter la coupure très abrupte au stade final, pour le bien de toutes les parties (Samama 2012 ; Teman 2010)

Toutes les disciplines professionnelles traitent de l'attachement naturel entre une femme et son fœtus.

La majorité des mères porteuses en Israël ,74% ont eu un ou deux enfants, âgés en moyenne de huit ans. Plus de la moitié de leurs enfants avaient entre cinq et onze ans, âge auquel il est difficile de comprendre un processus complexe tel que la maternité de substitution.

Des situations complexes exerçant une influence négative sur les enfants tel que la douleur de se séparer du bébé, les longues hospitalisations de la mère porteuse, et la peur des enfants d'être eux aussi donnés comme leur frère ou leur sœur.

Le résultat est tel que sur les 655 dossiers soumis au comité, 207 (32%) naissances³⁴⁹ ont été rapportées. Dans plus de 60% des accords signés, le processus ne s'est pas terminé avec l'accouchement.

B. Les problématiques liées à la GPA

Les conclusions de cette étude³⁵⁰ indiquent que contrairement à ce que le législateur estime, signer un contrat, de manière à ne pas nuire à la mère porteuse et à protéger des droits et à renoncer au bébé ne sont pas les étapes problématiques du processus.

³⁴⁸ *Ibid.*,

³⁴⁹ *Ibid.*,

Les accords prévoyaient souvent des restrictions à la liberté personnelle de la mère porteuse.

Certains accords comprenaient une obligation de ne pas fumer, et dans certains contrats de subir des tests sanguins pour s'assurer que la mère porteuse ne violait pas son engagement.

Certains accords prévoyaient aussi des restrictions à la liberté de circulation. Parfois une clause stipulait que la mère porteuse devait obtenir l'autorisation des futurs parents pour pouvoir quitter le pays pendant la période de traitement jusqu'à la naissance.

Il est difficile d'éviter que la maternité de substitution soit qualifiée de version moderne d'esclavage, une situation que ne pourrions accepter selon Semama.

En Israël, pas une seule mère³⁵¹ n'a refusé de remettre le bébé ni même exprimer le désir de le garder. Beaucoup affirment que l'obtention du consentement du comité est un processus bureaucratique long et fastidieux, sans suivi ni supervision et aucune sanction n'a été définie pour ceux qui enfreignent les conditions de l'accord.

Le recours à la maternité de substitution a augmenté ces dernières années, le coût du processus a corrélativement augmenté en raison de l'écart entre l'offre et la demande.

Cette augmentation a des implications sur le choix des mères porteuses, leur motivation à entamer le processus et leur estime de soi lorsqu'elles se lancent dans le processus.

Il est établi que 60% des mères porteuses³⁵² n'achèvent pas le processus et que la loi n'a défini aucun mécanisme nécessitant une réunion entre elles et les services professionnels, il existe la nécessité d'institutionnaliser un moyen de localiser les mères porteuses et de leur fournir ainsi qu'à leurs enfants des conseils.

L'énergie, la souffrance et les perturbations de la vie quotidienne doivent être prises en compte, même si elles n'ont pas accouché.

La relation difficile entre les parents et les mères porteuses au cours de cette longue période du processus n'est pas supervisée ni accompagnée.

Le Comité³⁵³ supervise l'accord signé et n'a aucune obligation légale de superviser ce long processus. Les services sociaux remettent l'enfant aux parents désignés et font signer une renonciation à la mère porteuse avant de remettre leur rapport au tribunal.

³⁵⁰ ISRAEL, Status report 2010 and Proposals for Legislative Amendment, disponible sur: http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

³⁵¹ *Ibid.*,

³⁵² *Ibid.*,

³⁵³ ISRAEL, Status report 2010 and Proposals for Legislative Amendment, disponible sur: http://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf

La gestation pour autrui nous ramène indéniablement à « *la vie* », donner « *la vie* » par le recours à cette technique de procréation médicalement assistée qui nous interroge alors sur le droit à la vie
(Titre II)

Titre II. Le Droit à la vie-Un Droit

Le droit à la vie est protégé par l'article 6 de la Convention internationale³⁵⁴ des droits de l'enfant de 1989.

« Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie ».

« Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant ».

Ce droit est aussi protégé par l'article 16 du code civil qui dispose :

« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

L'interdiction de la gestation pour autrui contrevient-elle au droit à la vie ?

« Le droit à la vie³⁵⁵ est un droit universellement reconnu pour tous les êtres humains. C'est un droit fondamental qui gouverne tous les autres droits existants. S'il n'y a pas de vie, les autres droits fondamentaux n'ont plus de raison d'exister ».

Le droit à la vie est inhérent à chaque personne et cela implique d'être protégée dès la naissance, de pouvoir vivre et se développer normalement. Est-il possible d'évoquer un droit à la vie alors que l'enfant n'est pas encore né ?

Pour être titulaire de droits et obligations il faut être né vivant et viable. Or, l'interdiction de la gestation pour autrui interdit la conception d'un enfant dont la gestation sera assurée par la mère porteuse. Le droit à la vie est une question postérieure à la naissance et non antérieure. Les droits de l'enfant ne sont donc protégés que lorsque l'interdiction a été contournée et que l'enfant est né.

La gestation pour autrui suscite un grand nombre d'interrogations, l'enfant est au centre de ces interrogations et il est primordial de protéger ces droits en tant que droits fondamentaux.

L'enfant fait l'objet d'une protection générale en tant qu'être humain mais aussi d'une protection spécifique depuis 1989, date de la première convention internationale³⁵⁶ protégeant les droits de l'enfant.

La gestation pour autrui suscite des interrogations quant à la protection de l'enfant, les droits de l'enfant seraient ainsi fragilisés, le désir d'enfant à tout prix nous questionnant sur un droit de l'enfant ou droit à l'enfant (**Chapitre I**) mettant en jeu l'intérêt de l'enfant (**Chapitre II**)

³⁵⁴ La convention internationale des droits de l'enfant disponible sur le site : La convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site : https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

³⁵⁵ Droit à la vie, comprendre le droit à la vie des enfants, disponible sur : <https://www.humanium.org/fr/comprendre-droits-enfant/droit-a-la-vie/>

³⁵⁶ Droit de l'enfant : la CIDE en cinq questions, disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/271821-droits-de-lenfant-les-30-ans-de-la-convention-internationale-cide>

Chapitre I. Droit de l'enfant ou Droit à l'enfant ?

Étymologiquement le terme « enfant »³⁵⁷ vient du latin *infans* qui signifie « celui qui ne parle pas ». Chez les Romains, ce terme désignait l'enfant dès sa naissance, jusqu'à l'âge de 7 ans. Aujourd'hui, l'enfant se définit comme un être humain de sa naissance jusqu'à l'âge adulte.

La convention internationale³⁵⁸ relative aux droits de l'enfant de 1989 définit l'enfant comme, « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

La gestation pour autrui a bouleversé tous les repères. L'enfant est au centre de ce processus et doit faire l'objet d'une protection particulière. Les personnes désirant à tout prix un enfant revendiquent-ils alors implicitement un droit à l'enfant ? Le droit à l'enfant existe-t-il au nom de l'égalité ?

Les droits de l'enfant sont-ils protégés dans le cas de la gestation pour autrui (Section 1), les partisans comme les opposants de la GPA invoquent pour argument le droit à l'enfant (Section 2)

Section 1. Les droits de L'enfant et la gestation pour autrui

De multiples conventions assurent la protection de l'enfant (§1), la gestation pour autrui remettant en question ces protections (§2)

§1. La protection des droits de l'enfant

L'identité de l'enfant est protégée par les conventions internationales, une protection générale (A), évoluant vers une protection spécifique de l'enfant dès 1989(B).

A. La protection générale des droits de l'enfant

Le pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁵⁹ adopté le 16 décembre 1966 et en vigueur le 23 mars 1973, protège, dans son article 17, le droit à la vie privée et est souvent

³⁵⁷ AUDOUARD(Xavier), « Infans, l'enfant, ce qui ne parle pas encore », *Figures de la psychanalyse*, Vol.n°14,2006, p.163-177.

³⁵⁷ *Ibid.*,

³⁵⁸ La convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site : https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

invoqué dans les cas de recherche d'origine. Le droit de connaître ces origines est une composante importante du droit à la vie privée, l'article 24 dispose³⁶⁰ ainsi que,

1 « *Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'état, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.*2 « *Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.*3. « *Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité* ».

Aussi, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 04 novembre 1950 protège les droits humains.

L'article 8 de la Convention ne protège pas expressément le droit à l'identité des individus. Néanmoins, interprété de manière large et sans définition exhaustive, il recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut parfois englober les aspects de l'identité physique et sociale d'un individu.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶¹ (CEDH) proclame le droit de toute personne au respect « *de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » mais organise un régime de restrictions si celles-ci sont « *prévues par la loi* » et « *nécessaires dans une société démocratique* ».

L'article 8 protège le droit au respect de la vie privée et familiale et stipule que ,1 « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*2 « *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 protection de la santé ou de la morale, où à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

La Cour européenne des droits de l'homme se fonde très souvent sur l'article 8 pour revendiquer un droit à une identité, et affirmer l'importance de connaître ses origines.

D'une protection générale des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant est aussi consacré spécifiquement par la Convention internationale de 1989.

³⁵⁹ Préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, disponible sur le site : www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/pacte-international-droits-civils-et-politiques.asp

³⁶⁰ *Ibid.*,

³⁶¹ La convention européenne des droits de l'homme, disponible sur le site : www.cncdh.fr/sites/default/files/cedh_0.pdf

B. Une protection spécifique à l'enfant au nom de l'intérêt de l'enfant

La Convention internationale des droits de l'enfant protège celui-ci au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La déclaration de Genève³⁶² en 1924 au lendemain de la première guerre mondiale a été une première prise en compte des droits de l'enfant., s'ensuit la déclaration des droits de l'enfant en 1959 sous l'influence de l'ONU.

Le 20 novembre 1989 la Convention internationale des droits de l'enfant³⁶³ consacre la reconnaissance de l'intérêt de l'enfant et de ses droits. C'est le premier texte international qui consacre alors les droits fondamentaux de l'enfant. Selon l'article 3 de cette convention internationale,

*« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »*³⁶⁴.

L'article 6 de cette Convention³⁶⁵, consacre le droit inhérent à la vie. Le principe de non-discrimination, le droit à la dignité à travers la protection de l'intégrité physique et mentale sont des droits fondamentaux de l'enfant. Il en est de même des droits civils et politiques, tels que le droit à une identité, le droit à une nationalité....

Outre des droits économiques et sociaux, des droits collectifs, l'enfant a des droits individuels tel que le droit de vivre avec ses parents, le droit à l'éducation ainsi que le droit de bénéficier d'une protection. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 définit l'enfant comme, *« Tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »*³⁶⁶.

Seul instrument international dédié à ces derniers, La Convention repose sur les principes fondamentaux de la non-discrimination³⁶⁷, de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁶⁸, du droit à la vie et

³⁶² Déclaration de Genève, disponible sur le site :

http://ork.lu/files/TextesInternationaux/TL_FR/1924D%C3%A9clarationGen%C3%A8veDroitsEnfantsFR.pdf

³⁶³ Droit de l'enfant : la CIDE en cinq questions, disponible sur : <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/271821-droits-de-lenfant-les-30-ans-de-la-convention-internationale-cide>

³⁶⁴ La Convention internationale des droits de l'enfant disponible sur le site : www.ldh-france.org/1989-

³⁶⁵ *Ibid.*,

³⁶⁶ L'article 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant disponible sur le site :

https://ise.unige.ch/isdd/IMG/pdf/Convention_relative_aux_droits_de_l_enfant.pdf

³⁶⁷ *Ibid.*, Article 2

³⁶⁸ *Ibid.*, Article 3

à la survie³⁶⁹, ainsi que des droits à la participation³⁷⁰. Le droit à la préservation de l'identité est protégé par l'article 8 de la CDE. L'article 7 s'y rapporte aussi, reprenant des composantes essentielles de l'identité.

Selon l'article 7 de cette convention, 1 « *L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* 2 *Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicable en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride* »³⁷¹.

Cet article réaffirme les droits des enfants énoncés dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁷². Le droit de connaître ses parents dans la mesure du possible est nouveau et spécifique à la Convention des droits de l'enfant.

L'article 8 de la CDE retient que,

« 1 *Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom, ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.* 2 *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible* »³⁷³.

L'article 8 inclut le droit à un nom, une nationalité et des relations familiales comme composantes du droit à l'identité, un droit non exhaustif.

Les droits fondamentaux tels que le droit à la vie³⁷⁴, le droit à la santé³⁷⁵ et le droit des enfants en situation de handicap³⁷⁶ sont aussi protégés par la Convention internationale des droits de l'enfant.

Dans le cas de la gestation pour autrui, ces droits fondamentaux sont-ils respectés ?

³⁶⁹ *Ibid.*, Article 6

³⁷⁰ *Ibid.*, Article 12

³⁷¹ La Convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site :

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

³⁷² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disponible sur le site :

<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

³⁷³ La convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site :

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

³⁷⁴ L'article 6 de la Convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site :

https://ise.unige.ch/isdd/IMG/pdf/Convention_relative_aux_droits_de_l_enfant.pdf

³⁷⁵ *Ibid.*, Article 24

³⁷⁶ *Ibid.*, Article 23

§2. La remise en question des droits de l'enfant dans le cas du recours à la GPA

La construction identitaire d'un enfant est essentielle à son équilibre (A), un équilibre remis en question dans le cas du recours à la gestation pour autrui (B)

A. La construction identitaire

Le recours à la gestation pour autrui peut fragiliser les droits de l'enfant et notamment son droit à son identité, un droit essentiel pour sa construction.

Qu'est-ce que l'identité ?

Selon la définition du dictionnaire Larousse, l'identité est « *un caractère permanent et fondamental de quelqu'un, d'un groupe, qui fait son individualité, sa singularité* ». C'est un « *ensemble de données de fait et droit qui permettent d'individualiser quelqu'un (date et lieu de naissance, nom, prénom, filiation ...)* »³⁷⁷.

Chaque personne a le droit d'avoir une identité dès la naissance. « *L'identité d'une personne est l'affirmation de son existence au sein d'une société. C'est également la reconnaissance de son individualité et de ce qui la différencie de ses prochains* »³⁷⁸.

Le droit d'avoir une identité est un droit humain fondamental³⁷⁹ dont chaque personne peut jouir. L'identité, c'est « *le nom, le prénom, la date de naissance, le sexe et la nationalité de la personne* »³⁸⁰.

Le droit à une identité d'une personne implique que celle-ci aura des droits et obligations spécifiques à son statut. Toute personne a le droit d'avoir un nom et un prénom lorsqu'elle naît. Les parents déclarent l'enfant auprès de l'état civil qui reconnaît l'existence officielle de l'enfant. L'enfant enregistré sur les registres d'état civil pourra alors établir sa filiation. Dès sa naissance, l'enfant a le droit à une nationalité. Ainsi, l'identité « *permet l'intégration de chaque enfant au sein de la société* » et permet de « *bénéficier des services sociaux essentiels* »³⁸¹.

L'enfant est doté de sa capacité juridique dès l'enregistrement de sa naissance et l'attribution de sa nationalité. Cela implique alors que l'enfant est officiellement reconnu en tant que membre de la société et titulaire de droits et obligations. Pour construire son avenir, il aura accès alors aux services octroyés par l'État. L'identité apporte une protection juridique spécifique à chaque

³⁷⁷ LAROUSSE, disponible sur : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/identit%C3%A9/41420>

³⁷⁸ Le droit à l'identité, disponible sur : <https://www.humanium.org/fr/comprendre-droits-enfant/droit-a-l-identite/>

³⁷⁹ *Ibid.*,

³⁸⁰ *Ibid.*,

³⁸¹ *Ibid.*,

enfant. Un enfant, c'est un nom, une nationalité, une identité. La construction identitaire³⁸² d'un individu implique le droit fondamental à un nom et à une nationalité.

*« Le nom est une composante centrale de l'identification objective et juridique et de la singularité de la personne. La nationalité quant à elle est liée à l'appartenance d'un individu à un système ou à une société donnée »*³⁸³.

La gestation pour autrui n'est pas seulement une évolution scientifique qui pousse toujours plus loin les limites du réalisable. C'est une démarche qui remet profondément en cause les repères fondamentaux de notre société et qui joue avec des considérations essentielles pour l'individu et son potentiel de développement personnel. La construction identitaire est un processus complexe et fondamental pour l'individu. Ce cheminement se fonde notamment sur des éléments basiques protégés par les instruments internationaux des droits humains, le nom, la nationalité, les relations familiales mais aussi toutes les dimensions de la filiation qui permettent à l'individu d'avoir une base solide pour se définir et se construire³⁸⁴.

La filiation désigne le lien de parenté qui unit les générations entre elles et selon le pédopsychiatre Levy-Soussan, la filiation³⁸⁵ comporte une composante biologique, juridique et psycho-affective. Selon lui, la construction identitaire ou « *l'axe psycho affectif de la filiation* » peut être affectée par l'absence de l'un des piliers de la filiation ou son inadéquation.

La construction identitaire³⁸⁶ implique fondamentalement de savoir d'où l'on vient et d'établir sa filiation biologique. Savoir « *d'où l'on vient* » nous ramène ainsi à nos origines³⁸⁷, Prieur définit l'origine comme « *un processus d'appropriation par l'individu de son histoire, la réécriture de son passé* ». Il est donc fondamental d'avoir accès à tout ce qui constitue nos origines.

L'adoption est révélatrice de l'importance de ses origines et de la construction identitaire. La journaliste Patricia Loison, lors d'une interview accordée au magazine « *Elle* », raconte sa quête d'identité. Enfant adoptée, elle recherchera ses origines après la naissance de son enfant. Son premier livre « *je cherche encore ton nom* »³⁸⁸ relate sa quête en Inde de sa mère biologique. Lors d'une

³⁸² METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p. 46.

³⁸³ *Ibid.*,

³⁸⁴ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p.85

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 28-30.

³⁸⁶ *Ibid.*,

³⁸⁷ *Ibid.*,

³⁸⁸ Interview de Patricia Loison, « A la recherche de cette mère indienne dont on a effacé le nom » réalisé par Catherine Durand, Marie-Claire, disponible sur : <https://www.marieclaire.fr/patricia-loison-livre-interview-adoption,1317977.asp>

interview accordée au magazine Marie Claire³⁸⁹, à la question « où êtes-vous née ? », la journaliste de France 3 répondait « je suis arrivée à l'aéroport d'Orly en 1971 ».

Née de mère inconnue dans un orphelinat de New Delhi et aimée par ces parents adoptifs, elle ne prendra conscience de sa douleur d'abandon qu'à la naissance de sa première fille, une douleur enfouie qui fait surface lorsqu'elle devient mère à son tour. Qui est sa mère ? Quel est son nom ? pourquoi l'a-t-elle abandonnée ? Sans réponse. « Pourtant c'est elle qui m'a faite telle que je suis ; et d'elle j'ignore tout » dit-elle. « Les amours s'ajoutent, ils ne se remplacent pas »³⁹⁰ écrit-elle.

Patricia Loison se décidera sept ans après la naissance de sa fille, fin janvier 2008, de suivre pour LCI le président Nicolas Sarkozy en voyage officiel en Inde et retrouver ses traces.

Son récit sur cette jeune mère indienne « que je n'ai jamais appelée maman et dont on a effacé le nom »³⁹¹, est bouleversant et un rappel pour prendre conscience que l'adoption est « un don et un déchirement », une « douleur qu'il faudra un jour où l'autre apprivoiser ».

La construction identitaire essentielle pour l'équilibre d'un enfant est protégée par de nombreux instruments internationaux. Dans le cas du recours à la gestation pour autrui, cet équilibre est fragilisé (B)

B. L'équilibre personnel de l'enfant remis en question dans le cas de la gestation pour autrui

La naissance d'un enfant par gestation pour autrui soulève des interrogations notamment en ce qui concerne la filiation et les nouvelles formes parentales. Ce processus implique de nombreuses combinaisons³⁹² parentales.

La maternité est dissociée³⁹³, maternité biologique, utérine, socio-affective. Il en est de même de la paternité³⁹⁴ dans le cas d'un don de sperme. Les représentations fondamentales de la parenté et de la filiation sont bouleversées par ces dissociations source de complexité.

Qui est la mère ? la mère génétique, intentionnelle ou la mère gestatrice ? Qui est le père ? Le conjoint de la mère gestatrice, le père intentionnel, le père génétique ?

³⁸⁹ *Ibid.*,

³⁹⁰ *Ibid.*,

³⁹¹ Interview de Patricia Loison, « A la recherche de cette mère indienne dont on a effacé le nom » réalisé par Catherine Durand, Marie-Claire, disponible sur : <https://www.marieclaire.fr/patricia-loison-livre-interview-adoption,1317977.asp>

³⁹² BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>

³⁹³ *Ibid.*,

³⁹⁴ *Ibid.*,

La conception, la mise au monde et l'éducation de l'enfant relevaient des mêmes personnes pendant de nombreuses années et il en est autrement aujourd'hui dans le cas de la gestation pour autrui qui implique une subdivision. « *Quelle filiation instituer face à ces formes de « pluri parentalité » et « pluri corporéité »*³⁹⁵ ?

C'est une question fondamentale et difficile car elle implique de choisir parmi l'un des trois fondements de la filiation que sont la biologie, la volonté et l'affection, pour construire le meilleur lien juridique.

« *La filiation est exprimée dans l'acte de naissance, lequel indique à chacun de qui il est né : les parents sont ainsi ceux dont l'enfant est né, ceux qui ont engendré l'enfant, qui sont à l'origine de la vie de l'enfant* »³⁹⁶.

La procréation « *par intervention des produits du corps de l'un et l'autre sexe* » aboutissant à l'engendrement d'un enfant est la composante biologique. Les nouvelles techniques de procréation et la gestation pour autrui ont subdivisé cette composante biologique.

La reconnaissance, l'adoption, reconnaissance importante au niveau sociologique et philosophique est la composante de la seconde filiation, la filiation juridique.

Enfin, la troisième filiation est une filiation psycho-affective, subjective et permettant de se considérer comme père, mère, fille ou fils.

Dans le cas de la gestation pour autrui, choisir l'un des trois fondements de la filiation au détriment des deux autres conduit alors à un déséquilibre pour la construction identitaire de l'enfant.

« *C'est en procédant à l'intégration des données de la filiation et en se représentant sa filiation par une construction identitaire que l'individu construit son identité personnelle* »³⁹⁷.

Dans le cas spécifique où deux parents de même sexe³⁹⁸ recourent à la gestation pour autrui, l'enfant est dans l'impossibilité de connaître ces origines puisqu'il ne peut être issu de leur union. La filiation, qui permet alors à l'enfant de connaître ses origines, ne joue plus son rôle. L'enfant a besoin de connaître ses origines, pilier fondamental de son équilibre mis à mal en cas de gestation pour autrui.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 225.

³⁹⁶ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, la controverse juridique : après le mariage pour tous, l'enfant pour tous ?* Tèqui, 2014, p.31.

³⁹⁷ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p. 28-30.

³⁹⁸ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, la controverse juridique : après le mariage pour tous, l'enfant pour tous ?* Tèqui, 2014, p.22.

La gestation pour autrui remet en question les éléments fondamentaux que constituent la filiation ou les origines bouleversant la construction identitaire³⁹⁹. Ce processus peut faire intervenir jusqu'à cinq individus. Ainsi la conception d'un enfant né par GPA mettra à contribution les deux parents d'intention, la donneuse d'ovocytes, le donneur de sperme dans le cas d'un double don, et la mère porteuse.

Comment l'enfant peut-il se construire dans cette subdivision des différents acteurs nécessaire à sa conception ?

Pour Caroline Mecary⁴⁰⁰, les règles de la filiation tout comme le droit varient selon l'environnement historique, sociologique, psychologique, ces règles changent, évoluent, une norme nouvelle remplaçant l'ancienne nécessaire aux faits.

« Une perception du monde à un moment donné, dans un espace géographique donnée »⁴⁰¹.

La gestation pour autrui où la filiation biologique est divisée en son aspect génétique et gestationnel est complexe et source de perte de repères et de perturbations pour la construction identitaire de l'enfant. Comment pourra-t-il gérer sa filiation juridique avec les parents d'intention, biologique par la mère porteuse ainsi que génétique en cas de recours à un don de gamètes.

Les repères généalogiques nécessaires à l'identité de l'enfant⁴⁰², selon Aude Mirkovik, sont perturbés, la maternité éclatée entre une mère génitrice, une mère gestatrice et une mère d'intention.

L'enfant né par GPA pourrait-il avoir un lien de filiation avec ces parents d'intention ? lorsque celui-ci revient dans son pays d'origine, pourrait-il avoir une nationalité ? son droit à une vie familiale et normale sera-t-il protégé ?

La pratique de la GPA à l'étranger met en danger les trois composantes essentielles de la construction identitaire de l'enfant que sont le droit à un nom, une nationalité et des relations familiales. L'établissement de la nationalité de l'enfant peut être refusée du fait des différences de législations mises en exergue par le tourisme procréatif, certains pays ne reconnaissant pas les GPA effectuées à l'étranger, les juridictions entrent donc en conflit, entraînant les enfants dans un vide juridique où aucune des nations en cause ne veut lui reconnaître la nationalité.

³⁹⁹ MÉTRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances 2016, p. 43-45.

⁴⁰⁰ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, p.50.

⁴⁰¹ *Ibid.*,

⁴⁰² MÉTRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p. 57-58.

Selon Aude Mirkovic⁴⁰³, le désir d'enfant des parents se fait au détriment des droits de l'enfant, tel que celui de connaître ses parents, d'être élevé par eux dans la mesure du possible. Les parents doivent alors renoncer à leur désir.

En cas de dons de gamètes, le principe de l'anonymat des donneurs⁴⁰⁴ empêche l'enfant d'avoir accès à ses origines et ainsi de se construire.

La nouvelle loi bioéthique⁴⁰⁵ du 2 août 2021 a instauré un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA qui pourront à leur majorité accéder à des données non identifiantes du donneur tel que l'âge, les caractères physiques ou à l'identité du donneur. Le consentement du donneur à la communication de ces données est requis avant de procéder au don. La levée de cet anonymat peut alors rétablir un certain équilibre pour la construction identitaire de l'enfant.

Or selon Aude Mirkovic⁴⁰⁶, la levée de l'anonymat ne serait pas suffisante pour réparer le préjudice d'un enfant qui sera privé de sa filiation biologique bien qu'ayant accès à la connaissance de ces origines.

L'apport de gamètes extérieurs porte atteinte aux droits de l'enfant selon la convention internationale du 20 novembre 1989, notamment en son article 7-1 : l'enfant a « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* »⁴⁰⁷.

Selon cette Convention, l'enfant ne doit pas être privé par la loi de ses parents biologiques, sauf en cas d'impossibilité justifiée par l'intérêt de l'enfant lui-même. Tel est le cas en cas d'accouchement sous X, de délais de prescription en matière de filiation où d'adoption plénière.

L'impossibilité d'avoir accès à des informations médicales pour la santé de l'enfant est aussi problématique. Irène Théry affirme que « *la règle de l'anonymat n'efface pas seulement des noms, des personnes et des actes, elle rend irracontable une histoire* »⁴⁰⁸.

Le droit de la préservation de l'identité d'un enfant né par GPA est source de danger au regard de l'établissement de sa nationalité, de sa filiation, de ses relations familiales, la nouvelle loi bioéthique⁴⁰⁹ en instaurant la levée de l'anonymat réduit ces problèmes identitaires.

⁴⁰³ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, Quel respect pour les droits de l'enfant*, Tèqui, 2016 p. 116.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p.41.

⁴⁰⁵ La loi bioéthique du 2 août 2021, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁴⁰⁶ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, la controverse juridique : après le mariage pour tous, l'enfant pour tous ?* Tèqui, 2014, p.22.

⁴⁰⁷ La Convention internationale des droits de l'enfant disponible sur le site : https://www.diplomatique.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

⁴⁰⁸ THERY (Irène), « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment éthique ? », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), Revue du centre de recherches et d'études sur les droits, Vo. n°3, 2013.

⁴⁰⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

Certains principes de la GPA et certaines pratiques sont ainsi plus problématiques pour le respect du droit de l'enfant et sa construction identitaire, d'autres sont plus tolérables.

Ainsi le principe de la gestation pour autrui commerciale⁴¹⁰ « *déshumanise l'enfant et le transforme en objet de transaction* ». De manière générale, les mères porteuses ne sont rémunérées totalement qu'après la naissance de l'enfant. Lorsque la grossesse est interrompue, les mères porteuses ne perçoivent pas la totalité de leur rémunération. Selon Tobin, cet argument illustre le fait que le transfert de l'enfant est l'objet principal du contrat. La gestation pour autrui commerciale n'est autre qu'une vente d'enfant interdite par de nombreuses conventions internationales.

La gestation dans ce cas est contraire à la dignité, principe essentiel de La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Les droits de l'enfant sont perturbés dans le cas du recours à la gestation pour autrui, le droit à l'identité, le droit d'accès à ces origines ...

Les principales pratiques⁴¹¹ faisant obstacle à la construction identitaire de l'enfant sont le contournement de la loi par les parents d'intention, l'exploitation de la mère porteuse et la non-divulgaration des informations concernant les origines biologiques atténuées par la levée de l'anonymat de la nouvelle loi bioéthique⁴¹² du 2 août 2021.

En cas de GPA effectuée à l'étranger, l'enfant, revenant dans le pays des parents d'intention, pourrait subir un préjudice au regard de l'établissement de la filiation vis-à-vis des parents d'intention, ainsi que de l'établissement de sa nationalité. L'enfant dans certains cas peut être privé de nationalité et contraint de rester dans son pays d'origine. La protection de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux ne sont pas assurés, notamment le droit à la préservation de l'identité de l'enfant avec ses composantes que sont le droit à la nationalité et à la préservation de ses relations familiales, mais aussi le droit d'être élevé par ses parents et le droit de voir son intérêt supérieur protégé.

Les articles 3,4,7 et 8 ne sont pas respectés et l'enfant subit un grave préjudice.

L'exploitation de la mère porteuse est préjudiciable pour les droits de l'enfant. Considérer la mère porteuse comme une personne avec toute la dignité que cela comporte, la reconnaître comme faisant partie de l'histoire de cet enfant conçu, est essentielle pour la construction de celui-ci. Les liens entre les parents d'intention et la mère porteuse augurent de la construction identitaire de l'enfant. La mère porteuse ne doit pas être réduite à un simple ventre à louer, à un intermédiaire

⁴¹⁰ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p. 52.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 68.

⁴¹²La loi bioéthique du 2 août 2021, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

que l'on effacera de sa mémoire une fois l'enfant né, celle-ci doit faire partie de l'histoire de l'enfant et l'équilibre psychique de ce dernier en découlera.

Geneviève Delaisi de Parseval, psychanalyste affirme que, « *lorsqu'il a été commandé dans une usine à bébé où la démarche s'apparente à de la prostitution, les conséquences pour lui sont potentiellement désastreuses* »⁴¹³.

L'impossibilité d'avoir accès à des informations sur les circonstances de sa venue au monde met aussi en danger la construction identitaire de l'enfant. Il en est ainsi de la gestation pour autrui qui peut mettre l'enfant dans une situation conflictuelle.

Selon l'ordre national des médecins⁴¹⁴, de nombreuses difficultés sont susceptibles de se présenter. « *Si l'enfant au terme de cette grossesse présente une quelconque pathologie, qui le prendra en charge si les parents biologiques n'en veulent plus ?* ». Cet enfant risque-t-il alors de se retrouver sans famille ? dans le cas où la mère gestatrice renonce à cet enfant et les parents d'intention aussi, comment pourrait-il construire son identité ? Comment pourrait-il avoir une vie familiale et normale ? Quelle nationalité détiendra-t-il ?

Ces éventuels problèmes liés à la gestation pour autrui fragilisent d'autant plus les droits de l'enfant.

Les droits fondamentaux de l'enfant que sont le droit à la vie⁴¹⁵, le droit à la santé⁴¹⁶, le droit en situation de handicap⁴¹⁷ sont mis à mal en cas de recours à la gestation pour autrui.

En cas de malformation de l'embryon, comment faut-il procéder ? Faut-il protéger la mère porteuse, en évitant un avortement, source de complications pour sa santé ? Protéger les parents d'intention en ne les contraignant pas à élever un enfant en situation de handicap ? Ou alors les contraindre à élever cet enfant qu'ils ont tant désiré ? Comment l'enfant peut-il être protégé dans ce cas ?

Les intérêts de la mère porteuse, des parents d'intention peuvent diverger et l'enfant dans ce conflit peut être en péril lorsque celui-ci naît. Dans le cas d'un avortement, le droit à la vie de cet enfant est malmené. Toutes ces possibilités doivent être appréhendées et la loi doit encadrer les

⁴¹³ MÉTRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p .68.

⁴¹⁴ *Ibid.*,

⁴¹⁵ L'article 6 de la CDE, L'article 6 de la convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site : https://ise.unige.ch/isdd/IMG/pdf/Convention_relative_aux_droits_de_l_enfant.pdf

⁴¹⁶ *Ibid.*, Article 24

⁴¹⁷ *Ibid.*, Article 23

éventuels litiges⁴¹⁸ qui pourraient découler de ce processus de procréation et qui concerne l'enfant à naître.

Ces questions sont essentielles et peuvent amener à des situations dramatiques pour l'enfant à naître, la divergence des intérêts des parties accentuant alors ces situations.

La GPA a des répercussions profondes⁴¹⁹ sur les enfants qui naissent, ces répercussions doivent être appréhendées avant de se retrouver devant les faits accomplis car elles mettent gravement l'enfant en péril. Le tourisme procréatif ne doit pas dicter quoi faire aux États sans prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. Les situations sont complexes et les droits de l'enfant doivent être respectés et cette pratique se doit d'être encadrée pour l'intérêt de l'enfant.

« Il est urgent d'encadrer cette pratique avant que des générations entières d'enfants souffrent des circonstances de leur naissance. Il est nécessaire de redonner leur place centrale et leur voix aux enfants nés de GPA »⁴²⁰.

En Israël, la construction identitaire de l'enfant est moins fragilisée du fait de l'exigence d'un lien génétique de l'un des deux parents avec l'enfant.

La loi originelle⁴²¹ de 1996 sur les Accords de port des embryons (approbation de l'accord et statut du nouveau-né) 5756-1996¹, loi intitulée *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child)* qui autorise la gestation pour autrui aux couples hétérosexuels exige que les gamètes doivent appartenir en générale aux parents d'intention sauf exception.

L'amendement⁴²² de la loi en 2018 autorisant les femmes célibataires à recourir à ce processus exige que l'ovule appartienne à la mère d'intention, aucune exception n'étant permise puisque la filiation paternelle du fait du don de sperme ne pourra être établie. L'enfant conservera alors un lien génétique avec la mère.

L'arrêt « ARAD PINKAS⁴²³ » montre l'importance de cette exigence génétique qui garantit des repères généalogiques à l'enfant pour le bien être de sa construction identitaire.

Dans cette affaire, les requérantes sont des femmes célibataires qui, en raison de problèmes médicaux n'étaient pas en mesure de mener une grossesse ni de donner leurs propres ovules.

⁴¹⁸ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p.87.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*,

⁴²¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁴²² Amendment number 2 to the Agreements Law for the Carriage of Fetuses, 5778-2018, disponible sur le site: www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx

⁴²³ HCJ 781/15 ARAD Pinkas v. committee for Approval of embryo carrying agreements under the embryo carrying agreements law 5756-1996, August 3, 2017

À la suite de l'adoption de la loi de 2018, ces requérantes s'opposaient alors à l'exigence d'un lien génétique dans le processus de maternité de substitution.

La haute Cour de justice a statué et rejeté les arguments relatifs à l'annulation de l'exigence d'un lien génétique dans le processus de gestation pour autrui. « *L'exigence de la loi israélienne d'un lien génétique dans le processus de maternité n'est pas discriminatoire, mais basée sur des considérations pratiques pertinentes* »⁴²⁴.

La principale raison de cette position est la reconnaissance en Israël et dans le monde occidental de l'importance d'un lien génétique entre parents et enfants en général, et de l'importance de ce lien dans le processus de gestation pour autrui en particulier.

La gestation pour autrui fait-elle naître un droit à l'enfant ?

Section 2. Le Droit à L'enfant

La gestation pour autrui a comblé le désir d'enfants de nombreux couples. Ceci nous conduit à nous interroger sur la possible existence d'un droit à l'enfant (§1), difficilement conciliable avec les droits de l'enfant (§2).

§1. Le droit à l'enfant est-il invocable dans le cas de la GPA ?

Qu'elle est la nature du droit à l'enfant ? (A) un droit invocable dans le cas de la gestation pour autrui (B)

A. La nature du droit à l'enfant

Quelle est la nature de ce possible droit à l'enfant ? et son fondement ?

Lors des débats pour l'ouverture de la PMA, un amendement au projet de loi bioéthique a été proposé par le sénat⁴²⁵ afin d'introduire avant l'article 310 du Code civil, un article préliminaire affirmant que « *nul n'a de droit à l'enfant* ».

L'hypothèse d'un « *droit à l'enfant* » est une hypothèse singulière et considérer le droit à l'enfant comme objet « *d'un droit à* » est inconcevable souligne Dominique Fenouillet⁴²⁶.

L'expression « *droit à l'enfant* » résulte de l'apparition de revendications sociales, l'essor des droits fondamentaux, le droit à la vie privée et l'interdiction des discriminations pour l'invocation des

⁴²⁴ HCJ 781/15 ARAD Pinkas v. committee for Approval of embryo carrying agreements under the embryo carrying agreements law 5756-1996, August 3, 2017

⁴²⁵ Amendement au projet de loi bioéthique, disponible sur le site : www.senat.fr/amendements/2020-2021/281/Amdt_141.html

⁴²⁶ FENOUILLET(Dominique), « Rapport de Synthèse », in BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.219.

droits génésiques ainsi que de l'admission jurisprudentielle de l'établissement de la filiation de l'adulte l'ayant conçu irrégulièrement.

Le « *droit à l'enfant* »⁴²⁷ aurait pour but de délégitimer la prise en considération juridique de l'adoption par une personne seule, la gestation pour autrui, et à l'assistance médicale à la procréation par les couples de femmes ; de façon subjective ce droit⁴²⁸ serait ou un droit personnel ou un droit réel. L'enfant n'étant pas une chose il ne saurait être un droit réel. Si ce droit est un droit⁴²⁹ personnel, il faut être en mesure d'identifier un débiteur, les donneurs de gamètes ? les femmes porteuses ? le personnel médical ? l'État ?

Selon Raphaëlle Théry⁴³⁰, le droit à l'enfant ne peut être ni un « *droit liberté* » ni « *un droit créance* ».

Un « *droit liberté* » supposerait que l'État ne pourrait avoir un rôle régulateur, le droit de créance supposerait que l'on exige de l'État de « *nous fournir un enfant à ceux qui en souhaitent un* »

Le droit à l'enfant peut être compris comme le droit de « *se procurer des enfants* »⁴³¹ et dans ce cas l'enfant n'est pas considéré comme une personne. Le droit à l'enfant pour cette philosophe n'existe pas.

Selon Raphaëlle Théry⁴³², l'expression « *droit au mariage* » ne signifie aucunement que chacun a droit à l'obtention d'un époux ou d'une épouse. Plutôt que d'invoquer « *le droit à l'enfant* » le droit à la parenté, le droit d'avoir un enfant ou le droit à la filiation serait plus appropriée.

Ces couples⁴³³ qui ne peuvent pas avoir des enfants mais qui désirent en avoir n'ont pas des motivations plus égoïstes que les couples capables de procréer naturellement.

B. L'invocation du droit à l'enfant dans le cas de la gestation pour autrui

Le « *droit à l'enfant* » est souvent invoqué comme argument par les opposants à la gestation pour autrui. Pour certains la légalisation de la GPA impliquerait « *un Droit à l'enfant* ».

⁴²⁷ THERY(Raphaëlle), « Gestation pour Autrui : Peut-on parler de droit à l'enfant », in BORRILLO(Daniel), PERROUD(Thomas), *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021, p.223.

⁴²⁸ *Ibid.*,

⁴²⁹ *Ibid.*,

⁴³⁰ *Ibid.*, p.226.

⁴³¹ *Ibid.*,

⁴³²THERY(Raphaëlle), « Gestation pour Autrui : Peut-on parler de droit à l'enfant », in BORRILLO(Daniel), PERROUD(Thomas), *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021, p.227.

⁴³³ *Ibid.*,

Selon Caroline Mecary, Plutôt que d'énoncer « *un droit à l'enfant* »⁴³⁴ il serait plus judicieux de parler de la « *liberté de procréer* », « *La décision de fonder une famille est toujours unilatérale, l'enfant n'ayant de fait jamais son mot à dire* »⁴³⁵.

La possibilité aujourd'hui d'ouvrir la procréation médicalement assistée aux couples de femmes implique une assistance médicale sans finalité médicale où il est alors revendiqué que l'ordre juridique accepte de consacrer un « *droit à l'enfant* ». Dans ce cas les parents désirant accéder à cette technique de procréation demandent à la science médicale le moyen d'avoir cet enfant. En acceptant la filiation de cet enfant, l'ordre juridique légitime un droit à l'enfant ou droit à l'accès à l'enfant qui est un désir. La reconnaissance de ce droit imposerait à l'ordre juridique de le satisfaire.

Le droit à l'enfant recouvre le droit à la parenté qui implique le droit de se créer une filiation afin d'acquérir le statut de parent.

Ce désir d'enfant réalisable grâce à la science, permet-il de revendiquer un droit à l'enfant ?

La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a suscité de nouvelles interrogations, notamment sur l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et de la légalisation de la gestation pour autrui aux hommes et aux femmes.

L'assistance médicale à la procréation (AMP) ou PMA autorisée au départ pour les couples hétérosexuels dont la stérilité est médicalement constatée, est aujourd'hui possible pour les couples de femmes et les femmes célibataires par la nouvelle loi bioéthique⁴³⁶ du 2 août 2021.

La revendication des couples homosexuels pour la légalisation de la gestation pour autrui se fait de plus en plus pressante. La gestation pour autrui est revendiquée en majorité par les couples homosexuels, les personnes célibataires, les couples âgées. Le désir d'enfant à tout prix peut-il être considéré comme un droit à l'enfant ? les personnes désirant à tout prix un enfant se tournant vers les pays où la GPA est Légale.

Mais qu'est-ce que le droit à l'enfant ?

Le droit à l'enfant c'est un droit à l'accès à l'enfant, un droit à la parenté. Le droit à la parenté est le droit de créer une filiation avec pour conséquence des droits et des responsabilités en tant que

⁴³⁴ MECARY(Caroline), *PMA et GPA*, que sais- je ,2019, p.110.

⁴³⁵ *Ibid.*,

⁴³⁶ La loi bioéthique du 2 août 2021, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

parent. S'il existe un droit à l'enfant⁴³⁷ celui-ci reposerait sur trois fondements que sont l'égalité, le genre et le droit à une vie familiale et normale. Or ces trois fondements ne sont pas pertinents. Pour ce qui est de l'égalité revendiquée par les homosexuels, celle-ci fait abstraction totale de la différence de sexe entre un homme et une femme nécessaire à la procréation naturelle.

L'égalité revendiquée impose d'ignorer totalement la différence essentielle entre un homme et une femme et donc l'abstraction de « L'identité sexuée » d'un homme et d'une femme.

Au nom de l'égalité, invoquer un droit à l'enfant, c'est alors considérer l'enfant non comme une personne mais une chose. Le second fondement⁴³⁸ qui repose sur « le genre indifférencié » n'est pas plus pertinent que le premier.

Ainsi ne plus faire de différence entre les deux sexes, l'élément naturel et objectif et se fonder sur des notions subjectives est contraire au droit. Les droits fondamentaux, tel que celui d'avoir droit à une vie familiale et normale est revendiqué comme fondement d'un droit à l'enfant.

Or privilégier les parents qui désirent à tout prix un enfant au détriment de la personne de l'enfant, de son identité est contraire à ce droit. Le droit ne jouerait plus son rôle de tiers face à l'enfant obligé de subir le désir de ces parents. Le droit de la filiation serait alors remis en cause.

Ceci est la conclusion à laquelle a abouti un rapport⁴³⁹ intitulé « *Filiation, origine, parentalité, le « droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* » rédigé sous la présidence d'une sociologue. Ce texte propose aussi une égalité entre une filiation biologique et la filiation socio-affective, en levant le principe de l'anonymat ce qui est aujourd'hui le cas avec la nouvelle loi bioéthique⁴⁴⁰ du 2 août 2021.

Le droit à l'enfant est plus un argument en faveur de l'extension de la PMA et de la légalisation de la GPA qu'une prérogative qui se doit d'être reconnue.

A supposer qu'un droit à l'enfant existe ou plutôt un droit à être parent ce droit peut-il se concilier avec les droits de l'enfant ? (§2)

§2. L'impossible conciliation du droit à l'enfant avec les droits de l'enfant

⁴³⁷ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-l'enfant-juin-2017.pdf>

⁴³⁸ *Ibid.*,

⁴³⁹ *Ibid.*,

⁴⁴⁰ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

Le droit à l'enfant et les droits de l'enfant divergent (A) nous questionnant sur l'éventuelle possibilité d'un encadrement de la GPA(B)

A. La divergence entre « le droit à l'enfant » et les droits de l'enfant

Tandis que le possible droit à l'enfant concerne le désir des parents, les droits de l'enfant sont là pour protéger l'intérêt de l'enfant, une fois né. Le développement des nouvelles techniques d'assistance médicale à la procréation a permis d'assouvir le désir d'enfant de nombreux couples. L'adoption de la nouvelle loi bioéthique⁴⁴¹ du 2 août 2021 autorisant la PMA pour les couples de femmes ainsi que les femmes célibataires renforce la revendication des couples homosexuels pour la légalisation de la gestation pour autrui. La gestation pour autrui est revendiquée en majorité par les couples homosexuels, les personnes célibataires, les couples âgés. Le désir d'enfant à tout prix s'est transformé en droit à l'enfant, les personnes désirant à tout prix un enfant se tournant vers les pays où la GPA est légale.

Le droit à l'enfant et le droit de l'enfant s'opposent nécessairement. Le droit à l'enfant où le droit à la parenté est une question antérieure à la naissance mais aussi postérieure.

L'hypothétique « *droit à l'enfant* » doit être appréhendé en amont et en aval. Le droit à l'enfant⁴⁴² en amont est le droit à procréer et implique alors l'élargissement du domaine de l'assistance médicale à la procréation. En aval ce droit implique de faire établir un lien au profit d'un enfant déjà conçu et conduit à instituer un lien issu d'une fraude, source de perturbations quant à la filiation.

Concernant le possible droit à l'enfant en amont, Dominique Fenouillet⁴⁴³ précisait que le cadre actuel légal du Code de la santé publique devrait être préservé et renforcé et que dans le cas contraire cela impliquerait une perte de cohérence du système juridique et l'ouverture d'une boîte de pandore qui risquerait de conduire à la consécration d'un véritable droit à l'enfant déstabilisant la filiation.

Quant à la gestation pour autrui, Anne Gibson⁴⁴⁴ considère qu'elle est contraire aux droits de l'enfant niant sa personnalité du fait de la marchandisation, portant atteinte à l'indisponibilité de son statut voire à une absence de statut, le droit à la santé de l'enfant du fait de l'attachement de l'enfant avec la mère porteuse.

⁴⁴¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁴⁴² FENOUILLET(Dominique), « Rapport de Synthèse », in BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.222.

⁴⁴³ *Ibid.*, p.225.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p.226.

Le droit à l'enfant en aval concerne la filiation à l'égard du parent biologique et du parent d'intention n'ayant pas apporté ses gamètes. A l'égard du parent biologique, la Cour de cassation valide le fait illicite accompli contraire à l'intérêt de l'enfant. Dominique Fenouillet⁴⁴⁵ considère cela regrettable d'autant que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales ne suffit pas à la justifier, la Cour européenne ayant admis⁴⁴⁶ à plusieurs reprises que la réalité biologique n'impose ni d'établir le lien de filiation ni même de garantir à l'enfant l'accès à ses origines personnelles. Quant à la filiation à l'égard du parent d'intention n'ayant pas apporté ses gamètes, la jurisprudence a autorisé le recours à l'adoption.

Selon Nathalie Baillon et Delphine Porcheron cela implique de valider une double fraude⁴⁴⁷, au droit à l'assistance médicale à la procréation et au droit de l'adoption, les conditions de l'adoption internationales risquant d'être transgressées notamment les conditions de consentement et l'absence de contrepartie. La Cour européenne n'imposant point cette solution pas plus que le droit d'adopter dénié par le Conseil constitutionnel, La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation.

Les conditions de droit commun de l'adoption⁴⁴⁸ doivent être respectés. Catherine Labrusse-Riou rappelle que l'égalité impose de refuser la création d'un statut spécial de filiation et que si l'argument de l'égalité des parents d'intention impliquait d'écarter tout le cadre protecteur de l'adoption et rendre effectif la déclaration de parenté, alors le droit à l'enfant annulerait les droits de l'enfant et son intérêt.

L'existence de ce droit se pose une fois l'enfant né car le droit à l'enfant est une question antécédente à la filiation. Les droits de l'enfant sont des prérogatives reconnues à l'enfant capable de se défendre à *minima* par voie de représentation. La balance de ces intérêts s'apprécie devant les juridictions. Seul le législateur peut tenir compte de la question des droits de l'enfant au regard du processus qui porte atteinte à ses droits en amont de sa naissance.

L'enfant⁴⁴⁹ est au cœur du débat de la GPA. L'adoption protège l'enfant en lui offrant la possibilité d'avoir des parents, la GPA crée une parentalité. Le désir d'enfant ne peut légitimer

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p.236.

⁴⁴⁶ FENOUILLET(Dominique), « Rapport de Synthèse », in BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.222.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.237.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.238.

⁴⁴⁹ METRAL(Lorène), *Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui*, Connaissances et savoirs, 2016, p.86.

tous les moyens pour avoir un enfant. Le droit à l'enfant n'existe pas, en revanche les droits de l'enfant doivent être protégés.

B. L'éventuel possibilité d'encadrer cette pratique

Afin d'empêcher toutes les dérives liées à ce désir d'enfant à tout prix, il est impératif d'encadrer cette technique de procréation. Un travail de prévention doit être effectué, un contrôle de ce processus est indispensable.

La GPA a brouillé les repères de la société, les repères identitaires, généalogiques. Le droit doit encadrer ce processus mais dans un même ordre être amené à évoluer. Selon Anne Gibson⁴⁵⁰, le droit pénal devrait être renforcé, la règle de la double incrimination abandonnée pour faire face au tourisme procréatif. D'autres incriminations devraient être créées tel que le crime d'esclavage, la vente d'enfant.

Pour Dominique Sarcelet⁴⁵¹, le droit pénal jouerait un rôle dissuasif réel, comme le démontre le faible nombre de gestation pour autrui pratiquées en France.

Pour Catherine Labrusse -Riou⁴⁵², les sanctions du droit civil et notamment du droit des contrats et de la responsabilité civile pourraient s'appliquer en insérant un nouvel article 311-21 disposant que « *celui qui, en connaissance de cause, participe, à un titre quelconque, à une assistance médicale à la procréation interdite par la loi engage sa responsabilité à l'égard de l'enfant* ».

Pour certains auteurs, une filiation multiple peut être une nouvelle possibilité de reconnaissance. L'engendrement doit être appréhendé comme une seule action « *complexe* » à *plusieurs partenaires, action que l'on peut distinguer en diverses parties et qui s'étend en l'occurrence de la sollicitation d'un don auprès d'un tiers jusqu'à la naissance et à l'inscription de l'enfant dans la filiation* »⁴⁵³.

Le don, la procréation physique, l'inscription de l'enfant dans la filiation ne seraient plus des « *scènes indépendantes* », mais une unique action.

En Israël, l'encadrement de cette pratique passe par l'exigence d'un lien génétique entre l'un des deux parents et l'enfant. La loi originelle⁴⁵⁴ de 1996 autorisait ce processus aux couples

⁴⁵⁰ FENOUILLET(Dominique), « Rapport de Synthèse », in BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018 p.231.

⁴⁵¹ *Ibid.*,

⁴⁵² *Ibid.*,

⁴⁵³ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-l'enfant-juin-2017.pdf>

hétérosexuelles avec pour conditions que l'ovule sauf cas exceptionnel appartienne à la mère d'intention et le sperme au père d'intention. L'amendement de la loi⁴⁵⁵ en 2018 autorise ce processus aux femmes célibataires et couples de femme qui auront obligatoirement recours à un don de sperme et pour conserver un lien génétique avec l'enfant, la loi impose que l'ovule appartienne à la mère d'intention sans exception.

L'élargissement récente de la loi⁴⁵⁶ sur les accords de port d'embryons aux femmes célibataires ainsi qu'aux couples de femmes exige un lien génétique entre la future mère et le nouveau-né.

L'arrêt « ARAD PINKAS »⁴⁵⁷ est révélateur de cette exigence qui restreint et encadre ce processus en Israël.

Dans cette affaire, les requérantes sont des femmes célibataires qui, en raison de problèmes médicaux n'étaient pas en mesure de mener une grossesse ni de donner leurs propres ovules.

À la suite de l'adoption de la loi, ces requérantes s'opposaient alors à l'exigence d'un lien génétique dans le processus de maternité de substitution.

La haute Cour de justice a statué et rejeté les arguments relatifs à l'annulation de l'exigence d'un lien génétique dans le processus de gestation pour autrui. « *L'exigence de la loi israélienne d'un lien génétique dans le processus de maternité n'est pas discriminatoire, mais basée sur des considérations pratiques pertinentes* ».

La principale raison de cette position est la reconnaissance en Israël et dans le monde occidental de l'importance d'un lien génétique entre parents et enfants en général, et de l'importance de ce lien dans le processus de gestation pour autrui en particulier.

Au contraire, l'argument des requérants selon lequel l'exigence d'un lien génétique porte atteinte à leur droit de devenir parents est fondé. La position de la Cour est que la portée du droit de devenir parent s'étend à toutes les différentes techniques médicales d'aide à la procréation, y compris la possibilité de devenir parent par voie de gestation pour autrui.

Toutefois, la Cour a estimé que cette violation était conforme aux conditions de la clause limitative de l'article 8 de la loi fondamentale, dignité humaine et liberté⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁴⁵⁵ Amendment number 2 to the Agreements Law for the Carriage of Fetuses, 5778-2018, disponible sur le site: www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx

⁴⁵⁶ *Ibid.*,

⁴⁵⁷ HCJ 781/15 ARAD Pinkas v. committee for Approval of embryo carrying agreements under the embryo carrying agreements law 5756-1996, August 3, 2017

⁴⁵⁸ *Ibid.*,

Si la gestation pour autrui implique alors de nous interroger sur les droits de l'enfant ainsi que le droit à l'enfant, son intérêt est au cœur de cette technique de procréation médicalement assistée
(Chapitre II)

Chapitre II. L'intérêt de l'enfant

L'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant consacre l'intérêt supérieur de l'enfant et dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

La gestation pour autrui est-elle contraire à l'intérêt de l'enfant ? comment cet intérêt est-il apprécié ?

En France, la gestation pour autrui est contraire à l'ordre public, un ordre public au départ prévalant sur l'intérêt général de l'enfant avec une évolution de cet intérêt apprécié « *in concreto* » au détriment de l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant est une notion floue et ne donne lieu à aucune définition. Les États ayant ratifié la convention ont pour obligation de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant lors de toute prise de décision officielle le concernant. Cette notion d'intérêt supérieur est une notion subjective laissée à l'appréciation des juges et appliquée ainsi au cas par cas.

Comment apprécier l'intérêt de l'enfant ? *In concreto* ? *In abstracto* ?

S'agit-il de l'intérêt de l'enfant en général ou de l'intérêt d'un enfant en particulier ?

Si en France l'interdiction de la gestation pour autrui prévalait sur l'intérêt de l'enfant en général, aujourd'hui cet intérêt apprécié « *in concreto* » porte atteinte à l'effectivité de cette prohibition (Section 1), un intérêt présent en amont et en aval dans le cas d'Israël (Section 2)

Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant

Si l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale (§1) et un des fondements de l'interdiction de la GPA, cet intérêt est apprécié « *in concreto* » (§2) remettant en question l'effectivité de la prohibition de la gestation pour autrui.

§1. L'intérêt de l'enfant comme fondement à l'interdiction de la GPA

L'intérêt de l'enfant sert de fondement à l'interdiction de la GPA (A), un intérêt oscillant entre un ordre public et l'intérêt de l'enfant (B)

A. L'intérêt de l'enfant, un des fondements à l'interdiction de la GPA

En France, la gestation pour autrui étant interdite, deux interprétations sont possibles. Dans le cas d'une protection générale des enfants, ceux-ci seront protégés contre toute forme de marchandisation et il y'aura alors dissuasion de la pratique de la gestation pour autrui.

Dans une autre interprétation, on se focalisera sur l'intérêt de l'enfant en particulier dans l'affaire à juger, l'intérêt⁴⁵⁹ de l'enfant « *in concreto* » protégera l'enfant né de cette pratique et visera à assurer les liens l'unissant à ses parents d'intention. Les enfants concernés sont bien naturellement les enfants issus de la GPA, sans pour autant omettre les enfants de la gestatrice.

Si l'intérêt de l'enfant sert de fondement à l'interdiction de la GPA, alors l'enfant ne devrait pas naître. Pour être titulaire de droits et d'obligations⁴⁶⁰, il faut être sujet de droit et être né. Ainsi l'enfant qui n'est pas né n'est pas titulaire de droit et dans ce cas l'intérêt supérieur de l'enfant doit être protégé une fois l'enfant né.

Peut-on alors parler d'intérêt de l'enfant lorsque l'enfant n'est pas né ? Dans ce cas protéger l'intérêt de l'enfant implique que l'enfant ne naisse pas, or cela contredit le droit à l'existence protégé par l'article 2 de la convention internationale⁴⁶¹ des droits de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant est mis en œuvre lorsque l'enfant est né. Avant la gestation pour autrui, il n'est pas possible d'invoquer cet intérêt, l'enfant n'étant pas encore né. Or, après le recours à la gestation pour autrui selon la mission recherche droit et justice⁴⁶², « *Il est trop tard car il n'existera aucun remède curatif mais uniquement des remèdes palliatifs contre des maux qu'il appartiendra au psychologue d'évaluer. La défense de l'intérêt de l'enfant n'est alors qu'un palliatif à une situation de souffrance potentielle* ».

La GPA est une « grossesse pour abandon »⁴⁶³, la séparation de l'enfant avec la femme est prévue. L'enfant, objet d'un contrat est donné et vendu. Les repères généalogiques nécessaires à l'identité de l'enfant sont perturbés, la maternité éclatée entre une mère génitrice, une mère gestatrice et une mère d'intention. La GPA et l'adoption ne se ressemblent pas car il existe une différence

⁴⁵⁹ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec,2018, p.290.

⁴⁶⁰ FABRE-MAGNAN(Muriel), « Les sujets de droits », *Introduction au droit*, Presse Universitaires de France,2014.

⁴⁶¹ L'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant, disponible sur le site :

https://ise.unige.ch/isdd/IMG/pdf/Convention_relative_aux_droits_de_l_enfant.pdf

⁴⁶² BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne :<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>

⁴⁶³ *Ibid.*,

entre le fait de gérer une situation et celui de la susciter. La gestation pour autrui contrevient aux droits de l'enfant et donc à son intérêt.

Dans les autres cas où tout se passerait comme prévu, l'enfant issu d'une gestation pour autrui est privé d'une des branches de sa filiation, maternelle ou paternelle.

Pendant longtemps, la Cour de cassation prenait en considération l'appréciation « *in abstracto* » de l'intérêt de l'enfant dans le cas de la pratique de la GPA, conformément aux considérations du législateur. Le législateur a pris en compte l'intérêt des enfants « *in abstracto* » et l'intérêt des mères porteuses. La CEDH a d'ailleurs confirmé la vision du législateur français.

La Cour de cassation a eu cette analyse qu'on peut discuter : « *On prend l'intérêt des enfants in abstracto des enfants en général et donc c'est vrai ça le méconnaît peut-être in concreto, mais c'est pour protéger ce qu'on considère comme n'étant pas souhaitable pour les enfants* »⁴⁶⁴.

La Cour de cassation s'est refusée, de nombreuses années, à établir la transcription de la filiation paternelle de l'enfant né à l'étranger par GPA.

En 1991, la cour de cassation avait refusé de faire droit à la demande d'adoption⁴⁶⁵ formée par le conjoint du parent de l'enfant en décidant que : « *L'adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ». En 1994, la Cour de cassation⁴⁶⁶ réitère sa position.

Bien que la Cour européenne fasse valoir désormais l'appréciation « *in concreto* » de l'intérêt de l'enfant, les juges semblent être dans l'embarras car l'application *in concreto* de cet intérêt diverge avec l'ordre public général, un ordre public protégé en cas d'application *in abstracto* de l'intérêt.

⁴⁶⁴ CÔTÉ (Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS (Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.290.

⁴⁶⁵ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE ; Defrénois 1991, 1267, obs. AUBERT ; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER ; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT ; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT ; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

⁴⁶⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, pourvoi n°92-13.563 ; RTD Civ. 1994.842, note de J. HAUSER ; D. 1994.581, note d'Y. CHARTIER ; RTD Civ. 1991.518, note de D. HUET-WEILLER ; J.C.P. G. 1995. I. 22362, note de J. RUBELLIN-DEVICHI ; R.D.S.S. 1995.377, note de F. MONÉGER ; D.1991.380, note de V. LARRIBAUTERNEYRE.

B. La balance entre ordre public général et l'intérêt de l'enfant en particulier

La fonction des juges apparaît délicate. Les juges ressentent une contradiction⁴⁶⁷ intrinsèque à l'objet de leur mission.

« Décider dans les affaires qui leurs sont présentées dans le respect, à la fois des lois et de l'ordre public français et de l'intérêt concret de l'enfant considéré, que la CEDH et la cour de cassation les invitent désormais à prendre en compte ». C'est ce qui se découvre dans l'extrait d'entretien suivant, « C'est compliqué aussi, cette notion de fraude⁴⁶⁸, la cour de cassation dans les arrêts *Mennesson* et la CEDH nous disent :

« Si on pousse le raisonnement il y'a peut-être une fraude, mais la fraude est de moindre importance par rapport à l'intérêt de l'enfant. En fait on nous demande systématiquement de faire la balance entre l'intérêt de l'enfant et l'absence de fraude et le respect de l'ordre public, et c'est vraiment l'injonction contradictoire ne permanence ces dossiers-là ».

Les injonctions contradictoires⁴⁶⁹ entre lesquelles ils sont pris en étau finissent par conduire les juges à se demander si leur rôle est passé du maintien de l'Ordre public à celui de chambre d'enregistrement. Ce malaise est ainsi décrit par un juge du siège en 2015.

L'intérêt de l'enfant⁴⁷⁰, dès lors qu'il est interprété « *in concreto* », est perçu comme l'instrument qui assure la prééminence du fait accompli sur le respect de la règle générale et les juges craignent donc que le recours à l'intérêt de l'enfant entrave leur fonction alors qu'ils ne seraient que le porte-voix des pratiques individuelles. Face à ces situations, les magistrats rencontrés, même si la décision de transcrire ou non l'acte de naissance établi à l'étranger n'est pas de leur ressort, se sont exprimés au sujet de l'établissement de la filiation du parent d'intention, notamment par l'adoption par le conjoint ou la conjointe du père. Une série de questions liées les unes aux autres a émergé lors des entretiens. Notamment, comment faut-il interpréter l'exigence de la conformité à la réalité selon l'article 47 du Code civil pour procéder à la transcription ? De quelle réalité s'agit-il ?

Si l'état civil a été légalement dressé à l'étranger, ne peut-on considérer que sa transcription est conforme à la réalité juridique constituée par l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger ? enfin, le refus de transcrire à l'état civil la parenté d'intention ne s'oppose-t-il pas à l'intérêt supérieur de l'enfant ?

⁴⁶⁷ *Ibid.*,

⁴⁶⁸ CÔTÉ (Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS (Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p. 292.

⁴⁶⁹ *Ibid.*,

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 293-294.

La plupart des magistrats rencontrés qui ont évoqué les décisions récentes les ont interprétées comme une injonction de transcrire la filiation paternelle parce qu'elle est conforme à la réalité biologique, du moins si on suppose que le père est le géniteur, ce dont la démonstration n'était pas en principe exigée, les actes de naissance étrangers établissant parallèlement une parenté d'intention ne sauraient être retranscrits que partiellement, en y retranchant la mention de parent d'intention.

Autrement dit les juges interprètent la notion de réalité mentionnée dans l'article 47 comme la réalité biologique, et non la réalité instituée par le jugement ou l'acte authentique étranger. Le procureur de Nantes, responsable du service central d'état civil dans cette ville, s'exprime sans ambiguïté le 13 novembre 2015 : « *Il y a des questions non tranchées notamment aujourd'hui lorsque l'on parle d'actes de naissance étrangers qui comportent dans leur contenu l'indication du père et de la mère, l'épouse n'ayant pas accouché, nous sommes sur une indication qui n'est pas conforme à la réalité puisqu'en droit de la filiation français est juridiquement considérée comme mère celle qui a accouché. Donc l'épouse qui a demandé à une tierce personne, une autre femme de porter son enfant pour son compte et qui est portée pour autant dans l'acte de naissance étranger n'est pas conforme à la réalité* »⁴⁷¹.

Selon l'enquêtrice⁴⁷² : « *la réalité là est toujours comprise comme la réalité biologique, ce n'est pas la réalité juridique du pays qui a établi l'acte ?* »

Selon le procureur : « *voilà, c'est une double réalité, nous considérons que ça ne correspond pas à la réalité biologique et pas non plus à la réalité juridique française* »⁴⁷³.

De surplus, le procureur de Nantes⁴⁷⁴ explique qu'il fait mener des recherches par les consulats pour connaître le droit local et vérifier que l'acte de naissance rédigé à l'étranger est bien conforme à ce droit.

La condamnation de la France par la CEDH⁴⁷⁵ en 2014 et en 2016 sur le respect du droit à la vie privée et familiale a marqué une évolution décisive dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

⁴⁷¹ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p. 293-294.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 294.

⁴⁷³ *Ibid.*,

⁴⁷⁴ *Ibid.*,

⁴⁷⁵ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé que,

« *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, 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 établi et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ; en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, compte tenu des conséquences de ces restrictions sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants nés d'une convention de mère porteuse, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation, compte tenu du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence* »⁴⁷⁶.

En dépit de la difficile conciliation d'un ordre public général et de l'intérêt de l'enfant, celui-ci est désormais apprécié « *in concreto* » (§2)

§2. L'intérêt de l'enfant apprécié « *in concreto* »

L'évolution progressive de la jurisprudence met en exergue l'appréciation de l'intérêt particulier de l'enfant(A) un intérêt limité par la nouvelle loi bioéthique⁴⁷⁷ du 2 août 2021(B)

A. La prise en compte de l'intérêt particulier de l'enfant

En France, l'intérêt de l'enfant est invoqué pour retranscrire l'état civil d'un enfant né par GPA à l'étranger. L'intérêt de l'enfant impliquant que celui-ci doit vivre avec ces parents d'intention et ne pas subir de préjudice du fait de sa naissance.

Si l'intérêt de l'enfant en Israël est pris en compte dès qu'il naît, en France, au nom de l'interdiction de la gestation pour autrui cet intérêt a longtemps été occulté jusqu'à récemment où il a été la préoccupation principale des juges au détriment de l'ordre public.

Dès la gestation, la relation que tisse l'enfant avec la mère dans son ventre est perturbée. Selon Aude Mirkovik⁴⁷⁸, la relation particulière, privilégiée de l'enfant de la mère *in utero* est perturbée

⁴⁷⁶ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁴⁷⁷ La loi bioéthique du 2 août 2021, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

lors du recours à la gestation pour autrui, au détriment de l'enfant et de la mère gestatrice. Or ce préjudice ne peut être réparé ni par l'adoption, ni par la transcription.

Selon Aude Mirkovic⁴⁷⁹, « *priver une enfant délibérément de sa lignée paternelle ou maternelle est un acte de maltraitance à son égard* ».

Si au nom de l'intérêt de l'enfant, cet enfant est adopté, il sera privé alors d'une partie de sa filiation biologique et subira un préjudice irréparable.

« *Au contraire, une telle décision reviendrait à l'occulter et le valider. Une deuxième femme ne remplacera jamais le père dont l'enfant a été privé, y compris si cette femme adopte l'enfant* ».

De même un second homme ne remplacera jamais la mère dont l'enfant a été privé, quand bien même il l'adopterait. Cette adoption⁴⁸⁰, ne ferait que donner satisfaction aux adultes qui ont ainsi maltraité l'enfant pour satisfaire leur propre désir. L'intérêt de l'enfant pourrait être invoqué ainsi pour régulariser toutes les fraudes dans le cadre de l'adoption internationale et paralyserait les conventions internationales.

Les enfants de la gestatrice⁴⁸¹ peuvent aussi subir un préjudice du fait de leur jeune âge. Ces enfants sont en effet dans l'impossibilité de comprendre que leur mère puisse se séparer d'un bébé qu'ils ont vu grandir dans son ventre. La crainte d'être abandonnés à leur tour par leur mère peut aussi être traumatisante.

L'intérêt de l'enfant « *in concreto* » consacre l'importance du lien biologique de l'enfant avec son père. En France, la transcription de la filiation paternelle en cas de GPA implique que le critère biologique est aussi important. Il en est de même de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸² qui considère comme élément fondamental des droits de l'enfant, la reconnaissance de la filiation paternelle, lorsque le père intentionnel est le père génétique de l'enfant.

⁴⁷⁸ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, la controverse juridique : après le mariage pour tous, l'enfant pour tous* ? Tèqui, 2014, p.293.

⁴⁷⁹ *Ibid.*,

⁴⁸⁰ *Ibid.*,

⁴⁸¹ *Ibid.*,

⁴⁸² CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

En France, le défenseur des droits⁴⁸³, institution indépendante en charge de la défense de l'intérêt des enfants, dont le président est Jacques Toubon, défend explicitement l'intégration juridique des enfants nés par GPA à l'étranger.

En 2015, lors de l'audition par la mission d'information⁴⁸⁴ du sénat consacré aux « PMA et GPA », le président a formulé la nécessité pour ces enfants d'avoir le même lien de filiation établie à l'étranger, filiation à la fois biologique et sociale.

Aujourd'hui la CEDH⁴⁸⁵ prend en compte l'intérêt de l'enfant en particulier.

« Une fois que l'enfant est né, il n'est pour rien sur les circonstances de sa conception » donc « in concreto », il doit avoir un lien de filiation établi.

La Cour de cassation pour donner suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme dans « l'affaire Mennesson » modifia alors sa jurisprudence et autorisa la transcription d'un acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA s'agissant de la paternité génétique.

Par deux arrêts d'Assemblée plénière⁴⁸⁶ en 2015, elle a considéré que la convention de GPA ne fait pas obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité de la conception réalisée.

Par la suite, par trois arrêts⁴⁸⁷ du 5 juillet 2017, la Cour de cassation confirme la transcription de la filiation paternelle génétique mais refuse la transcription de la filiation maternelle.

En effet, elle a jugé que viole l'article 47 du Code civil et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou d'un jugement étranger, que le patrimoine génétique du père a été utilisé ; en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de cet article 47, étant la réalité de

⁴⁸³ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>

⁴⁸⁴ *Ibid.*,

⁴⁸⁵ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p. 291-292.

⁴⁸⁶ Cass., Ass.plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002.

⁴⁸⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.901 et 16-50-025 et pourvoi n°15- 28.597; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; RJPf 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude13, J.-R. BINET ; RJPf 2017-10/24, note de A. FAUTRE-ROBIN ; AJ Fam. 2017.375, note de F. CHÉNEDÉ ; AJ Fam. 2017.431, note de P. SALVAGE-GEREST ; AJ. Fam. 2017. 643 ; Dr. Fam. n°3, mars 2018, chronique 1, V. ÉGÉA.

l'accouchement « *Mater semper certa est* », la Cour considéra que la Cour d'appel qui refusait la transcription de la filiation maternelle d'intention, faisait une exacte application du texte précité, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant.

Toutefois, la Cour de cassation a admis le recours à l'adoption entre les enfants et l'épouse du père⁴⁸⁸, ou époux du père⁴⁸⁹, créant ainsi un lien de filiation à l'égard du second parent.

« Le recours à la GPA ne fait pas obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger lorsque les conditions de l'article 47 sont remplies ni à l'établissement de la filiation paternelle, et qu'enfin 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 »⁴⁹⁰.

Toujours dans le sens d'une évolution, la Cour d'appel⁴⁹¹ dans une décision du 18 septembre 2018 a fait droit à la demande d'adoption plénière par l'époux du père biologique de jumelles nées en 2011 d'une gestation pour autrui effectuée au Canada.

La Cour de cassation⁴⁹² dans une demande d'avis consultatif du 5 octobre 2018 à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) posa ainsi plusieurs questions relatives aux

⁴⁸⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.901 et 16-50-025 et pourvoi n°15- 28.597; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RPJF 2017-10/24, note de A. FAUTRÉ-ROBIN ; AJ Fam. 2017.375, note de F. CHÉNEDÉ ; AJ Fam. 2017.431, note de P. SALVAGE-GEREST ; AJ. Fam. 2017. 643 ; Dr. Fam. n°3, mars 2018, chronique 1, V. ÉGÉA.

⁴⁸⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n°16-16.455 ; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS & A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, 375, note F. CHÉNEDÉ ; AJ. Fam. 2017.643, note P. SALVAGE-GEREST ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RJPF 2017-10/24, note A. FAUTRÉ-ROBIN ; Dr. Fam. n°1, janvier 2018, note A. PHILIPPOT.

⁴⁸⁹ CA Paris, 18 septembre 2018 ; Dr. Fam.n°11, Novembre 2018, comm.260, note de H. FULCHIRON

⁴⁸⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n°16-16.455 ; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS & A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, 375, note F. CHÉNEDÉ ; AJ. Fam. 2017.643, note P. SALVAGE-GEREST ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RJPF 2017-10/24, note A. FAUTRÉ-ROBIN ; Dr. Fam. n°1, janvier 2018, note A. PHILIPPOT.

⁴⁹⁰ *Ibid.*,

⁴⁹¹ CA Paris, 18 septembre 2018 ; Dr. Fam.n°11, Novembre 2018, comm.260, note de H. FULCHIRON.

⁴⁹² Cass., Ass. plén., Cass., Ass. plén., 5 octobre 2018, arrêt n°638, pourvoi n°10-19.053; Dr. Fam. n°1, janvier 2019, comm. 19, J.-R. BINET ; P. INGALL-MONTAGNIER, Cour de cassation, avis du premier avocat général, arrêt n°638 du 5 octobre 2018 rendu par l'Assemblée plénière dans l'affaire *Menesson* ; A. MARTINEL, Cour de cassation, rapport sur l'arrêt n°638 du 5 octobre 2018 rendu par l'Assemblée plénière dans l'affaire *Menesson* ; Dépêche J.C.P., Actualités, 10 octobre 2018 ; D. Actualités, 10 octobre 2018, note T. COUSTET; D.2018.1912 ; D.2019.228, note P. DEUMIER et H. FULCHIRON ; « CEDH 415 (2018) – Le Collège de la Grande Chambre

possibilités offertes pour reconnaître l'existence du lien avec la mère d'intention, en dehors de tout lien biologique.

Le refus de transcrire l'acte étranger en ce qu'il désigne comme étant la mère légale, la mère d'intention, est-il contraire au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 ?

Faut-il faire une distinction entre la mère d'intention avec lien biologique ou sans lien biologique ?

L'adoption de l'enfant répond-il aux exigences de l'article 8 ?

Saisi par la Cour de cassation en octobre 2018 sur la question de la mère d'intention dans le cadre d'une GPA, la CEDH a rendu un avis public consultatif⁴⁹³, le 10 avril 2019, dans lequel elle considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise. Elle a estimé que la filiation devait être reconnue pour la mère d'intention qui a désiré et élevé l'enfant. Ce qui n'impose pas, selon elle, la retranscription des actes de naissance. D'autres modalités sont possibles, comme la procédure d'adoption.

La Cour européenne des droits de l'homme rendit l'avis suivant :

« Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale »

« Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par

accepte la première demande d'avis consultatif en application du Protocole n°16 », communiqué de presse du greffier de la Cour européenne des droits de l'homme, 4 décembre 2018 ; RTD Civ. 2018.847, note J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD Eur. 2018.717, note J.-P. JACQUÉ.

⁴⁹³ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, « Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention », demandé par la Cour de cassation française, Demande n°P16-2018-001, 10 avril 2019 ; « GPA : conventionalité de la jurisprudence de la Cour de cassation », D.2019.759.

la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »⁴⁹⁴.

Toujours dans le sens d'une évolution progressive de la transcription totale sur les registres d'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger, la Cour de cassation dans un arrêt⁴⁹⁵ d'assemblée plénière du 4 octobre 2019 pour donner suite à l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme se prononça en faveur de la transcription en France des actes de naissance désignant *la mère d'intention* relative à l'affaire *Mennesson*⁴⁹⁶ et considéra qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et pour ne pas porter une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée (art.8 de la CEDH),

« Une GPA réalisée à l'étranger ne peut faire, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la mère d'intention ». Cette reconnaissance devant avoir lieu au plus tard lorsque le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé.

Concernant le lien avec le père biologique, il est déjà acquis, depuis 2015, qu'il peut être établi à certaines conditions par la transcription de l'acte de naissance établi dans un pays étranger.

Cette solution a été rendue en considération des faits propres à l'espèce.

Doit-on généraliser cette solution ?

En l'espèce, la transcription a été jugée préférable aux autres modes d'établissement de la filiation et notamment, à ceux plus spécialement envisagés dans cette affaire, à savoir l'adoption et la possession d'état.

Concernant l'adoption, l'Assemblée plénière rappelle l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme qui a considéré que, si en droit français, la filiation peut être établie de différentes manières, acte de naissance, reconnaissance volontaire, adoption, possession d'état, jugement, dans,

« Le cas d'une GPA réalisée à l'étranger, le lien avec la mère d'intention doit être établi en privilégiant un mode de reconnaissance qui permette au juge français de contrôler la validité de l'acte ou du jugement étranger et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant. L'adoption répond le mieux à ces exigences ».

⁴⁹⁴ *Ibid.*,

⁴⁹⁵ Cass., Ass. plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053; D. 2019.1887.

⁴⁹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, « Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention », demandé par la Cour de cassation française, Demande n°P16-2018-001, 10 avril 2019 ; « GPA : conventionalité de la jurisprudence de la Cour de cassation », D.2019.759.

La Cour de cassation a considéré en l'espèce, dans l'affaire « *Mennesson* » qui dure depuis plus de quinze ans, qu'une procédure d'adoption porterait une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants. Celles-ci sont nés depuis plus de 18 ans, leurs actes de naissance ont été établis à l'étranger dans un cadre légal et elles ne peuvent prendre l'initiative d'une adoption, dont le choix revient aux parents.

L'ensemble de ces considérations a conduit la Cour de cassation à juger que l'introduction d'une demande en adoption aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et leur mère d'intention, des effets incompatibles avec les exigences d'efficacité et de célérité d'une telle procédure requises par la Cour européenne des droits de l'homme et, partant, « des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne (leur) droit au respect de (leur) vie privée ».

La possession d'état, qui, en application de l'article 311-1 du Code civil, s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir, celle-ci est également, en l'espèce, écartée.

Cette filiation fondée sur une vérité non biologique mais sociologique et affective semblant conforme au cas considéré et, surtout, à l'intérêt supérieur de l'enfant a été exclue.

Selon la Cour de cassation, la possession d'état n'offrirait pas une sécurité juridique suffisante aux enfants dès lors qu'un tel lien de filiation serait, dans ce cadre spécifique, susceptible d'être contesté par la mère porteuse, la donneuse d'ovocyte ou les enfants.

En l'espèce⁴⁹⁷ les jumelles avaient été conçues avec un père donneur, l'ovocyte d'une amie du couple et une mère porteuse en Californie.

Or prendre ce risque serait contraire, précise la Cour de cassation, avec l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme qui « insiste sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l'enfant dès lors que la gestation pour autrui a été réalisée dans les conditions légales du pays étranger et que le lien avec la mère d'intention a été concrétisé ».

Et la Cour d'affirmer « *que s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans* », seule la transcription des actes de naissance étrangers permet de reconnaître un lien de filiation dans le respect du droit à la vie privée des enfants.

La Cour de cassation étend cette solution dans ses deux arrêts⁴⁹⁸ du 18 décembre 2019 en ordonnant la transcription d'un acte de naissance désignant le père biologique et son compagnon

⁴⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 septembre 2019, n°18-20.472 ; D. 2019.1758.

ou son époux, dès lors que celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil⁴⁹⁹ et sans caractériser la particularité de la situation du couple ni l'opportunité de l'adoption.

La Cour européenne⁵⁰⁰ des droits de l'homme à nouveau face au refus de transcription d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA à l'étranger au regard des articles 8 et 14 de la CEDH a considéré que ce refus ne portait pas atteinte au respect de la vie privée et ne constituait pas une discrimination pour les enfants ainsi nés, dès lors que la procédure d'adoption permet de reconnaître la filiation maternelle. En l'espèce dans cette affaire, la mère d'intention était la mère génétique de l'enfant.

Pour Anne-Marie Leroyer, cette solution est fidèle à la ligne de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne depuis l'arrêt « *Menesson* » du 26 juin 2014 où la situation de la mère d'intention n'est pas la même que celle du père d'intention biologique, ce qu'avait confirmé la Cour européenne dans son avis consultatif du 10 avril 2019 en considérant que la maternité d'intention peut s'établir par l'adoption, dès lors que la procédure répond à des exigences d'efficacité et de célérité.

La Cour de cassation avait été audacieuse lorsqu'elle décida pour les « *Menesson* » la transcription totale des actes de naissance du fait des circonstances particulières de cette affaire et d'autant plus lorsqu'elle avait admis la transcription totale sans circonstances particulières.

L'adoption pouvait se justifier par la nécessité d'un partage entre une filiation fondée sur la vérité biologique, celle du père, et une filiation fondée sur la volonté, celle de la mère. Or ici l'adoption est retenue alors que la mère d'intention est la mère génétique.

Cette solution selon cet auteur marque la volonté d'instaurer un contrôle judiciaire sur la filiation maternelle et de ne pas faciliter la reconnaissance de la filiation d'un enfant né par GPA à l'étranger. L'adoption serait alors une « *sanction déguisée* ».

Frédéric Sudre considère que « *compte tenu de l'importance accordée par la jurisprudence de la Cour à l'existence d'un lien biologique entre le parent d'intention et l'enfant issu d'une GPA on peut, avec le juge O'Leary se demander si la marge d'appréciation reconnue aux états parties permet la transcription à l'égard du père biologique alors que le lien de filiation avec la mère génétique d'intention doit être établi par voie d'adoption* ».

⁴⁹⁸ Cass.1^{re} civ., 18 décembre 2019, n°18-11.815, n°18-12.327.

⁴⁹⁹ L'article 47 du Code civil dispose « *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 »

⁵⁰⁰ CEDH D.c/ France, n° 11288/18, 16 juillet 2020 ; A.-M. LEROYER, RTD Civ.2020, p.865.

Plus récemment, la Cour de cassation par deux arrêts⁵⁰¹ de novembre 2020 a considéré que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dans le cas d'une GPA est possible malgré l'absence de mention de la filiation maternelle sur l'acte de naissance étranger, dès lors que les règles du droit étranger ont été respectées.

Les faits de l'espèce dans ces deux arrêts sont similaires. Un homme de nationalité française se rend à l'étranger où la gestation pour autrui est autorisée afin de recourir à une mère porteuse. Dans le premier cas au Mexique, dans le second en Inde. Après l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant, l'homme fait alors transcrire l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. Dans les deux affaires, la filiation maternelle n'est pas mentionnée sur la transcription de ces actes. L'époux du père demande l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint.

Dans la première affaire⁵⁰², la cour d'appel a refusé le prononcé de l'adoption au motif que rien ne permettait « *d'appréhender les modalités selon lesquelles la femme ayant accouché aurait renoncé de manière définitive à l'établissement de la filiation maternelle et qu'il en est de même du consentement de cette femme à l'adoption de l'enfant, par le mari du père* ».

Les Juges ont alors estimé qu'il ne pouvait « *être conclu que l'adoption sollicitée, exclusivement en la forme plénière et avec les effets définitifs qui s'attachent à cette dernière, soit conforme à l'intérêt de l'enfant, qui ne peut s'apprécier qu'au vu d'éléments biographiques suffisants* » concernant la mère.

Après un pourvoi en cassation du conjoint du père, la Cour de cassation rejeta l'arrêt de la Cour d'appel et considéra qu'au visa des articles 16-7, 353 alinéa 1^{er}, 345-1,1^o, et 47 du code civil « *le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude* ». La Cour d'appel aurait dû rechercher si les documents produits ne démontraient pas que l'acte de naissance, comportant le seul nom du père, était conforme à la loi de l'État, de sorte qu'en l'absence de lien de filiation établi avec la femme ayant donné

⁵⁰¹ L.GAREIL-SUTTER, « GPA et adoption de l'enfant du conjoint : La Cour de cassation enfonce le clou », Dalloz Actualité, 12 novembre 2020, disponible sur le site : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-adoption-de-l-enfant-du-conjoint-cour-de-cassation-enfonce-clou>.

⁵⁰² Cass., Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2020, n°19-17-739.

naissance à l'enfant, l'adoption plénière était juridiquement possible, la Cour d'appel ayant privé sa décision de base légale au regard des textes visés.

Dans la seconde affaire⁵⁰³, La Cour d'appel fit droit à la demande du conjoint du père en prononçant l'adoption après avoir relevé que le père de l'enfant et son époux avaient versé aux débats le contrat de gestation pour autrui conclu entre le père, d'une part, et la mère porteuse et son époux, d'autre part. Dans cette affaire, le procureur général s'est pourvu en cassation, selon lui « *L'acte d'état civil doit comporter le nom de la mère qui accouche afin qu'il soit conforme à la réalité au sens des dispositions de l'article 47 du code civil* » qu' « *en refusant de considérer que l'acte de naissance de l'enfant qui omet de mentionner la filiation maternelle est irrégulier en droit français* », la Cour d'appel a violé l'article susmentionné..

La Cour de cassation ici réitère la solution précédente en rejetant le pourvoi et en approuvant la Cour d'appel d'avoir déclaré que « *Le droit français n'interdit pas le prononcé de l'adoption par l'époux du père de l'enfant né à l'étranger de cette procréation lorsque le droit étranger autorise la convention de gestation pour autrui et que l'acte de naissance de l'enfant, qui ne fait mention que d'un parent, a été dressé conformément à la législation étrangère, en l'absence de tout élément de fraude* ». Elle en conclut ainsi que la Cour d'appel avait exactement déduit de ces diverses constatations que l'acte de naissance de l'enfant avait été régulièrement dressé en application de la loi indienne et qu'en l'absence de filiation maternelle établie en Inde, l'adoption de l'enfant par l'époux du père était légalement possible.

L'arrêt⁵⁰⁴ du 18 novembre 2020 marque le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Toujours dans le même sens, dans son dernier arrêt⁵⁰⁵ du 18 novembre 2020, la Cour de cassation avait confirmé la possibilité d'une transcription totale de l'acte de naissance à l'égard des deux parents d'intention sans caractériser la particularité de la situation du couple, ni l'inopportunité d'une adoption. Dès lors que, même en cas de contrariété à la réalité factuelle, cet acte se révélait conforme aux règles d'élaboration des actes d'état civil telles qu'elles étaient prévues par le droit étranger considéré et, à ce seul titre, probant au sens de l'article 47 du Code civil, il pouvait alors

⁵⁰³ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2020, n°19-50.042.

⁵⁰⁴ Cass., Civ.1^{ère}, 18 novembre 2020, n°19-50.043

⁵⁰⁵ *Ibid.*,

sans autre condition être transcrit en France à l'égard des deux parents d'intention, le parent non biologique étant ainsi dispensé de recourir à l'adoption pour établir son lien de filiation.

En l'espèce, dans cette affaire, un couple s'était rendu au Canada afin de recourir à une GPA à l'issue de laquelle l'acte de naissance de l'enfant désignait les deux hommes comme étant ses parents. De retour en France, ce couple avait alors demandé la transcription de l'acte de naissance à l'étranger sur les registres d'état civil français.

Alors que le tribunal de grande instance avait admis la transcription complète de cet acte au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour d'appel reconnut une transcription partielle à l'égard du père biologique de l'enfant constatant que *« les faits déclarés dans l'acte de naissance de l'enfant ne correspondaient à la réalité biologique de l'enfant »* et sur la nécessité d'apporter une limite à la reconnaissance de ce type de filiation résidant dans *« le refus de transcription de la filiation paternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, (qui) résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée »*, que *« l'accueil de l'enfant au sein du foyer constitué par son père et son compagnon n'est pas remis en cause par les autorités françaises et que ce dernier aura la possibilité de créer un lien de filiation avec l'enfant par un biais autre que la transcription, n'étant pas établi que la voie de l'adoption serait fermée au motif qu'il figure dans l'acte de naissance comme parent »*.

Un pourvoi en cassation fut formé par ce couple qui invoqua une atteinte disproportionnée au respect de leur vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la contrariété de la décision attaquée à l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est protégé par l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

La Cour de cassation casse sans renvoi l'arrêt de la cour d'appel et ordonne la transcription complète de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil français.

D'une exception, la Cour de cassation a-t-elle érigé la transcription totale des actes de naissance à l'égard des deux parents d'intention en principe générale ?

La transcription totale sur les registres de l'état civil d'un enfant né à l'étranger est possible dès lors que cet acte est probant au sens de l'article 47 du Code Civil, peu importe que l'enfant soit issu d'une GPA. Au nom de « l'intérêt de l'enfant », la GPA est autorisée implicitement nous interrogeant sur une éventuelle légalisation de la gestation pour autrui.

B. Les limites à l'appréciation « *in concreto* »

La nouvelle loi bioéthique⁵⁰⁶ a mis une limite à l'intérêt de l'enfant en considérant que la reconnaissance de la filiation à l'étranger est « *appréciée au regard de la loi française* », la transcription d'un acte d'état civil étranger est ainsi limitée au seul parent biologique.

La nouvelle loi bioéthique⁵⁰⁷ tout en réaffirmant l'interdiction de la gestation pour autrui est venue mettre un frein à la jurisprudence de la Cour de cassation en réinterprétant l'article 47 du Code civil au sens de la réalité des faits en France et non de la réalité juridique étrangère.

La transcription totale de l'acte à l'égard des parents d'intention au regard de la réalité juridique à l'étranger des éléments inscrits dans l'acte de naissance n'est plus possible. Le second parent d'intention pour établir son lien de filiation devra désormais avoir recours à une procédure d'adoption.

En Israël, l'intérêt de l'enfant est apprécié « *in concreto* »

Section 2. Un intérêt protégé ou menacé

En Israël, les conditions d'accès à la gestation pour autrui sont fixées en amont pour l'enfant en devenir et en aval une fois que celui-ci est né. Ces conditions contribuent ainsi à sa protection.

En Israël, l'intérêt de l'enfant est protégé par la loi « *embryo carrying agreement* »⁵⁰⁸ (§1), une fois né cet intérêt est apprécié « *in concreto* » (§2)

§1. Les conditions exigées par la loi « *embryo carrying agreement* »

L'intérêt de l'enfant est protégé par l'exigence de liens génétiques stipulée dans la loi « *embryo carrying agreement* » (A), ainsi que par un encadrement strict de cette loi (B)

A. L'intérêt de l'enfant protégé par la loi « *embryo carrying agreement* »

En Israël, en exigeant que les gamètes appartiennent aux parents d'intention⁵⁰⁹, le processus de gestation est effectué au sens strict du terme. Le nombre d'intervenants dans cette pratique est

⁵⁰⁶ La loi bioéthique du 2 août 2021, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁵⁰⁷ *Ibid.*,

⁵⁰⁸ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur : <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁵⁰⁹ Article 2 *Embryo carrying agreement*

donc limité. Le père est le véritable père, la mère apporte son capital génétique à l'enfant et la mère porteuse porte l'enfant. Lorsque l'enfant connaîtra ses origines, il aura connaissance que dans ce processus de gestation, une mère l'a porté, la subdivision de la maternité est limitée, la mère porteuse avec un rôle de gestatrice et en aucun cas génitrice.

Pour la construction de l'enfant, savoir que l'on a été conçu avec les gamètes de son père et de sa mère et que donc les gènes appartiennent aux parents biologiques est essentielle. Le recours à cette pratique qui pourrait faire intervenir jusqu'à cinq personnes est dans ce cas strictement limitée à trois intervenants. Dans le cas où les gamètes n'appartiendraient pas aux parents d'intention, la naissance d'un enfant pourrait faire intervenir jusqu'à cinq acteurs ; un père génétique qui ferait don de ses gamètes, un père d'intention, une mère porteuse, une mère d'intention qui élèverait l'enfant et dans ce cas l'enfant psychologiquement pourrait être doublement perturbé dans cette subdivision de la maternité.

Selon la loi religieuse⁵¹⁰, l'utilisation d'un sperme de donneur par un couple marié soulève la possibilité d'adultère et la place de l'enfant est, dans ce cas-là, plus perturbante.

B. L'encadrement strict de la loi dans l'intérêt de l'enfant à naître

En encadrant les accords de gestation⁵¹¹, l'enfant en devenir est mieux protégé et n'est pas considéré comme une chose. La présence de psychologues et de conseils pour les parents d'intention ainsi que pour la mère porteuse protège l'enfant à naître.

La stabilité psychologique des parents d'intention et de la mère porteuse est indispensable pour l'équilibre de l'enfant en devenir, pour sa stabilité affective. La sécurité de l'enfant à naître ne doit pas être mise en péril⁵¹², et les droits de l'enfant doivent être respectés.

En encadrant strictement la gestation pour autrui et en la limitant, l'accès aux origines de l'enfant au nom de son identité s'effectuera plus facilement. L'enfant, principal acteur dans ce processus sera alors moins perturbé.

En Israël, une fois l'enfant né, l'intérêt de celui-ci est d'avoir une famille avec qui il pourra se construire et se développer naturellement. La transcription de la filiation et donc l'enregistrement à l'état civil du père d'intention et de la mère d'intention comme les véritables parents de l'enfant sont essentiels. Le gouvernement toujours dans l'intérêt de l'enfant s'assure de la stabilité

⁵¹⁰ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53.

⁵¹¹ Article 4 *Embryo carrying agreement 1996*

⁵¹² *Ibid.*, Article 5

psychologique des parents d'intention⁵¹³. Israël a ratifié la Convention Internationale des droits de l'enfant le 03 octobre 1991⁵¹⁴, l'intérêt supérieur de l'enfant est donc primordial dans ce processus de gestation pour autrui. La mère porteuse peut se rétracter s'il y'a eu un changement de circonstances justifiant cette rétractation et toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁵¹⁵.

La présence de l'assistant social, avant la naissance et après, protège l'enfant.

L'ordonnance pour la détermination du statut de l'enfant s'effectuera toujours dans son intérêt⁵¹⁶.

Sous le contrôle du ministre de la Justice, l'accord sur les mères porteuses est établi dans un registre dans lequel toutes les ordonnances de filiation sont entrées⁵¹⁷, cela permet ainsi à l'enfant de mère porteuse de connaître ses origines. La vie privée de l'enfant est protégée⁵¹⁸.

Une fois l'enfant né, son intérêt est apprécié « *in concreto* »

§2. L'intérêt de l'enfant « *in concreto* »

L'enfant est protégé dès sa naissance (A), une protection limitée en cas de recours de la GPA à l'étranger (B)

A. La protection de l'enfant dès la naissance

En Israël, la gestation pour autrui étant légale, on prendra en considération l'intérêt en particulier de l'enfant une fois né, cette appréciation s'effectuera « *in concreto* ».

En Israël⁵¹⁹, les intérêts et les droits de l'enfant ne sont pas souvent invoqués. La préoccupation essentielle est la reconnaissance de l'enfant comme « *citoyen israélien* ». Pour les autorités israéliennes, une fois l'enfant né, il est de son intérêt d'avoir un lien de filiation avec les parents d'intention israéliens, d'être de nationalité israélienne et de pouvoir résider en Israël.

Le juge aux affaires familiales constate ainsi,

« *From a legal perspective, the best interest of the child will be the determining factor for me from that moment Israel recognizes its rights, and paternity, and from that moment makes the child into a citizen of the State of*

⁵¹³ Article 5 *Embryo carrying agreement*

⁵¹⁴ CDE disponible sur le site : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg>

⁵¹⁵ *Embryo carrying agreement*, article 13

⁵¹⁶ *Embryo carrying agreement*, article 14

⁵¹⁷ *Ibid.*, article 16

⁵¹⁸ *Ibid.*, article 17

⁵¹⁹ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice,2017, disponible en ligne :<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-l'enfant-juin-2017.pdf>

Israel with everything that entails. From a medical perspective, rights perspective, and everything. I think that this question is also a moral-philosophical one of the rights of this child to be born »⁵²⁰.

La GPA dans de nombreux pays qui l'autorisent s'organise autour de contrats de droit privé, laissant ainsi peu de place à un contrôle de la protection de l'intérêt de l'enfant.

Le modèle israélien est tout autre et propose un encadrement institutionnel par un organisme spécialisé, Israël National Council for the Child⁵²¹, principale ONG chargée de la protection et du bien-être de l'enfant. Dans le cadre d'une loi destinée à protéger les enfants nés par GPA à l'étranger, ce conseil est intervenu auprès de l'ancienne ministre de la Santé Yaël German.

Cet organisme a pour rôle de vérifier l'aptitude des parents intentionnels à élever un enfant.

En Israël, des études⁵²² sont controversées sur les séquelles subies par les enfants de la gestatrice. Ainsi, les études menés par Eti Samama prouvent que les enfants de la gestatrice ont subi un traumatisme, celles menées par Elly Teman ne mentionnent aucun problème particulier.

B. Les limites de l'intérêt de l'enfant « *in concreto* »

En Israël, bien que la gestation pour autrui soit légale, de nombreuses personnes ont recours à ce processus à l'étranger, d'une part en raison des conditions strictes de l'accès à ce recours dans le pays et d'autre part pour des raisons financières. En effet, le coût financier à l'étranger⁵²³ pour le recours à la gestation est bien moindre que celui appliqué en Israël.

Aussi, l'intérêt de l'enfant « *apprécié in concreto* » en Israël dans le cas du recours de la GPA à l'étranger trouve ses limites en l'absence le lien génétique entre l'enfant et le parent d'intention engendrant parfois une situation dramatique.

Ainsi les résultats des tests génétiques⁵²⁴ dans trois cas ont révélé que les enfants n'avaient pas de lien génétique avec le parent intentionnel, dans un des cas, des jumeaux ont été contraints de rester dans le pays d'origine sans parent, jusqu'à leur adoption séparée l'un de l'autre. Un conseiller juridique au service de l'état sous entendant que les parents intentionnels ne voulaient pas de ces enfants, l'agence ayant servi d'intermédiaire soutenant le contraire arguant que les

⁵²⁰ *Ibid.*,

⁵²¹ *Ibid.*,

⁵²² BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>

⁵²³ *Ibid.*,

⁵²⁴ *Ibid.*,

autorités du pays d'origine n'avaient pas autorisé ces enfants à sortir en raison de l'absence de lien génétique, ni les autorités israéliennes⁵²⁵ à rentrer sur le sol national.

En exigeant que les gamètes appartiennent aux parents d'intention⁵²⁶, Israël prend en compte alors la réalité biologique que ce processus soit effectué à l'étranger ou en Israël. Bien que la halakha considère la mère comme celle qui accouche⁵²⁷, en cas de GPA la véritable mère est la mère d'intention, celle-ci transmettant son patrimoine génétique à l'enfant en donnant son ovule. Une Convention internationale⁵²⁸ du type de celle de la convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale serait une solution afin de protéger les enfants nés de gestation pour autrui.

Un accord international serait la seule solution pour encadrer une pratique irrépressible et réduire le risque d'exploitation des femmes les plus pauvres. Certains juges vont plus loin et considèrent que le législateur n'a plus d'autre issue que de changer les textes qui mettent aujourd'hui les juges en difficulté. La gestation pour autrui suscite des difficultés dans la mesure où elle est prohibée en France. Lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger, la reconnaissance de la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention est conforme à l'intérêt des enfants mais contraire à une disposition d'Ordre public.

La GPA qui nous fait penser indéniablement au fait de donner la vie par un processus complexe. Après l'étude de cette technique de procréation médicalement assistée, nous avons soulevé les conséquences de ce processus sur les droits de l'enfant ou le droit à l'enfant. Il convient à présent de s'interroger sur les différents acteurs de cette technique de procréation, acteurs qui jouent un rôle dans « *la vie* » de l'enfant, les acteurs ou les « *vies* » (**Partie II**)

⁵²⁵ *Ibid.*,

⁵²⁶ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: [sur: https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx](https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx)

⁵²⁷ SCIALOM(Rémy), « *Anthologie de droit bébraïque II -Mariage et Sexualité* », la mémoire du droit,2020, p.69.

⁵²⁸ *Ibid.*, p.295.

Partie II. Les Vies

Les révolutions scientifiques contemporaines ont modifié profondément la notion de parenté.

La gestation pour autrui a bousculé tous les repères et implique plusieurs intervenants pour la conception d'un enfant. Cela nous conduit à nous questionner sur la reconnaissance et la place de ces participants à ce processus.

Qu'est-ce qu'être parent ? qui est parent ?

L'appréhension du phénomène familial est source de difficultés car la notion de famille est floue.

Cette notion peut être définie comme « *un groupe de personnes qui peuvent être liées⁵²⁹ par le sang, l'alliance ou la vie commune* ».

La complexité vient de la diversité des familles « *variant selon les temps, les lieux, les individus concernés, les questions considérées* »⁵³⁰.

Aujourd'hui le modèle familial est complexe ; familles recomposées, familles homoparentales où un rôle parental incombe souvent à une personne qui n'est ni la mère, ni le père mais qui a la charge de l'enfant.

Avant de se questionner sur la parenté, il est nécessaire de distinguer la parenté de la parentalité.

Le terme de parenté⁵³¹ vient de « *pario* » qui signifie engendrer ; Il se ramène à la biologie et se rattache à la filiation.

Le terme de parentalité⁵³² est plus confus, il évoque une fonction parentale qui est la prise en charge, la protection et l'éducation d'un enfant. Cette fonction parentale qui incombe généralement à la mère et au père peut faire l'objet de délégation parentale par le parent, le beau parent ou le conjoint.

« *L'immixtion de la science dans la sphère intime et l'intervention de tiers dans l'engendrement amènent à s'interroger, au-delà de la question de la légitimité du recours à ces techniques, d'une part, sur la place qui peut ou devrait être reconnue à celui qui participe à un engendrement pour autrui* »⁵³³.

La famille nucléaire, père, mère, enfant, prédomine le droit, ce qui implique alors une confusion des différentes dénominations.

⁵²⁹ FENOUILLET(Dominique), *Droit de la famille*, le cours Dalloz ,4ieme édition, Dalloz,2019, Introduction.

⁵³⁰ *Ibid.*,

⁵³¹ FULCHIRON(Hugues), « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in FULCHIRON H, Mariage- conjugalité. Parenté-parentalité, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. XV.

⁵³² *Ibid.*,

⁵³³ FULCHIRON(Hugues), SOSSON(Jehanne), *Parenté, Filiation, origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant,2013, p.32.

« Cette confusion sémantique ne provient pas seulement d'une paresse de la pensée, mais bien plutôt d'une forme de résistance de la conception dominante de la famille nucléaire, tenue pour être la forme naturelle et immémoriale d'organisation de la parenté en occident »⁵³⁴.

La gestation pour autrui a bouleversé les repères naturels. L'enfant né peut avoir plusieurs pères, plusieurs mères.

Qui alors sera considéré comme le véritable père ?

Celui qui a désiré l'enfant mais qui n'a pas transmis ces gamètes, ou celui qui a transmis son patrimoine génétique et se considère comme le véritable père ?

La position de la mère est plus délicate.

Qui est la véritable mère ?

La donneuse d'ovules, la mère porteuse, la mère d'intention ?

L'adage selon lequel « *la mère est celle qui accouche* »⁵³⁵ est remis en question dans le cas de la gestation pour autrui. La femme qui porte un enfant pour une autre, comment est-elle désignée ?

Mère porteuse, gestatrice, mère de substitution ?

Est-elle considérée comme la mère si elle ne fait pas don de son ovule ?

Cette dénomination correspond -elle à une femme qui a porté un enfant ?

Dans le cas où la mère porteuse est aussi la mère génitrice, est-elle considérée comme la véritable mère ?

La mère qui désire l'enfant et le fait porter par une autre est-elle la véritable mère par son seul désir ? Est-elle la mère d'intention ou la mère tout court ?

Qu'elle est la place du donneur de sperme ou de la donneuse d'ovules ?

La femme qui porte un enfant pour le compte d'autrui est -elle une mère porteuse ?

Devrait-elle être considérée comme une mère bien que n'ayant transmis son patrimoine génétique ?

« L'omnipotence du terme mère bloque tout raisonnement qui cherche à distinguer les différentes dimensions du maternage »⁵³⁶.

En droit français et dans de nombreux pays la mère se définit comme celle ayant accouché. La gestation pour autrui soulève alors la question cruciale de savoir qui est la mère.

⁵³⁴ FULCHIRON(Hugues), SOSSON(Jehanne), *Parenté, Filiation, origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant,2013, p.32.

⁵³⁵ *Mater semper certa est*

⁵³⁶ *Ibid.*, p.33.

L'enfant n'est plus aujourd'hui le fruit de l'union entre un homme et une femme. Une multitude d'acteurs se mêlent pour aider à concevoir un enfant.

L'infertilité n'est plus une fatalité, le « désir d'enfant » réalisable grâce aux progrès de la science.

Après la procréation médicalement assistée où l'on pouvait dissocier l'acte sexuel de la naissance d'un enfant, la gestation pour autrui bouscule tous les repères en associant une tierce personne étrangère au projet du « désir d'enfant ».

Le « projet parental » ou le « désir d'enfant » devient un projet réalisable, possible, par l'aide de personnes extérieurs à la sphère intime de deux personnes qui souhaitent « donner la vie ».

La gestation pour autrui a rendu possible, pour un certain nombre de personnes de réaliser leur rêve de fonder une famille.

Le nombre d'intervenants dans ce processus de « vie » s'est accru, complexifiant le statut de « mère » et celui de « père ».

La GPA implique alors une multiplicité d'acteurs (**Titre I**), nous interrogeant alors sur une possible harmonisation des intérêts en présence (**Titre II**)

Titre I. Une multiplicité d'acteurs dans ce nouveau processus

Aujourd'hui, le modèle familial a évolué. Hormis la famille traditionnelle, il existe des familles monoparentales, des familles homoparentales, des familles adoptives, des familles recomposées... La mère et le père ne sont plus les seules figures parentales pour l'enfant.

L'anthropologue⁵³⁷ britannique Esther Goody évoque cinq prérogatives parentales ; engendrer l'enfant, le nourrir, l'éduquer, l'aider à s'établir, lui donner une identité juridique.

Maurice Godelier⁵³⁸, dans *Métamorphoses de la parenté* en 2004, a ajouté à cette liste deux autres attributs : exercer une forme d'autorité sur l'enfant et en retour en attendre respect et obéissance, puis lui transmettre le tabou de l'inceste.

La mère génétique était habituellement celle qui accouchait l'enfant, l'élevait, lui donnait une identité juridique. Les prérogatives incombant à la mère étaient réunies en une seule et même personne.

La procréation médicalement assistée avec l'intervention de donneurs de gamètes a scindé le rôle de la mère en deux, celle de la donneuse qui transmet son patrimoine génétique et celle qui porte l'enfant et lui donne naissance.

La gestation pour autrui a complexifié encore le rôle de la mère, mère porteuse, mère génétique et mère sociale ou d'intention. Aujourd'hui, jusqu'à cinq personnes peuvent intervenir dans la conception, la naissance, l'éducation de l'enfant.

C'est ce que l'on nomme la pluri parentalité selon les anthropologues Agnès Fine et Agnès Martial ; le suffixe parentalité indiquant tout à la fois, l'engendrement, la parenté pratique qui selon Florence Weber est « *ancrée dans l'expérience quotidienne du care, de la vie ensemble et sous le même toit ; qui fabrique la consubstantialité, l'amour réciproque entre parent et enfant* » mais aussi la reconnaissance effective par les institutions de l'enfance et de la santé « *qui reconnaissent parents et enfants comme tels* »⁵³⁹.

⁵³⁷ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.123-124.

⁵³⁸ *Ibid.*,

⁵³⁹ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *Rapport Final sur Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde*, Mission de recherche droit et justice, 2017, disponible en ligne :<http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-%C3%A0-lenfant-juin-2017.pdf>

La procréation médicalement assistée avec don de gamètes distinguait déjà la femme qui porte l'enfant et le met au monde et la donneuse d'ovocyte. Dans le cas des couples hétérosexuels qui recourent à une GPA, on distingue chacune des deux femmes mais également une troisième, celle à l'origine du projet, qui élèvera l'enfant et en sera la mère. L'engendrement se présente sous trois dimensions qui habituellement forment un tout ; l'élaboration du désir de devenir parent, la conception et la gestation.

« La technicisation croissante de la reproduction assistée et la spécifique des parcours auxquels celle-ci conduit les candidats à la maternité et à la paternité ont conduit Flavio Luiz Goody à compléter la première des fonctions parentales déterminées par Esther Goody « engendrer » par l'intention de devenir parent ainsi que par sa mise en pratique par un projet ».

Dans le contexte actuel, la distinction de ces fonctions parentales est nécessaire pour rendre compte des liens qui se tissent entre un enfant et des adultes qui ne l'ont pas procréé ou mis au monde.

Une explosion quantitative a lieu lors de ce processus⁵⁴⁰ par le nombre d'intervenants dans cette pratique. Ainsi se mêlent les professionnels de santé notamment les médecins sans qui cette technique de procréation ne pourrait aboutir, les avocats et juristes dans le cas de contentieux et des signatures de contrats, sans oublier les agences privées qui mettent en relation les parents d'intention qui désirent un enfant et la mère porteuse.

Le projet d'enfant ne relève plus de la sphère privée et ne se limite plus aux parents génétiques porteurs de ce projet. Autrefois, l'enfant ou le désir d'enfant était le résultat du couple à l'origine de l'engendrement. Lorsqu'il y'avait une difficulté à concevoir un enfant ou lorsque le couple était homosexuel ou en cas de célibat, on renonçait tout simplement à ce désir.

Les médecins ont alors apporté une solution à ce désir rendu possible grâce aux progrès de la science.

« Ces professionnels n'ont pas inventé le désir d'enfant mais ils ont innové en inventant l'idée que ce désir puisse être satisfait ».

« Ainsi les professionnels démultiplient les intervenants dans le processus et des notions comme les multi parentalité ou multi maternité ont été proposées pour traduire ce phénomène ».

⁵⁴⁰ FRISON-ROCHE(Marie-Anne), *GPA : Dire Oui ou Dire Non*, Dalloz,2018, p.13-16.

« C'est alors qu'apparaît le second effet quantitatif⁵⁴¹.il tient dans le nombre de localisations ; en effet au départ cela se faisait sur place, c'est à dire dans les familles ».

Une sœur qui a porté un enfant pour la femme stérile et dans le secret de famille est une pratique qui existe depuis toujours ; « Histoire de la bible relatée aujourd'hui comme une sorte de preuve de licéité religieuse, qui ne montre que l'ancienneté d'une pratique faite dans le fonds des alcôves du non droit ».

Tout ce processus complexe implique une confusion.

Les principaux acteurs ou les principaux impactés par cette technique de procréation sont incontestablement les porteurs du projet ou « désir d'enfants » que sont les mères et pères d'intention ainsi que la mère porteuse.

Sans négliger la participation active des professionnels de santé impliqués et indispensables dans cette pratique, les principaux impactés par cette technique sont les mères supposés ou les pères supposés (**Chapitre I**), avec une intervention de l'État en Israël (**Chapitre II**)

⁵⁴¹ *Ibid.*,

Chapitre I. Plusieurs mères supposées, plusieurs pères supposés

Cette pratique qui fait intervenir la mère d'intention à l'origine du projet, la mère porteuse assurant la gestation de l'enfant, parfois une donneuse d'ovules, parfois un donneur de sperme, parfois un double don, le père d'intention, le père génétique. Tout cela nous amène à nous questionner sur la portée et la signification du mot « mère » et celui de « père ».

Qui est la mère ?

Celle qui porte l'enfant et qui le met au monde ? celle qui le désire ? celle qui le met au monde ? celle qui a fourni son ovule ?

Qui est le père ?

Celui qui a désiré l'enfant ou le père génétique ?

Dans cette nouvelle configuration de la famille, cette subdivision des rôles de la maternité et celle de la paternité, on analysera les différentes dénominations et rôles incombant à la mère, mère porteuse, mère d'intention, donneuse d'ovules (**Section 1**) et celles liées au père, père d'intention, père génétique (**Section 2**)

Section 1. La mère porteuse, la mère d'intention, la donneuse d'ovules

Dans cette subdivision du rôle de la mère (§1) il convient d'analyser les différents enjeux en présence (§2)

§1. La subdivision du rôle de la mère

Qui est la véritable mère dans cette subdivision des rôles(A) et qu'elles sont leur place respective dans ce processus (B)

A. La véritable mère

La confusion de langage s'accompagne d'une confusion de rôles (1) absente dans le cas de la gestation « *stricto sensu* » pratiquée en Israël (2)

1. Une confusion de langage impliquant une confusion de rôles :

Mère porteuse, mère gestatrice, mère génétique, mère sociale, mère de substitution, tous ces termes impliquent une confusion de langage et implicitement une confusion des rôles de chacun de ses différents intervenants dans ce processus.

Peut-on toutes les considérer comme des mères ?

Que signifie le mot « mère » ?

Qui est la mère de l'enfant né ? Celle qui l'a porté ? Celle qui l'élève ?

Le désir d'être mère ou l'intention suffit-il à le devenir ?

La maternité ne fait pas l'objet de définition selon le Code civil. La désignation de la mère dans l'acte de naissance⁵⁴², la reconnaissance de maternité⁵⁴³, ne définissent pas la maternité.

Qui est alors la mère dans cette déconstruction maternelle ?

Le professeur Frydman considère que la mère⁵⁴⁴ est celle qui a accouché de l'enfant.

« Je suis latiniste et je vous rappelle l'adage « Mater semper certa est »⁵⁴⁵, qui signifie que la mère est celle qui accouché de l'enfant. C'est la base de notre droit. Ensuite, bien sûr, il peut y avoir une autre mère, qui va élever l'enfant et qui incontestablement est la plus importante. Il n'empêche que l'on est « né de », et ça je ne vois pas comment on peut le gommer »⁵⁴⁶.

Selon l'article 311-25 du Code civil issu de l'ordonnance n°759-2005 du 04 juillet 2005,

« La filiation est établie à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »

Avant 2005, on distinguait la filiation légitime et la filiation naturelle. Pour la filiation légitime, la femme mariée avait la qualité de mère.

L'article 319 du Code civil dispose que *« La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil »*. La femme mariée ayant accouché était juridiquement la mère de l'enfant et son nom figurait sur les registres d'état civil. Pour la filiation naturelle, l'accouchement seul ne suffisait pas à établir le lien de filiation.

L'article 337 du Code civil disposait ainsi que *« L'acte de naissance portant indication de la mère vaut reconnaissance lorsqu'il est corroboré par la possession d'état »*

⁵⁴² L'art 311-25 du Code Civil dispose que « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ».

⁵⁴³ L'article 316 du Code civil dispose que « lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou maternité faite avant ou après la naissance »

⁵⁴⁴ MALLAVAL(Catherine), NOCENT(Mathieu), *Mais Qui est la Mère*, Aréne,2017, P.165.

⁵⁴⁵ « La mère est toujours certaine »

⁵⁴⁶ *Ibid.*,

L'accouchement seul ne suffisait pas à désigner la mère, la volonté était indispensable pour établir son lien avec l'enfant.

L'ordonnance du 04 juillet 2005 en supprimant la distinction des enfants nés dans le mariage et hors mariage a donné plus d'effectivité à l'adage « *Mater semper certa est* ». Cet adage « *acquiert une autonomie que jusqu'alors le droit français lui avait refusée* »⁵⁴⁷.

L'article 311-25 du Code civil issu de l'ordonnance de 2005 en alignant la filiation légitime à la filiation naturelle, considère ainsi que la filiation maternelle selon la loi résulte du seul fait de l'accouchement. L'établissement de la filiation maternelle après l'ordonnance du 04 juillet 2005 n'est plus soumis à la volonté dans le cas de la filiation naturelle.

L'article 311-25 « *supprime du lien de filiation naturel la nécessité du consentement de la mère dans la durée, puisque sa seule mention à l'acte de naissance lui confèrera sa qualité* »⁵⁴⁸. Ce n'est qu'à défaut dit l'article 316 alinéa 1 du Code civil « *qu'elle peut l'être par une reconnaissance de maternité faite avant ou après la naissance.* ».

Le troisième mode d'établissement est alors la possession d'état par acte de notoriété selon l'article 317 alinéa 1 du code civil.

Cependant, l'adage « *Mater semper certa est* » est remis en cause ou tempérée dans certains cas. En effet, une femme peut accoucher et ne pas vouloir assumer son rôle de mère. Dans ce cas, le fait de l'accouchement n'est pas contesté, seul l'établissement juridique de la maternité n'est pas établi. La faculté de refuser que la maternité soit établie par l'effet de la loi est logiquement déduite de l'article 316 du civil qui dispose que, « *lorsque la filiation n'est établie par l'effet de la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou maternité faite avant ou après la naissance* ».

De plus l'article L.224-4,1^o, du Code de l'action sociale et des familles déclare que sont admis en qualité de pupille de l'état, donc en qualité d'enfant adoptable, car sans famille, « *Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue* ».

La mère qui accouche peut refuser sa maternité par l'effet de la loi ou par reconnaissance, ou accoucher « sous X » et demander que le secret⁵⁴⁹ de son admission et de son identité soit préservé. L'exigence légale du consentement de la femme qui accouche montre alors une dissociation entre accouchement et maternité et fragilise l'adage « *Mater Semper Certa Est* ».

⁵⁴⁷ DOUCHY-OUDOT(Mélina), « L'application de L'adage *Mater Semper Certa Est* dans et hors du mariage » in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater Semper Certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant,2018, p.51.

⁵⁴⁸ *Ibid.*,

⁵⁴⁹ L'article 326 du Code civil dispose que « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé »

Si la mère est en générale celle qui accouche, comment la donneuse d'ovules est-elle considérée ?

Lorsqu'une femme pour devenir mère a recours à un don d'ovocytes, la maternité est divisée entre la femme qui transmet son patrimoine génétique, la donneuse de gamètes et celle qui porte l'enfant, la gestatrice. Dans cette subdivision des rôles, qui est la mère ? La donneuse d'ovocytes est-elle considérée comme une mère ?

La loi bioéthique du 29 juillet 1994⁵⁵⁰ a encadré la procréation médicalement assistée et consacré le principe d'anonymat des donneurs de gamètes. Ce principe d'anonymat implique alors que la donneuse d'ovocyte n'a aucun rôle dans la procréation.

L'article 16-8 du Code civil dispose ainsi qu'« *Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ».

L'assistance médicale à la procréation a pour conséquence d'effacer le rôle de la donneuse d'ovules qui a transmis son patrimoine génétique. On parle alors de « gommage biologique »⁵⁵¹, le droit français ne reconnaît que la mère biologique, celle qui a porté l'enfant et qui l'a mis au monde. La dissociation entre mère gestatrice et mère génétique n'apparaît pas.

Il existe toutefois une exception en cas de nécessité thérapeutique où seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification⁵⁵² de ceux-ci.

Ce principe d'anonymat instauré par la loi du 29 juillet 1994⁵⁵³ est toujours en vigueur et non modifié par les lois du 06 août 2004⁵⁵⁴ et du 07 juillet 2011⁵⁵⁵.

La nouvelle⁵⁵⁶ loi bioéthique du 3 août 2021 a instauré un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA qui pourront accéder à des données non identifiantes du donneur tel que l'âge, les caractères physiques ou à l'identité du donneur à leur majorité.

⁵⁵⁰ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p.11060.

⁵⁵¹ ARNAUDIN(Cécile), *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, Thèse dactyl., Bordeaux, 1999, spéc. n° 359, p.327.

⁵⁵² L'article 16-8 alinéa 2 du Code civil dispose qu'« En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci »

⁵⁵³ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* 30 juillet 1994, n° 175, p. 11060.

⁵⁵⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF* 7 août 2004, p. 14040.

⁵⁵⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* 8 juill. 2011, p. 11286.

⁵⁵⁶ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, , disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

Le droit français en posant un principe d'anonymat des donneurs efface le rôle de la donneuse d'ovocyte qui n'est alors aucunement considéré comme une mère.

L'article 311-19 alinéa 1 du Code civil dispose à cet effet, « *Qu'en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ».

Les modes d'établissement du lien de filiation à l'égard du donneur, acte de naissance, reconnaissance, possession d'état, action contentieuse en recherche de filiation sont exclues.

La femme à l'origine du projet parental est protégée contre toute sorte d'action à son encontre.

La mère est la gestatrice, celle qui accouche de l'enfant et non celle qui transmet son patrimoine génétique. Le rôle lié à la procréation est dévolu entièrement à la mère gestatrice au détriment de la mère génétique.

La filiation maternelle est gestationnelle « *mater semper certa est* » la mère est certaine et demeure gestationnelle malgré l'intervention d'une donneuse de gamètes indispensable dans ce processus.

Le droit commun de la filiation s'applique à la mère gestationnelle qui a eu recours à un don de gamètes.

La filiation maternelle d'un enfant né par procréation médicalement assistée avec don d'ovocytes est soumise aux règles de l'ordonnance du 04 juillet 2005 en principe par l'indication de l'identité de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant selon l'article 311-25 du Code civil. Le critère de la maternité est l'accouchement⁵⁵⁷.

L'article 311-20 alinéa 2 du Code civil dispose que « *Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée ou que le consentement a été privé d'effet.* »

« *La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* »⁵⁵⁸. En d'autres termes, dès lors que la femme a accouché de l'enfant, la filiation maternelle est inattaquable, bien qu'elle ait eu recours à un don de gamètes.

Le lien juridique de la maternité est indifférent du lien génétique. La grossesse fonde la spécificité de la maternité. Dans le cas de la gestation pour autrui, au regard du droit français c'est la mère porteuse qui est la mère car c'est elle qui porte l'enfant et le met au monde.

⁵⁵⁷ A. DIONISI-PEYRUSSE, M. PICHARD, *Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil, préc., spéc. p. 59.*

⁵⁵⁸ L'article 332 alinéa 1 du Code civil dispose que « la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant »

La gestatrice en droit français est la mère indépendamment de savoir si elle a eu recours à un don d'ovocytes ou d'embryons et que ce n'est pas la mère génétique. La mère est celle qui accouche bien que n'ayant pas transmis son patrimoine génétique.

« Si l'accouchement a été retenu comme révélant la mère, c'est parce que la femme ayant accouché et la génitrice de l'enfant étaient nécessairement la même personne, et que l'accouchement était plus facile à prouver que l'engendrement. L'éviction de la génitrice qui en résulte n'a jamais été voulue ni même pensée comme telle »⁵⁵⁹.

Autrefois, celle qui portait l'enfant était nécessairement celle l'ayant engendré, *« L'assimilation de la maternité à la gestation n'est à l'origine qu'une facilité de preuve »⁵⁶⁰.*

La nouvelle loi bioéthique en première lecture à l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019 avait pour projet de lever l'anonymat des donneurs de gamètes. La nouvelle loi bioéthique⁵⁶¹ du 3 août 2021 a instauré un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA qui pourront accéder à des données non identifiantes du donneur tel que l'âge, les caractères physiques ou à l'identité du donneur à leur majorité. Les enfants nés de dons⁵⁶² pourront avoir accès à leur majorité à l'identité du donneur de gamètes, par la création d'une commission dédiée et d'une base de données centralisée et sécurisée, gérée par l'agence de biomédecine.

Malgré le nouveau⁵⁶³ droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA, la gestation est prédominante dans la maternité au détriment de la génétique relayée au second plan.

Le don d'ovocytes est occulté et c'est ce qui explique que : *« le droit français évince la donneuse et ne connaît comme mère que la receveuse, qui, elle a porté l'enfant »⁵⁶⁴.*

Quand est-il dans le cas de la gestation pour autrui ?

Selon Elly Teman⁵⁶⁵,

« L'une des principales questions théorisées dans les débats académiques et politiques sur la GPA est la déconstruction du rôle maternel. Alors qu'on a tendance à le considérer comme un tout, il se décline en au moins en trois mères potentielles, génétique, gestationnelle, sociale.

⁵⁵⁹ MIRKOVIK(Aude), « La Maternité à L'épreuve de la PMA et de la GPA » in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater Semper Certa Est ?* Coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant, 2018, p.222.

⁵⁶⁰ *Ibid.*,

⁵⁶¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁵⁶² Assemblée nationale, n°2187, projet de loi relatif à la bioéthique (renvoyé à une commission spéciale), 24 juillet 2019. Le projet de loi est disponible en ligne sur le site : www.assemblee-nationale.fr. Sur le projet de loi, v. not. : AJ Fam. 2019, p.433, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

⁵⁶³ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁵⁶⁴ Article 311-19 du Code civil

⁵⁶⁵ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui- Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.190.

La maternité est « *le seul vecteur de rattachement spatio-temporel de l'enfant* »⁵⁶⁶ Dans les États qui autorisent la gestation pour autrui la filiation maternelle est incertaine, « *Les situations oscillent du cas de la mère porteuse -mère biologique cependant évincée jusqu'à celui de la mère d'intention qui a donné ses gamètes et se trouve être la mère biologique, toutefois en position délicate car n'étant pas celle qui a accouché* »⁵⁶⁷.

Les techniques d'assistance médicale à la procréation exogène par le principe d'anonymat ont impliqué le rattachement de l'enfant selon la loi aux parents qui ne sont pas les parents biologiques.

La gestation pour autrui doit -elle suivre le même procédé ? Qu'en est-il de la maternité en cas de gestation pour autrui ?

En droit positif français, la maternité revient à la mère porteuse, celle qui a mis l'enfant au monde.

Une mère porteuse s'étant ravisée quatre ans après la naissance de l'enfant, obtint en justice l'annulation de l'acte de naissance de l'enfant déclaré comme né de la mère d'intention et la reconnaissance de sa maternité. Les gamètes bien qu'appartenant à la mère d'intention ne remettait pas en cause la maternité de la mère porteuse.

« *En droit français, la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde* » et, en conséquence, « *la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle* »⁵⁶⁸.

Le lien entre maternité et accouchement a été réaffirmé à plusieurs reprises par les juridictions.

Concernant le recours de la GPA à l'étranger, la Cour d'appel de Rennes⁵⁶⁹ a considéré que « *La femme qui figure sur l'acte de naissance, comme étant Madame, n'est pas celle qui a accouché de l'enfant par opposition au principe « Mater semper certa est », et « en l'état actuel du droit positif, la filiation maternelle ne peut être attribuée qu'à la femme qui a accouché* »

En ce sens, la même Cour⁵⁷⁰ a rappelé, le 07 mars 2016, « *qu'en l'état actuel du droit positif et conformément à la maxime « Mater semper certa est » la filiation maternelle ne peut être attribuée qu'à la femme qui a accouché* ».

⁵⁶⁶ HAUSER(Jean), *L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée*, RTDciv. 2003, p. 488.

⁵⁶⁷ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?*, Mare & Martin, 2018, p.22.

⁵⁶⁸ MIRKOVIK(Aude), « La Maternité à L'épreuve de la PMA et de la GPA » in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater Semper Certa Est ?* Coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant, 2018, p.224.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p.225.

⁵⁷⁰ CA Rennes, 7 mars 2016, n°15/03855.

De même la Cour de cassation dans trois décisions du 05 juillet 2017⁵⁷¹ a considéré que « *concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement* ».

La transcription des actes de naissance des enfants nés par GPA à l'étranger qui admet cette pratique est autorisée si les actes sont conformes à la réalité selon l'article 47 du Code civil.

Qu'elle est la signification de « *conformité à la réalité* » ?

Concernant la maternité, les arrêts du 05 juillet 2017⁵⁷² considèrent que la réalité correspond à la réalité charnelle de l'accouchement.

Des arrêts récents ont accordé une reconnaissance récente du statut de la mère d'intention remettant alors en question la réalité de l'accouchement. Cette reconnaissance récente concerne la famille « *Menesson* ».

Dans cette affaire, des jumelles sont nées par mère porteuse en Californie, il y a dix-neuf ans.

La Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷³ avait reconnu dès 2014 la paternité du père biologique, mais ne s'était pas prononcé sur le statut de la mère d'intention.

Le juge français avait refusé de transcrire l'acte de naissance étranger à l'égard de la mère d'intention au nom de la « *vérité biologique* ». La mère d'intention pouvait alors avoir recours à l'adoption plénière pour établir son lien de filiation avec l'enfant.

La Cour de cassation⁵⁷⁴ avait ainsi accepté une transcription partielle de la filiation au motif que la réalité à laquelle l'article 47 du code civil se réfère est « *celle de l'accouchement* » se fondant ainsi à la règle de droit civil de l'article 332 alinéa 1 du Code civil.

⁵⁷¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.901 et 16-50-025 et pourvoi n°15- 28.597; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RPJF 2017-10/24, note de A. FAUTRÉ-ROBIN; AJ Fam. 2017.375, note de F. CHÉNEDÉ; AJ Fam. 2017.431, note de P. SALVAGE-GEREST ; AJ. Fam. 2017. 643 ; Dr. Fam. n°3, mars 2018, chronique 1, V. ÉGÉA.

⁵⁷² *Ibid.*,

⁵⁷³ CEDH, *Menesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁵⁷⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.901 et 16-50-025 et pourvoi n°15- 28.597; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RPJF 2017-

En 2018, la haute juridiction a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme une demande d'avis consultatif relatif au refus de la transcription de la filiation maternelle de la mère d'intention dans l'acte d'état civil étranger. C'est la première demande d'avis consultatif par la CEDH depuis l'entrée en vigueur du protocole n°16⁵⁷⁵ à la Convention européenne des droits de l'homme, le 1 août 2018.

La Cour de cassation a ainsi posé la question suivante, « *Doit-on retenir une solution différente selon que l'enfant ait été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention ?* »

La Cour européenne des droits de l'homme par un avis⁵⁷⁶ du 10 avril 2019 avait confirmé que la France restait libre des moyens pour établir le lien de filiation entre la mère et l'enfant.

Reprenant les motifs des arrêts « *Menesson* » et « *Labassée* », elle conclut que, « *Le respect dû à la vie privée de l'enfant commande également d'établir sa filiation avec le parent dont les gamètes n'ont pas été utilisés* »

Doit-on privilégier le patrimoine génétique ou la réalité biologique de l'accouchement ?

La génétique prévale-t-elle sur la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche ?

La Cour européenne ne se prononce pas clairement dans son avis⁵⁷⁷ et laisse une marge d'appréciation aux décisions nationales. Si la Cour européenne s'était prononcée favorablement sur la prédominance de la génétique, le fondement de la filiation maternelle aurait été bouleversé. Certes l'avis est expressément consultatif mais très souvent suivi par la haute juridiction afin d'éviter la condamnation de la France.

La Cour de cassation dans une décision⁵⁷⁸ du 04 octobre 2019 concernant la famille « *Menesson* » a fini par retranscrire totalement l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA.

Elle a considéré qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁷⁹ et pour ne pas porter une atteinte disproportionnée⁵⁸⁰ au respect de sa vie privée, une Gestation pour Autrui réalisée à l'étranger ne peut faire, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation

10/24, note de A. FAUTRÉ-ROBIN ; AJ Fam. 2017.375, note de F. CHÉNEDÉ ; AJ Fam. 2017.431, note de P. SALVAGE-GEREST ; AJ. Fam. 2017. 643 ; Dr. Fam. n°3, mars 2018, chronique 1, V. ÉGÉA.

⁵⁷⁵ Ce protocole prévoit que « les plus hautes juridictions d'une Haute Partie Contractante peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (art.1^{er} al.1^e)

⁵⁷⁶ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui*

⁵⁷⁷ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, demandé par la Cour de cassation, demande n° P16-2018-001, 10 avril 2019.

⁵⁷⁸ Cass., Ass.plén.,4 octobre 2019, n°10-19.053 ; D. 2019.1887

⁵⁷⁹ L'article 3 de la CIDE disponible sur le site :

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf

⁵⁸⁰ L'article 8 de la CEDH disponible sur le site : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

avec la mère d'intention. Cette reconnaissance doit avoir lieu au plus tard lorsque le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé.

Cette reconnaissance récente d'un statut de la mère d'intention nous renvoie à la thèse⁵⁸¹ sur la filiation de droit comparé où il est question de dissociation entre le statut et le rôle.

Ainsi comme il est expliqué, on assiste à une dissociation croissante de la filiation entre le statut et le rôle. De cette dissociation de la filiation découle une nouvelle subdivision entre le statut ou lien de droit qui implique un régime et le rôle ou comportement de fait qui pourrait être attaché au régime de la filiation. Une définition du statut et du rôle⁵⁸² est alors donnée pour une meilleure appréhension de cette subdivision.

L'étymologie du statut renvoie au « *statutum* » qui signifie, statuer, établir. Le statut de manière générale est un ensemble de règles établies par la loi.

Status renvoie à la notion d'état de la personne qui désigne la situation de la personne en droit privé, entre la naissance et la mort, et dans le cas de la filiation, la situation de famille (*status familiae*) découlant de la filiation et du mariage.

En droit Français, le « *status* » est défini comme « *l'ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent pour l'essentiel, la condition et le régime juridique* »⁵⁸³.

Le rôle est la manière dont le statut est accompli, c'est « *l'aspect dynamique du statut* »

L'exemple des concubins où les partenaires bénéficient des effets du statut marital car ils s'apparentent aux époux en est une illustration.

La personne qui exerce un rôle parental envers l'enfant mais n'a pas le statut de parent est révélateur de cette autonomisation entre le statut et le rôle. Les effets de la filiation sont appliqués à cette personne dépourvu du statut de parent. Cette dissociation est source de confusion puisque l'on applique aux situations de fait les mêmes effets qu'aux situations juridiques reconnues.

Il n'existe pas de définition juridique du rôle. Néanmoins la théorie des apparences qui permet une reconnaissance de certaines activités exercées sans titre sans statut s'apparente à la notion de rôle.

L'arrêt « *Mennesson* » est révélateur de cette dissociation entre le statut et le rôle, entre le fait et le droit.

⁵⁸¹ MONTILLET (Laure de Saint Pern), *La notion de filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*, thèse dactyl, Paris2,2013

⁵⁸² *Ibid.*,

⁵⁸³ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005, v. *Statut*.

La Cour de cassation a ainsi appliqué aux situations de fait les mêmes effets juridiques qu'aux situations juridiques reconnues.

« L'arrêt annoté demeurera dans les annales du droit de la famille comme une victoire du fait sur le droit »

« Car à l'évidence, l'arrêt ne constitue certainement pas, comme l'affirment certains, une victoire du droit sur la morale, mais bien différemment une victoire du fait sur le droit »

Sous l'influence de la CEDH, la Cour de cassation⁵⁸⁴ a dans cette décennie rendu des décisions contradictoires.

En 2008 et 2011, elle avait refusé de retranscrire les actes d'état civil des enfants nés d'une maternité de substitution.

En 2015, elle accepte le principe de la retranscription s'agissant du père biologique mais non de la mère non biologique contrainte d'adopter (en 2017), pour renoncer finalement à ce même principe dans cet arrêt de 2019 où elle accepte la transcription pure et simple des actes d'état civil des enfants envers leur père et mère d'intention au motif d'une « *appréciation in concreto par le juge de leur intérêt supérieur.* »

Pour Jean Hauser, il y'a une dérive à ériger en décision de droit une situation de fait de surcroît frauduleuse annulant tous les principes que l'on pensait acquis.

« L'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait en souffrir ». « Donne-moi le fait, je t'en ferai du droit ».

L'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁸⁵ renverse l'ordre public international, la fraude à la loi, la loi elle-même. Pour acter cette évolution, c'est à se demander si le Code civil en matière de filiation comme en matière d'autorité parentale ne devrait pas être réécrit pour acter cette évolution et poser en principe l'intérêt de l'enfant qui préleverait en toute matière, un intérêt apprécié « *in concreto* », « *peu importe la loi, peu importe la jurisprudence, peu importe le droit, le juge.* »

*« L'intensité des liens familiaux de fait transcende les cadres établis par le code civil. L'exercice effectif de la parenté peut conduire à sa consécration juridique subséquente : l'impérativité cède sous le poids de la réalité. L'arrêt « est révélateur de la révolution copernicienne qui est en cours dans le domaine du droit de la filiation. On aurait pu penser que l'évolution se limiterait à un glissement du mythe de l'engendrement vers le mythe de la volonté », la situation est finalement plus complexe encore »*⁵⁸⁶

La volonté est l'élément déclencheur de la parenté qui ne se « déploie » que dans l'effectivité. La situation concrète est essentielle, le principal objectif du droit de la filiation est de garantir la permanence des liens qui correspondent à une réalité sensible.

⁵⁸⁴ Cass., Ass.plén.,4 octobre 2019, n°10-19.053 ; AJ.Fam.2019.592, obs. J. HOUSIER.

⁵⁸⁵ *Ibid.*,

⁵⁸⁶ *Ibid.*, obs.G. KESSLER, Un nouveau mode d'établissement de la filiation : La consolidation de la parenté de fait

Le bien-être de la famille doit être garanti, peu importe que les parents aient eu recours au tourisme procréatif, peu importe le respect des cadres et des institutions.

La filiation doit être repensée, le statut de parent fondé aujourd'hui sur la volonté doit être dissocié de de la génétique.

« La multiplication des configurations familiales conduit à remettre en cause le modèle pseudo-procréatif, marital et hétéronormé qui l'emporte aujourd'hui »⁵⁸⁷.

Il faudrait concilier les différents intérêts en jeu, qui sont en contradiction. D'une part, le droit à la connaissance des origines qui privilégie la biologie, d'autre part la prise en compte du lien effectif privilégiant la relation sociale.

Cette étude a pour objectif de démontrer que les nouveaux enjeux de la filiation doivent être appréhendés à travers la dissociation du statut de parent qui est fondé sur la volonté et la vérité socio-affective, et celle du géniteur découlant du fait objectif de l'engendrement.

Face à ces évolutions contemporaines, la mère « *de fait* » est -elle la mère ?

La maternité peut-elle être partagée entre celle qui a désiré être mère et celle qui l'a engendré ou mis au monde ?

Cette dissociation entre le fait et le droit nous ramène à la thèse de M. le Professeur Laurent LEVENEUR⁵⁸⁸ relative à l'étude des situations de fait auxquelles étaient appliqués les effets normalement associés à la situation juridique correspondante.

Dans le domaine de la filiation, en prenant comme référence la mère d'intention, celle qui élève l'enfant qu'elle considère comme le sien n'est pas la mère conformément aux règles de droit.

Le lien de droit entre l'enfant et l'adulte n'existe pas bien que la mère d'intention se comporte comme la mère de l'enfant.

« Pourtant, si l'un des effets essentiels du statut de parent, à savoir le pouvoir de prendre des décisions pour l'enfant, lui est attribué, cette situation de fait se rapproche encore un peu plus de la situation de droit qu'est le lien de filiation ».

Le Professeur Laurent LEVENEUR⁵⁸⁹ explique que cette situation est dans une zone intermédiaire entre le droit et le non droit, ces situations « *ne sont pas des situations de droit, parce qu'elles ne respectent pas certaines conditions légales ; elles ne sont pas non plus des situations de pur fait, puisque*

⁵⁸⁷ KESSLER(Guillaume), « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », RTD civ. 2019. P.519.

⁵⁸⁸ LEVENEUR(Laurent), *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ.

⁵⁸⁹ *Ibid.*,

le droit leur fait tout de même produire des effets »⁵⁹⁰. Les situations de fait peuvent être définies comme « des situations irrégulières auxquelles sont attachés certains des effets des situations de droit correspondantes. »

« Le rôle exercé en matière de filiation relève de cette catégorie de situations de fait en ce que les effets de droits qui peuvent lui être attribués ne sont pas causés par l'existence d'un lien juridique de filiation ».

La reconnaissance de cette notion de rôle en droit permet de désigner, en matière de filiation, ces situations de fait qui ressemblent aux situations de droit mais surtout d'appréhender « la tendance pragmatique qui consiste à accorder les effets d'un statut à la personne qui semble en bénéficier »⁵⁹¹.

« De plus, la notion de rôle contribuerait à faire apparaître l'aspect relationnel du droit, trop souvent sacrifié ».

La notion de rôle permettrait ainsi de mettre en exergue la transformation fondamentale dont la notion de filiation a fait l'objet ces dernières années, passant d'un lien à une relation.

Pour Jean Hauser⁵⁹², la consécration juridique du fait accompli implique que celui-ci est « source de droit ».

Dans le même sens en décembre 2019, La haute juridiction⁵⁹³ étend sa jurisprudence « *Menneson* » et ordonne la transcription totale de l'acte de naissance étranger indépendamment du mode de conception de l'enfant.

Une évolution importante de la Cour de cassation où les parents de même sexe d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ou procréation médicalement assistée peuvent demander la transcription totale de l'acte d'état civil étranger s'il est conforme au droit local.

La Cour de cassation en acceptant la retranscription totale des actes de naissance établis à l'étranger va plus loin que les juges strasbourgeois et reconnaît indirectement un statut à la mère d'intention.

Le droit positif français en reconnaissant indirectement un statut de mère légale à la mère d'intention se rapproche alors du droit israélien qui privilégie en premier lieu le patrimoine génétique de la mère d'intention et l'absence de ce lien entre la mère porteuse et l'enfant.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁹¹ MONTILLET (Laure de Saint Pern), *La notion de filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*, thèse dactyl, Paris2,2013

⁵⁹² HAUSER (Jean), « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD Civ.* 2008, p.93.

⁵⁹³ Cass.1^{re} civ.,18 décembre 2019, n°18-11.815, n°18-12.327.

En posant la question à la CEDH, il semble opportun pour la Cour de cassation de différencier la mère d'intention qui n'a eu qu'un projet de désir d'enfant sans apport de ces gamètes et celle qui transmet son patrimoine génétique.

Si l'adage « *Mater semper certa est* » fonde la filiation maternelle, la gestation pour autrui remet fondamentalement en cause cette certitude.

Si la PMA exogène remet en question la certitude de la maternité, la GPA contredit cet adage qui aujourd'hui perd tout son sens.

Mais doit-on considérer que la mère porteuse qui n'a pas fait don de son ovule et qui n'a pas transmis la moitié de son patrimoine génétique à l'enfant est la véritable mère ?

Dans le cas contraire, celle qui a fait don de ses gamètes et qui porte l'enfant et le met au monde est-elle la véritable mère ?

« Cette appellation n'est pas particulièrement inopportune lorsque cette femme n'a pas de lien biologique avec l'enfant même si elle assure sa gestation, qui pour être essentielle, n'en est pas moins un état transitoire ? L'omnipotence du terme mère bloque tout raisonnement qui cherche à distinguer les différentes dimensions du maternage »⁵⁹⁴.

Dans le cas où la mère porteuse est aussi la donneuse d'ovules, on ne peut se soustraire à l'idée que celle-ci est la véritable mère de l'enfant, mère génétique, mère gestatrice, mère qui accouche.

La mère d'intention dans ce cas est alors à l'origine du projet d'enfant, du désir d'enfant concrétisé par le rôle d'une mère porteuse, génétique, gestatrice.

La mère sociale celle qui aura le rôle de l'éduquer, comment la désigne-t-on alors ?

Comme le soulignait le Doyen Cornu⁵⁹⁵,

« La filiation n'est pas seulement la naissance ; la famille n'est pas seulement le sang, mais grandir, vivre, vieillir ensemble ». La mère n'est ainsi pas nécessairement la femme qui donne naissance à l'enfant, elle est peut-être, davantage celle qui assume cette fonction au quotidien ».

Le fondement de la filiation n'est pas uniquement la filiation génétique, celle-ci se fonde aussi sur la reconnaissance ou la possession d'état selon l'article 310-1 du Code civil. Le droit de la filiation est ainsi fondé sur la volonté caractérisée par la reconnaissance ou la possession d'état.

La filiation d'intention qui n'est autre qu'une filiation fondée sur la volonté dans le cas de la gestation pour autrui peut-elle être fondée juridiquement ?

⁵⁹⁴ FULCHIRON(Hugues), SOSSON(Jehanne), *Parenté, filiation, origines. Le droit à l'engendrement à plusieurs*, Bruylant,2013, p.33.

⁵⁹⁵ G. CORNU, *La filiation*, In : *Réformes du droit de la famille*, APD, Tome 20, Sirey, 1975, p. 29-44, spéc. p.36.

Le lien de filiation maternelle est confus en cas de gestation pour autrui.

« *Le droit doit-il rester impératif, même s'il fait une place à la volonté, ou devient 'il supplétif au nom de la liberté de créer, détruire, reconstituer des filiations au gré des désirs et des besoins ?* »⁵⁹⁶.

« *Le rapport binaire père, mère est faussé par l'immixtion du tiers dans la procréation sans que n'apparaisse la personne même de ce tiers. Le droit positif français l'éjecte par l'anonymat du donneur de gamètes, mais il s'y refuse encore lorsqu'il d'agit de substituer à la mère qui a assuré la gestation une autre femme, la gestation pour autrui restant illicite en droit français* »⁵⁹⁷

Peut-être devrait-on alors distinguer deux fonctions de la maternité, la maternité biologique qui implique que la mère est celle qui accouche et la maternité juridique qui consiste dans l'établissement d'un lien de filiation ?

Dissocier alors le fait de l'accouchement du droit de la filiation ?

« *Il semble difficile, voire impossible, dans ce contexte sémantique et juridique, d'appliquer l'adage « Mater semper certa est » à ces femmes, nécessairement étrangères, puisque le procédé est totalement prohibé en France* »⁵⁹⁸.

Qui est la mère dans le cas de la gestation pour autrui ?

L'adage « *Mater semper certa* »⁵⁹⁹ « *est dévoyé car la nature de l'accouchement est préalablement dévoyée. Chacun sait que ces femmes ne sont ni pensées ni traitées comme étant des mères. Elles sont réifiées en incubateurs* ».

Selon Claire Neirink, ces femmes qui n'ont aucun droit sur l'enfant qu'elles ont mis au monde ne sont pas des mères.

« *Ces maternités ne sont pas source d'identité pour l'enfant ; contractuellement la mère porteuse⁶⁰⁰ est un ventre : celle-là ou une autre, quelle différence pour l'identité de l'enfant ?* ». La mère qui accouche n'est qu'une « *mère de paille* »⁶⁰¹, cette femme a accouché mais elle n'est rien sur le terrain juridique de la maternité.

Le lien juridique qui rattache l'enfant à sa mère, celle qui accouche est remis en question quand la « *volonté maternelle l'emporte sur l'effectivité de l'accouchement* », la volonté⁶⁰² d'accoucher anonymement ou la volonté de conclure un accord de gestation pour autrui.

⁵⁹⁶ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.34.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p.35.

⁵⁹⁸ NEIRINCK(Claire), « Maternité et Identité » in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant, 2018, p.174.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p.176.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p.176-177.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p.177.

⁶⁰² *Ibid.*, p.178.

La procréation médicalement assistée bouscule les repères de la maternité. Un couple de femmes bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation permet à la femme qui n'a pas mis au monde l'enfant d'être considéré comme la mère. C'est aussi le cas en cas de recours à la Gestation pour autrui lorsque la mère d'intention a utilisé ses ovocytes et a fait appel à un don de sperme.

Dans le cas du recours à la gestation pour autrui par deux femmes, qui est la mère ?

La loi du 17 mai 2013⁶⁰³ autorisant le mariage pour tous a permis l'adoption plénière par l'épouse de la mère.

Selon l'article 345-1,1^o « *elle n'est possible que si l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard du conjoint.* »

L'adoption de l'enfant du conjoint implique alors que l'enfant a deux mères, la mère qui l'a accouché et celle qui l'a adopté. On peut alors parler de « *Co-maternité ou de reconnaissance juridique d'une paire de mères* »⁶⁰⁴.

La loi du 17 mai 2013 parle de parents de même sexe. La transcription du jugement de l'enfant adopté se substitue à son acte de naissance. Aucune distinction est faite entre la mère qui accouché de l'enfant et celle qui l'a adopté, « *La maternité est dédoublée dans cette hypothèse* »⁶⁰⁵.

Lorsqu'un couple de femmes recourt à une gestation pour autrui, la maternité est encore subdivisée entre la mère d'intention et l'épouse de la mère.

La maternité est éclatée en cas de recours à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui et permet à quatre femmes de se revendiquer en tant que mère : celle qui met au monde l'enfant, la donneuse d'ovocyte, la mère d'intention et l'épouse de la mère, « *bénéficiaire d'une présomption de co-maternité* »⁶⁰⁶.

Certaines législations comme l'Angleterre, l'Espagne ont légalisé la co-maternité⁶⁰⁷ considérant le jugement d'adoption inutile, dès lors qu'une femme consent à l'insémination artificielle de sa conjointe, « *L'accord de deux femmes concrétise une présomption de co-maternité* »⁶⁰⁸. Dans cette situation, l'adage « *Mater semper certa est* » n'a plus de sens, la mère est incertaine dans cette maternité éclatée.

⁶⁰³ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO n°0114 du 18 mai 2013

⁶⁰⁴ NEIRINCK(Claire), « Maternité et Identité », in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant,2018, p.186.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p.185.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p.187.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p.185.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p.186

L'intérêt⁶⁰⁹ de l'enfant souvent invoqué pour une retranscription de la filiation paternelle en cas de recours de la GPA à l'étranger pourquoi ne serait-il pas le même pour une retranscription maternelle dès lors que la femme a donné ses ovules ? Certains pays acceptent de retranscrire sur l'état civil de l'enfant la mère génétique au détriment de celle qui a accouché. « *Le fait aujourd'hui n'impose plus automatiquement le statut correspondant* »⁶¹⁰.

« *Dans le cas de la gestation pour autrui, toute l'opération repose sur la volonté des protagonistes qui seule détermine le rôle attribué à chacun sur le terrain de la filiation* »⁶¹¹.

La vérité de l'engendrement⁶¹² est occulté dans ce cas et l'adage « *Mater semper certa est* » ne signifie plus rien.

Si la mère est celle qui accouche, comment la donneuse d'ovules est-elle considérée ?

Parce que le prélèvement d'ovules chez la mère d'intention ou une donneuse est techniquement plus contraignant pour la mère porteuse, plus éprouvant, celle-ci peut choisir de porter l'enfant et de concevoir cet enfant avec ces ovules.

Il existe différentes sortes de gestation pour autrui, d'une part celle où la mère porteuse est aussi la donneuse d'ovules, dans ce cas on ne peut se soustraire à l'idée que la gestatrice est aussi la véritable mère. Dans une seconde hypothèse, où il y'a don d'ovules, ni la mère d'intention, ni la mère porteuse ne sont les mères biologiques. Enfin dans une troisième hypothèse où la mère d'intention donne ses ovules et est la mère génétique de l'enfant.

Peut-on se questionner de savoir qui est la mère quand la gestation pour autrui sera une pratique autorisée pour les hommes ?

La gestation pour autrui est souvent pratiquée par deux hommes qui désirent un enfant issu de leurs gènes.

Qu'en est-il de la place de la mère dans ce cas ?

La mère est effacée complètement dans ce processus de gestation, la lignée maternelle n'existe pas.

La mère dans cette subdivision des rôles du fait de la gestation pour autrui est incertaine et dans le cas de ce processus utilisé par les hommes est effacée.

⁶⁰⁹ *Ibid.*,

⁶¹⁰ NEIRINCK(Claire) « Maternité et Identité » in Fiorentino K et Fiorentino A, *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant,2018, p.187.

⁶¹¹ *Ibid.*, p.188.

⁶¹² *Ibid.*,

« La GPA réalise cette fois l'éviction de la mère, déjà rendue incertaine, et organise son effacement. la maternité apparaît comme une option dans la filiation, que l'on retient ou non en fonction du projet d'enfant. Elle devient relative au point de demeurer ou disparaître en fonction des accords passés entre les différents protagonistes »⁶¹³.

Si la conception d'un enfant nécessite l'intervention de plusieurs acteurs, alors la construction de cet enfant nécessite la connaissance de celui-ci des différents intervenants pour sa venue au monde.

La levée de l'anonymat du don est donc nécessaire. Quant au monde de conception de l'enfant il doit être notifié dans un registre dans lequel il pourra y accéder à sa majorité comme c'est le cas en Israël.

En droit israélien qui est la mère ?

Les avis des rabbins ⁶¹⁴divergent quant à la qualification de la mère en cas de gestation pour autrui. Pour certains c'est la donneuse d'ovules qui est la mère car selon le tribunal rabbinique (Sanhédrin) la vie commence à la conception. Mais la halakha suit la Mishna d'Oholot (7 :6) et d'autres sources s'appuie sur le fait que la vie commence à la naissance.

Néanmoins l'opinion de la plupart des rabbins est qu'ils considèrent la mère porteuse comme la mère. L'identité maternelle est ainsi déterminée par la gestation et la naissance. La mère porteuse gestationnelle est la mère de l'enfant. Le rabbin Mackler⁶¹⁵ cite le cas d'une femme enceinte qui se convertit. L'enfant est considéré comme juif lorsqu'il émerge de l'utérus parce que la mère est juive, malgré le fait que l'enfant ait des gènes non juifs. La phrase talmudique *ubar yereck imo* « un embryon fait partie de la mère plutôt qu'une entité indépendante ». Pour d'autres rabbins, l'enfant a deux mères à la fois la donneuse d'ovules et la mère porteuse.

La maternité de substitution est autorisée et fonde sa source dans la bible⁶¹⁶ concernant la mitsva (bonne action) de se multiplier.

Trois matriarches souffraient d'infertilité, Sarah⁶¹⁷, Rivkah⁶¹⁸ et Rachel⁶¹⁹. La servante⁶²⁰ semblable à la mère porteuse a fourni à la fois l'ovule et l'utérus. Bien qu'il existe une différence entre la

⁶¹³ MIRKOVIC(Aude), « La Maternité à l'épreuve de la PMA et GPA » in Fiorentino Ket Fiorentino A, *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, Bruylant, 2018, p.227.

⁶¹⁴ GOLINKIN, David., « What does Jewish law have to say about surrogacy » [en ligne], *The Schechter Institutes*, 2012, vol.7, n°3, [consulté le 10/03/2019]. URL: <https://schechter.edu/what-does-jewish-law-have-to-say-about-surrogacy/>

⁶¹⁵ GOLINKIN, David., « What does Jewish law have to say about surrogacy » [en ligne], *The Schechter Institutes*, 2012, vol.7, n°3, [consulté le 10/03/2019]. URL: <https://schechter.edu/what-does-jewish-law-have-to-say-about-surrogacy/>

⁶¹⁶ *Genèse* 1.28

servante biblique et la mère porteuse⁶²¹ moderne, trois valeurs communes ont été relevées ; le recours à une tierce personne est autorisée afin d'assurer la descendance du mari, la torah reconnaît le rôle maternel des futures mères bien que les enfants aient été issues de la servante, ces enfants étant considérés comme les descendants du patriarche jouissant de tous les droits de succession.

En Israël, la mère porteuse ne doit en aucun cas être aussi la mère génétique de l'enfant selon la loi de 1996⁶²².

En France on évoque le terme « gestation pour autrui » indépendamment de savoir si la mère porteuse est la mère génétique de l'enfant ou pas. Cependant il est primordial de distinguer la mère porteuse qui a donné son ovule et celle qui porte l'enfant sans transmettre son patrimoine génétique.

Selon Aude Mirkovic⁶²³, on parle de procréation pour autrui lorsque l'ovocyte appartient à la femme porteuse ; dans ce cas celle-ci est génitrice et gestatrice, dans le cas contraire où l'ovocyte provient d'une donneuse ou de la demandeuse, la femme porteuse est uniquement gestatrice et on parle dans ce cas de gestation pour autrui.

Plus largement, la gestation pour autrui implique le fait de faire porter un enfant à une mère porteuse sans différencier si cette femme est la génitrice de l'enfant ou pas.

Ceci résulte du fait que jusqu'à aujourd'hui en France et par ailleurs dans plusieurs pays la mère est celle qui accouche.

Cette dénomination « mère porteuse » participe de la confusion de langage dans le cadre de ce processus. L'emploi du mot « mère » empêche une dissociation entre la gestatrice et la mère d'intention, on ne sait plus qui est la mère. Cette confusion est prédominante lorsque la mère porteuse est aussi la mère génétique.

C'est pourquoi il semble indispensable de distinguer la GPA stricto sensu de la GPA en général où la mère porteuse peut aussi être la donneuse d'ovules.

⁶¹⁷ *Genèse* 16

⁶¹⁸ *Genèse* 25 .21

⁶¹⁹ *Genèse* 30 :1-2

⁶²⁰ GOLINKIN, David., « What does Jewish law have to say about surrogacy » [en ligne], *The Schechter Institutes*, 2012, vol. 7, n°3, [consulté le 10/03/2019]. URL: <https://schechter.edu/what-does-jewish-law-have-to-say-about-surrogacy/>

⁶²¹ *Ibid.*,

⁶²² V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁶²³ MIRKOVIC (Aude), *PMA, GPA, Quel respect pour les droits de l'enfant*, Téqui, 2016, p.8.

2. Une plus grande clarté dans le cas de la gestation pour autrui « *stricto sensu* » :

En Israël, selon la halakha, on considère que la mère est celle qui accouche. Paradoxalement les mères porteuses ne sont pas considérées comme les véritables mères.

« Pundekait⁶²⁴ » (en hébreu) est la dénomination pour ces mères porteuses considérées comme des « hôtesse, des « aubergistes » et non comme des mères.

Cette désignation de ces « mères porteuses » clarifie le rôle respectif de chacun des intervenants dans ce processus. Cette dénomination est rendue possible en posant comme condition strict que, « *La mère porteuse n'est en aucun cas la donneuse d'ovules* » selon l'article 2 de la loi de 1996. En Israël, la mère porteuse est gestatrice et en aucun cas la mère génétique. La donneuse d'ovules n'est en aucun cas la mère porteuse selon l'article 2 de la loi du 7 mars 1996⁶²⁵.

En règle générale la mère d'intention est la mère biologique, le don d'ovules étant permis en cas d'impossibilité de donner ces ovocytes.

La gestation pour autrui fait ici intervenir selon deux hypothèses, trois ou quatre intervenants.

Dans une première hypothèse, La mère porteuse, la mère d'intention qui donne son ovule et le père génétique.

Dans une seconde hypothèse où la mère d'intention ne peut donner ces ovules ce processus fait intervenir quatre personnes.

La mère porteuse en Israël n'est en aucun cas la donneuse d'ovules⁶²⁶ ce qui lui permet alors de ne pas se considérer comme une mère. Certes elle porte l'enfant de la mère d'intention ce qui n'est pas anodin et lourd de conséquences. Néanmoins, son rôle reste plus limité et moins lourd psychologiquement que si elle avait donné aussi ces gamètes.

L'amendement du 27 octobre 2018⁶²⁷ permet désormais aux femmes célibataires d'avoir recours à la gestation pour autrui. Elles ne peuvent toutefois pas recourir à un don d'ovules comme cela est le cas pour les couples hétérosexuels. Dans l'impossibilité de fournir ces gamètes, les femmes célibataires ne pourront accéder à la maternité de substitution.

⁶²⁴ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec,2018, p.193.

⁶²⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁶²⁶ *Embryo carrying agreement, article 2*

⁶²⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

On soulignera l'importance en Israël de la génétique dans la filiation, le double don de gamètes étant interdit par la loi de 1996 et l'amendement de 2018.

En exigeant que la mère porteuse ne peut en aucun cas faire don de son ovule, ceci implique une plus grande clarté quant aux rôles respectifs de chacun des intervenants dans ce processus.

Le rôle de la gestatrice est certes conséquent et donner ses gamètes la légitimerait à se considérer comme la véritable mère de l'enfant. Or le don d'ovules provenant de la mère d'intention ou d'un donneur certes accroît le nombre d'intervenants dans ce processus mais permet psychologiquement à la mère d'intention de se sentir « pleinement mère » et à la gestatrice d'être une aide précieuse à l'aboutissement de cette maternité sans en être la mère. Ainsi, les gestatrices se considèrent comme des « hôtesse » et en aucun cas des mères.

La maternité tient une place très importante et le fait de « donner un enfant » est d'autant plus compliqué dans ce contexte. Selon Elly Teman ,

*« D'aucune façon, les gestatrices n'ont voulu être considérées comme la mère de l'enfant à qui elles ont donné naissance grâce à la GPA : ce n'est qu'en redéfinissant ce processus comme « la naissance d'une mère » c'est-à-dire le fait de transformer une autre femme en mère, qu'elles ont pu accorder leur travail reproductif avec les objectifs pro natalistes de la société israélienne(Teman 2010).il était absolument essentiel pour elles que personne ne se trompe et ne pense qu'elles étaient en quelque sorte la mère de l'enfant à naître, et jamais elles n'ont prononcé le mot mère en parlant de leur relation avec celui-ci .de plus, elles ne se sont jamais identifiées en tant que « mères porteuses »comme la loi sur la GPA les désigne pourtant. Au lieu de cela, elles ont utilisé l'expression hébraïque populaire *pundekait*, qui pourrait se traduire par « aubergiste » ou « hôtesse »⁶²⁸.*

Cette conceptualisation de la GPA en tant « qu'hébergement » convient parfaitement à la façon dont elles se représentent leur rôle. Elles se considèrent simplement comme l'hôtesse de ce bébé et de cette famille, ces voyageurs éreintés pendant leur périple ».

Ce rôle qu'elles s'incombent est d'autant plus acceptable dans la mesure où elles ne font pas don de leurs ovules.

Le rôle de mère porteuse est restreint à celui de gestatrice et en aucun cas génitrice.

Ces gestatrices ne se considèrent en aucun cas comme les mères de ces enfants, l'ovule appartenant soit à la mère d'intention dans la plupart des cas, soit à une donneuse d'ovules. Pour ces gestatrices, seule la filiation biologique importe.

⁶²⁸ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec,2018, p.193.

Ainsi relate une gestatrice⁶²⁹ ,

« Je n'ai aucun lien avec cet enfant. C'est comme le nom le dit : je suis littéralement une auberge (*pundak*). Cet enfant est en pension (*achsania*) chez moi pendant neuf mois et je suis seulement l'hôtesse (*pundekait*). Ce n'est pas mon ovule et je n'ai aucun rapport avec cet enfant ».

La mère d'intention, mère biologique en général réunit alors deux rôles, celle-ci est la mère génétique de l'enfant et c'est elle qui l'éduquera et l'élèvera.

Dans ce schéma d'une gestation « *stricto sensu* », le rôle de la mère porteuse est valorisée impliquant simultanément une légitimité de la « mère d'intention » à se sentir pleinement mère.

B. La place respective de la mère porteuse et de la mère d'intention

Si la donneuse d'ovules tient un rôle non négligeable dans ce processus, l'anonymat du don a pour conséquence un effacement de sa place dans ce processus, la mère porteuse se sentant investie d'une mission (1) et la mère d'intention légitime en tant que véritable mère (2)

1. L'accomplissement d'une « *Mitsva* » (bonne action) :

Les faits pragmatiques de la gestation pour autrui en Israël nous permettent une étude empirique de ce processus et un recul nécessaire pour l'appréhension de cette notion.

Selon Jean-Michel Morin⁶³⁰, Maître de conférence à l'Université Paris Descartes, « *Le droit dit ce qui doit être, l'éthique dit ce qui devrait être la sociologie constate ce qui est* ».

Tout sociologue est animé par l'envie de se prononcer sur des règles ou des valeurs et de sortir de l'étude des faits sociaux.

Le rôle de la mère porteuse en Israël n'est pas réduit à un simple ventre. Les études menées par l'anthropologue Elly Teman⁶³¹ à travers les récits de ces mères porteuses démontrent que celles-ci se sentent valorisées en aidant une autre femme à être mère. Pour celles-ci, c'est une grande *mitsvah* (bonne action) que de pouvoir contribuer à la naissance d'un enfant.

Pour Elly Teman, « *La loi israélienne sur la gestation pour autrui et sa relation avec la loi judaïque sont des sujets fascinants d'un point de vue anthropologique* »⁶³².

⁶²⁹ *Ibid.*, p.195.

⁶³⁰ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.141.

⁶³¹ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.192.

⁶³² *Ibid.*,

Elly Teman s'est attachée à explorer les expériences des personnes directement impliquées dans les accords de gestation pour autrui. Un travail de terrain anthropologique en Israël entre 1998 et 2006.

Pour cet anthropologue, d'un point de vue culturel, les liens qui unissent la mère d'intention et la gestatrice sont ancrés dans ce que « *l'on a appelé l'obsession judéo-israélienne de la maternité* »⁶³³

Les politiques pro-natalistes font de la « natalité » une « mission nationale », et les gestatrices ne ressentent aucune dévalorisation à porter l'enfant d'une autre. Celles-ci sont fières de porter l'enfant d'une autre et en parlent aisément à leur entourage.

« Ce qui est clair c'est que la maternité n'est jamais remise en question en Israël. Même aujourd'hui alors que de nombreuses sociétés considèrent que le choix de vivre sans enfant est tout à fait légitime, les voix des natalistes se font rarement entendre dans les arènes israéliennes, qu'elles soient politiques ou privées ».

D'aucuns suggèrent que ce « culte de la fertilité » est enraciné dans une variété de facteurs, comme la directive biblique de tradition juive incitant à « être féconds et à se multiplier ».

La course démographique opposant les taux de natalité juif et palestinien, la volonté de remplacer les six millions de juifs assassinés durant l'holocauste et enfin, les besoins affectifs d'un peuple en état de guerre permanente.

D'autres considèrent que la pression sociale exercée sur les femmes pour qu'elles se reproduisent est la conséquence des politiques pro nataliste symboliques entre l'État qui élèvent la reproduction au rang de « mission nationale » de la femme juive israélienne et qui établissent des relations symboliques entre l'état et ses citoyennes, par leur rôle d'épouse et de mère.

Conformément à cette attitude culturelle à l'égard de la maternité, les gestatrices israéliennes n'éprouvent aucun doute, ce qu'elles font, soit transformer une autre femme en mère est probablement la plus grande mitsva (bonne action) qu'une femme puisse faire ; elles s'enorgueillissent de leur rôle et en font part à tout leur entourage.

Les mères d'intention, de leur côté ne remettent jamais en question le fait qu'elles feraient n'importe quoi pour avoir un enfant. Pour ces mères à partir du moment où elles ont rencontré leur gestatrice, elles ont voulu devenir mères par cette femme et traverser tous les aspects de la grossesse avec elle.

Le fait qu'Israël soit un pays minuscule a rendu ce défi possible. Leurs interactions ont pu être beaucoup plus fréquentées et intenses que dans la plupart des GPA transnationales. Cela explique en partie la patience étonnante dont on fait preuve de nombreuses gestatrices rencontrées, qui

⁶³³ *Ibid.*,

ont soigneusement tâché d'inclure les mères d'intention⁶³⁴ dans le processus, parce qu'elles savaient à quel point cela était important pour elles (Teman 2010).

Ce rôle qu'elles s'incombent est d'autant plus acceptable dans la mesure où elles ne font pas don de leurs ovules. Ces gestatrices ne se considèrent en aucun cas comme les mères de ces enfants, l'ovule appartenant soit à la mère d'intention dans la plupart des cas, soit à une donneuse d'ovules. Pour ces gestatrices, seule la filiation biologique importe.

La mère d'intention, mère biologique réunit alors deux rôles, celle-ci est la mère génétique de l'enfant et c'est elle qui l'éduquera et l'élèvera.

Le fait que les parties à l'accord soient résidents israéliens implique souvent une proximité sociale, affective entre la mère porteuse et les parents d'intention. Dans cette situation la mère porteuse psychologiquement se sent plus soutenue, moins seule et n'est pas réduite à un simple ventre. La réification du contrat est alors absente dans cet accord qui n'est comparable à aucun autre.

La GPA est pratiquée de façon plus humaine, car c'est avant tout une aventure humaine, affective entre la mère porteuse et la mère d'intention. Cette aventure doit s'accomplir avec une certaine proximité entre elles afin que toutes les difficultés liées à ce processus soient partagées.

L'anthropologue Elly Teman⁶³⁵ a recueilli les expériences de 26 gestatrices et 35 mères porteuses entre 1998 et 2006 et constaté la proximité entre les mères porteuses et les gestatrices rendu possible par le fait qu'Israël soit un pays minuscule.

*« Les mères d'intention ont voulu devenir mères par cette femme et traverser tous les aspects de la grossesse avec elle
« Cela explique aussi en partie la patience étonnante dont ont fait preuve de nombreuses gestatrices rencontrées, qui ont soigneusement tâché d'inclure les mères d'intention dans le processus, parce qu'elles savaient à quel point cela était important pour elles ».*

Les gestatrices⁶³⁶ ayant participé à l'étude d'Elly Teman considéraient que leur relation avec la mère d'intention était une relation de don bien plus qu'un accord. Celles-ci ont tissé avec la mère porteuse une relation d'amitié, un lien affectif.

« L'occasion de participer à la grossesse et à la transition vers la maternité à travers le lien intime de l'identification et la négociation prudente de leurs limites tout au long du processus ».

⁶³⁴ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.202-203.

⁶³⁵ *Ibid.*,

⁶³⁶ *Ibid.*,

Pour ces gestatrices, il était primordial d'avoir toute la gratitude du couple d'intention, une gratitude à la mesure du don fait. La reconnaissance de ce don par la mère porteuse conditionne alors le bien-être et la valorisation de cet « *énorme travail émotionnel* ».

En témoigne une gestatrice déçue, « *J'ai donné mon âme à ce couple, et ils m'ont piégé et trahi* ». A l'inverse, les gestatrices étaient fières et se sentaient valorisées lorsque les mères porteuses témoignaient toute leur reconnaissance.

Comme cette mère qui relate à la gestatrice, « *Ma mère m'a donné la vie la première fois, quand elle m'a donné naissance. Tu m'as donné la vie la seconde fois, quand tu as donné naissance à mon fils* ». Cette reconnaissance pour les gestatrices est le geste le plus important de leur vie.

La proximité entre les mères d'intention et les mères porteuses est indissociable d'une gestation pour autrui réussie. Les répercussions essentielles pour la mère porteuses sont traumatiques si ce relationnel est entravé. Cette proximité valorise la mère porteuse qui a accompli une mission humaine éprouvante mais aidée et soutenue par la mère d'intention, cette aventure humaine est glorifiante pour celle qui a porté l'enfant d'une autre.

2. Une légitimité en conséquence de la mère d'intention :

La proximité décrite par l'anthropologue Elly Teman⁶³⁷ entre la mère porteuse et la mère d'intention conduit celle-ci à se sentir pleinement mère.

Parallèlement au fait que les gestatrices avaient l'impression que leur ventre était détaché de leur corps, les mères d'intention avaient l'impression de porter une grossesse, « *Une sorte d'espace partagé et désincarné entre elles* ». Une forme de télépathie s'installe entre ces deux femmes, la mère d'intention ressent alors les symptômes liés à la grossesse de la mère porteuse.

Comme l'exprimait une mère⁶³⁸ :

« Elle m'a passé tout ce qu'elle ressentait. Elle ne voulait pas le sentir. Ni la grossesse, ni la nausée, ni les vomissements...Elle m'appelaient tout de suite pour me les transférer...Et elle m'a donné le sentiment et la sensation que c'était à moi que ça arrivait...je me suis sentie enceinte. J'ai ressenti tout ce qu'elle sentait. »

Jérôme Courduriés⁶³⁹ a effectué une enquête initiée en 2013 et toujours en cours sur l'expérience de la gestation pour autrui en France et constatait tout comme l'anthropologue Elly Teman la nécessité d'une relation intime entre la mère porteuse et la mère d'intention.

⁶³⁷ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui- Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec, 2018, p.196.

⁶³⁸ *Ibid.*, p.197.

« Prendre part aux gestes profanes qui entourent l'accouchement et y être invité par la surrogée comme par les personnels médicaux traduit bien l'importance de la chair dans la fabrication de la maternité d'abord, mais aussi, même si cela paraît être dans une moindre mesure de la paternité.

Cela offre alors la possibilité pour les futurs parents et plus particulièrement pour les mères, d'être impliqués le plus possible à « *l'expérience incarnée de l'enfant à naître et de mesurer leur statut de père et mère en devenir* ».

Le déroulement de ces grossesses et des accouchements permet de devenir parents et facilite la séparation entre l'enfant et la mère porteuse. Car endosser le rôle de parent pour l'être n'est pas suffisant, il nécessite de le devenir véritablement.

La gestation pour autrui appliquée « *stricto-sensu* » redonne un sens au rôle de la mère d'intention qui lorsqu'elle peut donner ses ovules est souvent la mère génétique. Ainsi en transmettant son patrimoine génétique, elle peut avoir la légitimité de se considérer comme la véritable mère.

Dans le cas où la mère porteuse donne son ovule, la mère d'intention pourrait alors se considérer comme « complètement » étrangère à la « conception de l'enfant à naître », elle ne serait alors que l'investigatrice d'un désir concrétisée par d'autres intervenants. Sa relation avec la mère porteuse pourrait s'avérer conflictuelle.

La division des rôles entre la mère génitrice et la mère porteuse est source d'équilibre et d'un meilleur relationnel entre ces deux femmes.

Dans le cas de la gestation pour autrui « *stricto sensu* », porter l'enfant d'une autre sans donner ces ovules est essentielle. La mère d'intention se sent plus légitime à se considérer comme la véritable mère, et la mère porteuse en ne transmettant pas son patrimoine génétique ne se considère pas comme la véritable mère.

Si la mère d'intention est reconnue comme la mère légale en Israël, en France la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger a fait l'objet depuis 2014 d'une reconnaissance du père biologique et récemment d'une reconnaissance du statut de la mère d'intention.

La mère porteuse bien que la proximité avec la mère d'intention lui apporte une source d'équilibre est-elle suffisamment protégée dans le cadre de ce processus ? (§2)

⁶³⁹ *Ibid.*, p.139-140.

§2. La protection de la mère porteuse

L'enjeu principal se concentrant sur la mère porteuse, ces intérêts sont-ils protégés ? (A) ou menacés ? (B)

A. Une protection de la mère porteuse incluse dans les « *accords* »

Les conditions d'accès à la GPA sont protectrices des droits de la mère porteuse (1), une protection encore présente à la naissance de l'enfant (2)

1. Les conditions d'accès à la GPA protègent les droits de la mère porteuse

A la signature de l'accord entre les parties, le gouvernement en intervenant par le biais du comité d'approbation protège la mère porteuse⁶⁴⁰ seule face à deux parties signataires. La gestation pour autrui en Israël est limitée localement et nationalement et le gouvernement en imposant que les résidents adultes soient israéliens⁶⁴¹ protège indirectement la mère porteuse.

L'intervention des juristes, des professionnels de santé et ceci sous le contrôle du ministre de la santé⁶⁴² contribuent à sa protection, de même que l'aide d'un psychologue et d'un conseil professionnel approprié⁶⁴³.

Son consentement libre et éclairé⁶⁴⁴ implique que l'accord est exempt des vices du consentement tel que l'erreur, le dol. Le comité d'approbation vérifie donc que la mère porteuse a agi de sa propre volonté, est consciente des conséquences de son acte.

Toute modification de l'accord nécessite l'approbation du comité⁶⁴⁵ et aussi longtemps que l'ovule fécondé n'a pas été implanté chez la mère porteuse, le comité peut intervenir en cas de changement de circonstances.

La mère porteuse a la possibilité de se rétracter en cas de changement de circonstances ce qui laisse à celle-ci une marge de manœuvre pour une réflexion mûre et une certaine liberté de signer

⁶⁴⁰ Article 2 *Embryo carrying agreement 1996*

⁶⁴¹ *Ibid.*,

⁶⁴² *Ibid.*, Article 3

⁶⁴³ *Ibid.*, Article 4

⁶⁴⁴ *Ibid.*, Article 5

⁶⁴⁵ *Ibid.*,

ou pas cet accord⁶⁴⁶. Sa santé fait l'objet d'une attention particulière du comité qui doit s'assurer que cet accord n'est en rien nuisible pour celle-ci. La fécondation in vitro ne s'effectue que dans un service reconnu⁶⁴⁷. Les droits de la mère porteuse sont protégés et tout accord⁶⁴⁸ comportant des clauses abusives ou portant atteinte à ces droits ne sont pas autorisés.

Celle-ci reçoit des paiements mensuels qui comprennent les frais de conseil juridique, d'assurance, les indemnités de souffrance ou perte de gain, perte de temps du fait de ne pas pouvoir s'adonner à ces distractions habituelles ou toute autre compensation. Le comité d'approbation prend en compte les préjudices physiques et moraux de la mère porteuse⁶⁴⁹.

En exigeant l'absence de lien de parenté avec les parents d'intention⁶⁵⁰, on assure sa protection en évitant un attachement avec l'enfant à naître. En effet aux liens intra-utérins entre la mère porteuse et l'enfant, se surajouteraient les liens de parenté. De plus, le fait d'entretenir des relations avec les proches dont elle a porté l'enfant pourrait fragiliser psychologiquement la mère porteuse et être à l'origine de conflits familiaux. Cela évite aussi les liens consanguins avec toutes les conséquences psychologiques, physiques que cela implique. Cela évite aussi le problème potentiel de l'inceste, la mère porteuse est ainsi protégée de tous ces risques.

En interdisant que la mère porteuse fasse don de son ovule⁶⁵¹, sa santé psychologique est protégée, car si elle fait don de son ovule et qu'elle porte l'enfant, elle a la légitimité de se considérer comme la véritable mère. En effet si la mère porteuse donne son ovule, elle est la véritable mère puisqu'elle est à l'origine de la conception et de la gestation.

La remise de l'enfant aux parents d'intention pourrait être traumatique pour cette mère qui aurait l'impression alors d'abandonner son enfant et les conséquences psychologiques irréversibles.

Le lien génétique avec l'enfant accentue les problèmes psychologiques et émotionnels de la mère porteuse.

La similitude des cultures entre la mère porteuse et la mère d'intention implique souvent une meilleure écoute, une meilleure compréhension entre la mère porteuse et la mère d'intention.

Les relations sont alors plus souvent sereines, moins sources de conflit et bénéfique pour la mère porteuse. Cette similitude de culture entre les deux mères peut être moins perturbant pour l'enfant à venir.

⁶⁴⁶ Article 5 *Embryo carrying agreement 1996*

⁶⁴⁷ *Ibid.*, Article 6

⁶⁴⁸ *Ibid.*, Article 5

⁶⁴⁹ *Ibid.*, Article 6

⁶⁵⁰ *Ibid.*, Article 2

⁶⁵¹ *Ibid.*,

En exigeant ainsi que la religion de la mère porteuse soit la même que la mère d'intention, le gouvernement contribue à une meilleure relation entre ces deux mères.

Après la signature de l'accord, lors du déroulement de la grossesse, la mère porteuse a le droit de refuser un traitement médical, ou d'accomplir un acte médical selon ses souhaits, l'interruption volontaire de grossesse étant possible⁶⁵². Comme tout patient normal bénéficiant de droits, la mère porteuse est protégée.

2. la naissance de l'enfant :

Après la naissance de l'enfant, si la mère se rétracte et demande la garde de l'enfant, le tribunal peut en cas de changement de circonstances, dans l'intérêt de l'enfant faire droit à sa demande⁶⁵³ ; L'ordonnance parentale délivrée, la rétractation de la mère porteuse n'est plus recevable.

Après la naissance de l'enfant, en pénalisant toute personne susceptible de publier l'approbation de l'accord, son contenu ou des documents susceptibles d'amener à la reconnaissance de la mère⁶⁵⁴, la vie privée de la mère porteuse est prise en compte et protégée.

La présence de l'assistant social à tous les stades de procédure contribue à protéger la partie la plus faible, ici la mère porteuse. La mère d'intention, mère biologique réunit alors deux rôles, celle-ci est la mère génétique de l'enfant et c'est elle qui l'éduquera et l'élèvera. Son implication n'est pas effacée dans les registres. Ainsi la décision judiciaire est transcrite dans un registre spécifique et les enfants pourront avoir accès à leur majorité sur des informations relatives à la mère porteuse.

B. Une protection menacée

Les droits de la mère porteuse sont insuffisamment protégés (1) et quasiment inexistant dans le cas de la GPA transfrontalière (2)

⁶⁵² Article 18 *Embryo carrying agreement 1996*

⁶⁵³ *Ibid.*, Article 13

⁶⁵⁴ *Ibid.*, Article 19

1. Une protection locale insuffisante de la mère porteuse :

Bien que la loi protège les droits de la mère porteuse ils restent néanmoins insuffisants et ce dès la signature du contrat. Cependant la mère porteuse et donc la partie la plus faible, n'est pas assez protégée. En effet, en exigeant que la mère porteuse ne soit pas mariée⁶⁵⁵ sauf exception, on porte atteinte à la vie privée de celle-ci. L'exigence israélienne que la mère porteuse soit célibataire augmente aussi la possibilité d'exploitation de celle-ci. Face à deux parents, la mère porteuse est seule négociatrice.

Seule à négocier, sans le soutien éventuel d'un mari, elle est plus vulnérable face aux deux parties contractantes qui peuvent influencer sur son consentement ou son comportement pendant la grossesse. Désormais, depuis le 1 juin 2014 les femmes mariées⁶⁵⁶ peuvent être mères porteuses.

Le motif premier de la maternité de substitution est économique. Les mères porteuses ont en général un faible revenu, et le gouvernement en remboursant la perte de revenu de la mère porteuse, le temps perdu ou toute autre souffrance limite le revenu financier de celle-ci qui est sa principale motivation⁶⁵⁷. La loi stipule également que l'une des parties⁶⁵⁸ qui donne ou reçoit des paiements non autorisés par le comité est passible d'une pénalité. Les frais de remboursement de la mère porteuse en pratique interviennent pour la plus grosse partie après à la naissance.

Qu'en est-il en cas de grossesse à risque ou d'avortement prématuré ?

Qu'en est-il de même lorsque la mère porteuse s'est pliée à toutes les exigences médicales que l'assistance à la procréation médicale dans le cas de la gestation pour autrui impose et qui finalement n'est pas enceinte ?

Qu'en est-il des préjudices physiques et psychiques de la mère porteuse dans ce cas ?

Et financièrement comment est-elle indemnisée dans ce cas ?

Les accords de maternité de substitution ne sont pas de simples accords ou contrats.

L'implication émotionnelle de la mère porteuse est indéniable, les liens intra-utérins qui se développent pendant la grossesse entre la mère porteuse et l'enfant, les liens affectifs, physiques et qui cessent brutalement après la naissance peuvent être traumatiques.

Le lien entre cet enfant et la mère porteuse après la naissance dépend uniquement de la volonté des parents d'intention qui désirent ou non garder le contact.

⁶⁵⁵ Article 2 *Embryo carrying agreement 1996*

⁶⁵⁶ SCIALOM(Rémy), « *Anthologie de droit hébraïque II -Mariage et Sexualité* », la mémoire du droit,2020, p.141.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, Article 6

⁶⁵⁸ *Ibid.*,

Dans ces accords de gestation pour autrui, le gouvernement n'impose pas aux parents d'intention de garder des relations avec la mère porteuse dont l'implication est énorme.

Aucun droit n'est accordé à la mère porteuse qui désire connaître le devenir de cet enfant qu'elle a porté pendant neuf mois, tout dépend de la seule volonté des parents d'intention.

Aussi lors de l'accouchement si les parents d'intention refusent l'enfant lorsque celui-ci a une malformation, comment la mère porteuse est-elle protégée dans ce cas spécifique ?

Selon le Professeur Shakargy, maître de conférences à l'université hébraïque de Jérusalem, les droits de la mère porteuse ne sont pas suffisamment protégés.

Les droits de la mère porteuse⁶⁵⁹ sont principalement protégés, en ce qui concerne la compensation financière, la protection de sa santé mentale et physique, ainsi que la santé mentale de ses enfants. La protection d'autres droits est quasi inexistante ; à titre d'exemple l'interruption de la grossesse de la mère porteuse ne peut s'effectuer qu'en cas de risque médical, l'arrêt de la grossesse pour d'autres motifs pourrait impliquer la restitution des sommes versées ou des indemnités inclus dans les accords entre les partis.

Selon ce juriste, la loi accorde une priorité aux futurs parents d'intention bien que cette loi ne les déclare pas comme des parents légaux « *ex ante* » et leur souhait ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de la mère porteuse.

Lorsque les parents d'intention obtiennent la parentalité, il n'existe aucune disposition qui permette d'établir un lien entre la mère porteuse et l'enfant. L'ordonnance rendu par le tribunal accorde la priorité aux parents d'intention.

Cependant dans le cas où la parentalité serait accordée à une tierce personne, le tribunal pourra librement prendre toutes dispositions concernant l'enfant et notamment la possibilité de rendre une ordonnance établissant une relation entre la mère porteuse et l'enfant. Les guidelines du comité indiquent que les parents d'intention et la mère porteuse seront tenus de préciser dans l'accord leur lien lors de la grossesse et après.

Si les droits de la mère porteuse en Israël sont insuffisamment protégés, ils sont inexistantes en cas de recours à ce processus à l'étranger.

⁶⁵⁹ BOILLET(Véronique), ROCA(Marta), DE LUZE (Escoda et Estelle), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthémis,2018, p.123-124.

2. Une protection inexistante à l'étranger

Bien qu'élargie en 2018 aux femmes célibataires et récemment ouverte aux couples d'hommes et aux hommes célibataires depuis un amendement⁶⁶⁰ du 11 janvier 2022, la GPA⁶⁶¹ est longtemps restée interdite aux couples homosexuels, l'amendement de 2018 élargissant ce processus aux femmes célibataires avec pour exigence que l'ovule appartienne à celles-ci a incité ces couples à se tourner vers l'étranger.

Les conditions restrictives de la GPA ainsi que le nombre restreint de mères porteuses en Israël conduit un bon nombre de personnes à se tourner à l'étranger pour recourir à cette pratique.

« Les accords de GPA à l'étranger ne sont pas reconnus formellement par le gouvernement comme une condition suffisante pour accorder la parentalité aux futurs parents, mais il semblerait que les aspects financiers de tels accords pourraient être un motif valable et exécutoire en Israël ».

Si la GPA en Israël est très encadrée, il en est autrement lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger⁶⁶².

« Presqu'aucune question n'est posée concernant les futurs parents et aucune question n'est soulevée concernant l'accord le traitement ou bien encore l'indemnisation accordée à la mère porteuse ».

Les données disponibles montrent qu'en grande majorité les procédures de GPA impliquant des israéliens sont en fait transfrontalières. L'anomalie de l'approche israélienne concernant cette question est évidente, avec un amenuisement de l'intérêt de ces considérations locales.

La majorité des GPA en Israël sont transfrontalières et si la loi israélienne encadre les procédures locales de GPA, il n'en est rien pour celles effectuées à l'étranger. Ainsi, les droits de la mère porteuse sont protégés dans le cas de la GPA locale, or ils sont inexistantes pour ce processus transfrontalier.

Si la GPA a entraîné une confusion entre le statut de la mère et le rôle de la mère, qu'en est-il du père ?

Qui est le père dans le cas de la gestation pour autrui ?

Le père d'intention, le père génétique, le donneur de sperme ? (**Section2**)

⁶⁶⁰ Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site: www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

⁶⁶¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁶⁶² BOILLET (Véronique), ROCA (Marta), DE LUZE (Escoda et Estelle), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthémis, 2018, p.123-124.

Section 2. Le père d'intention, le père génétique, le donneur de sperme, une personne unique

Si le rôle de la mère est subdivisé, celui du père est indivisible, unique et certain (§1) la protection de son intérêt associé à celui de la mère d'intention (§2)

§1. Un père indivisible, unique et certain

La gestation pour autrui implique l'intervention d'un donneur de sperme, le père génétique(A) dont la preuve est certaine(B)

A. Le père génétique, donneur de sperme

Alors que la reconnaissance maternelle exige que la mère soit celle qui accouche, la reconnaissance paternelle s'effectue par une présomption. Ainsi d'un fait connu tel que la volonté de reconnaître l'enfant, le législateur considère qu'il est le père.

Si la paternité était autrefois incertaine, l'essor de la science a rendu celle-ci certaine (1) la gestation pour autrui accentuant alors cette réalité génétique (2)

1.D'une présomption de paternité à une vérité génétique en France et en Israël :

Concernant l'établissement de la paternité⁶⁶³, le Code civil prévoit que la filiation peut être établie « *Par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété* », « *Par jugement* ».

La filiation établie par la loi prévoit une présomption de paternité du mari de la mère, « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* »⁶⁶⁴, « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centièmes au quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de la naissance* »⁶⁶⁵.

« *La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* »⁶⁶⁶.

« *La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions* »⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Article 310-1 alinéa 1 du Code civil

⁶⁶⁴ Article 312 du Code civil

⁶⁶⁵ Article 311 Alinéa 2 du Code civil

⁶⁶⁶ *Ibid.*,

Ainsi, la désignation du père par la loi s'appuie sur le lien qui relie le père à la mère, le lien matrimonial. Le devoir conjugal de fidélité implique que le mari de la mère doit être le père de l'enfant. La présomption de paternité pour le mari de la mère est comme selon une présomption, une vraisemblance, une apparence de vérité. Il y'a alors une incertitude de la paternité au sens de la filiation génétique.

Le mariage comme l'a affirmé le doyen Carbonnier⁶⁶⁸ est une institution qui implique une présomption de paternité. Cette présomption est en réalité une présomption d'engendrement qui peut être renversée par une preuve génétique.

L'exclusion de la présomption de paternité⁶⁶⁹ est prévue lorsque, « *La personne qui a déclaré la naissance à l'officier d'état civil n'a désigné le mari en qualité de père* », « *L'enfant a été conçu pendant une période de séparation légale, c'est-à-dire lorsque les parents ont fait une demande en divorce ou en séparation de corps* ».

La volonté de devenir père est aussi un fondement de la filiation paternelle. La présomption de paternité peut être rétablie par l'établissement d'une possession d'état à l'égard du mari, par la reconnaissance de l'enfant par le mari ou par une action en rétablissement de la présomption de paternité⁶⁷⁰. L'expertise biologique prouvera la paternité du mari.

C'est ainsi le cas du père non marié qui pourra établir sa filiation par reconnaissance⁶⁷¹ selon l'article 316 du code civil ou par possession d'état⁶⁷² par un acte de notoriété.

Les éléments constitutifs de la possession d'état sont définis à l'article 311 du Code civil⁶⁷³ permettant ainsi de considérer l'enfant comme le sien.

Les modèles familiaux contemporains nous questionnent alors sur l'avenir de cette présomption de paternité.

L'évolution de la société laisse une large place à l'établissement de la filiation par une volonté d'être parent indépendamment des liens unissant les parents. Le déclin du mariage associé aux progrès de la science a modifié le fondement de la filiation. Désormais la preuve du lien de

⁶⁶⁷ Article 311 Alinéa 3 du Code civil

⁶⁶⁸ FULCHIRON(Hugues), « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in FULCHIRON H, *Mariage- conjugalité. Parenté-parentalité*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 274.

⁶⁶⁹ Article 313 du Code civil

⁶⁷⁰ Article 329 du Code Civil

⁶⁷¹ Article 316 du Code civil

⁶⁷² Article 317 du Code civil

⁶⁷³ La possession d'état, qui s'appuie notamment sur le *tractatus*, c'est-à-dire sur le comportement parental à l'égard de l'enfant et le comportement filial de l'enfant à l'égard du prétendu parent, et sur la *fama*, c'est-à-dire sur la reconnaissance par les tiers de l'apparence d'un lien de filiation, est un mode d'établissement de la filiation en droit français. La possession d'état n'est pas directement assortie des effets de la filiation, elle constitue la situation de fait qui peut fonder l'établissement du lien de filiation.

paternité a transformé la filiation vraisemblable en filiation certaine. L'évolution de la science a rendu possible la preuve de la paternité.

Dans un arrêt de principe du 28 mars 2000⁶⁷⁴, la Cour de cassation a considéré que l'expertise génétique est de droit en matière de preuve de la filiation. L'expertise génétique permet ainsi de prouver une filiation déjà établie ou de la contester. Toutefois afin de ne pas perturber la stabilité familiale, le recours à l'expertise biologique est soumis à la décision du juge d'y recourir ou non.

« *Le recours à l'expertise génétique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder* »⁶⁷⁵. Le juge appréciera la légitimité de recourir à la preuve de la filiation, une preuve qui fonde alors la filiation génétique, la filiation naturelle.

Toutefois l'expertise génétique n'est pas de droit lorsque la filiation est fondée sur la possession d'état⁶⁷⁶.

Corrélativement les progrès de la science ont permis d'apporter la preuve de ce lien de paternité. Si la paternité était autrefois incertaine, elle est aujourd'hui par les progrès de la science certaine.

Dans une troisième hypothèse, l'établissement de la filiation paternelle s'exercera par une action en recherche de paternité⁶⁷⁷ ; L'expertise biologique étant de droit en matière de preuve de la paternité.

Qu'en est-il du donneur de sperme ?

Lorsqu'un homme pour devenir père a recours à un don de sperme, c'est le cas de la PMA exogène, la paternité de celui qui transmet son patrimoine génétique est écartée.

Dans le même sens que la maternité, le principe d'anonymat des donneurs de gamètes efface le père génétique de la conception de l'enfant né par PMA exogène.

En cas de PMA avec don de sperme, le père intentionnel reconnaît par anticipation l'enfant, bien qu'aucun lien génétique ne le lie à l'enfant en raison de la présomption de paternité dans le cadre du mariage ou de la reconnaissance. Dans ce cas le don de sperme invisible permet au père d'intention d'être le père de l'enfant.

La paternité au contraire de la maternité implique une seule et même personne.

Que la paternité soit présumée, certaine, ou émanant d'une volonté, elle n'est pas subdivisée comme l'est la maternité dans le cas de la gestation pour autrui.

⁶⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n°98-12.806.

⁶⁷⁵ *Ibid.*,

⁶⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 06 décembre 2005, n°03-15.588.

⁶⁷⁷ Article 327 du Code civil

La paternité biologique⁶⁷⁸ est également indivisible ; le dédoublement possible entre une paternité génétique et une paternité de la grossesse, que le père soit ou non le géniteur de l'enfant est inexistant dans notre culture.

Si autrefois le père était incertain, aujourd'hui les progrès de la science ont introduit la possibilité de la preuve de la paternité.

Qu'en est-il de la paternité en Israël ?

En Israël, un enfant né d'un homme qui n'est pas le mari de sa mère est présumé être le fils du mari de sa mère, à défaut de preuves.

La possession d'état⁶⁷⁹ sert de règle pour la filiation. Le Talmud porte :

« Un homme et une femme, accompagnés de leurs enfants et vivants en famille, sont considérés comme mariés et leurs enfants légitimes, sans qu'il soit besoin d'autre preuve. Les principaux faits de possession d'état sont en droit.

Le Shulhan Arukh, Code normatif du judaïsme va plus loin et dicte que *« Les enfants nés pendant le mariage ont pour père le mari et ce, quand bien même l'opinion publique désignerait la femme comme adultère ».*

La présomption de paternité ainsi que la possession d'état pour établir le lien de filiation paternelle est commune aux deux systèmes juridiques français et Israéliens.

La gestation pour autrui bousculant les repères a donné à la preuve génétique une importance majeure accordant ainsi une préférence à une filiation génétique partielle dans ce processus.

2. La réalité génétique dans le cas de la gestation pour autrui :

Pour la gestation pour autrui le lien génétique avec le père doit être prouvé et dans ce cas la présomption de paternité qui préside en matière de filiation n'est plus appliquée.

Si la gestation pour autrui implique l'intervention de deux ou trois femmes qui entraîne alors une confusion quant au statut de la mère, le père génétique ou père social occupe une place unique.

Qu'elle est le fondement de la paternité dans le cas de la gestation pour autrui ?

⁶⁷⁸ ATLAN(Gabrielle), « Le statut juridique de l'enfant dans la Loi juive. Journée d'études Liberté religieuse de l'enfant : Égalité ou différence de traitement ? La question particulière des discriminations au regard de la liberté religieuse de l'enfant » [en ligne], Maison Interuniversitaire » [en ligne], *Société, droit et religion*, 2013, vol. 3, n° 1, pp. 195-208, [consulté le 14/12/2020].URL : <https://www.cairn.info/revue-societe-droit-et-religion-2013-1-page-195.htm>

⁶⁷⁹ *Ibid.*,

« Le fondement même de la GPA est de reconnaître la mère d'intention comme mère à part entière tout autant que le père. La parenté sociale, l'intentionnalité et la construction de toute parenté se trouvent fortement réaffirmées dans la GPA. Comme le souligne Charis Thompson, cette intentionnalité vise tout autant à créer des parents, qu'à faire des enfants »⁶⁸⁰.

Paradoxalement à la gestation pour autrui qui se fonde sur l'intentionnalité de la parenté, la preuve génétique partielle vient contrebalancer cette parentalité construite sur « l'intention ».

« Un constat général s'impose ; quelle que soit l'histoire, la paternité génétique est certaine dans la GPA gestationnelle par FIV : on peut en effet, dès la naissance du bébé, savoir qui est le père grâce à une analyse d'ADN. Contrairement à la maternité, la paternité biologique est également indivisible : on a vu que dans notre culture il n'existe pas de dédoublement possible entre une paternité génétique et une paternité de la grossesse, que le père soit ou non le géniteur de l'enfant »⁶⁸¹.

Qu'en est-il en cas de gestation pour autrui ?

Sur quel fondement repose le lien qui unit l'enfant à son père ?

Si avec la GPA, la mère n'est plus certaine le père en revanche est certain grâce aux tests d'ADN. Cette primauté de la filiation paternelle biologique prend toute sa place lorsque la GPA est effectuée à l'étranger.

Le régime juridique relatif à la maternité de substitution en Israël renforce la dichotomie entre les sexes. La mère est sociale tandis que le père doit être le père génétique. Tandis que la femme infertile peut faire appel à une mère porteuse, les gamètes doivent appartenir obligatoirement à l'homme, considéré comme le père génétique.

Les concepts fondamentaux de la paternité⁶⁸² qui en Israël impliquent un lien génétique sont prééminents au regard des intérêts natalistes de l'État.

La certitude de la preuve concernant la paternité est devenue prédominante dans le cas de la gestation pour autrui(B)

⁶⁸⁰ DE PARSEVAL(Delaisi) et COLLARD(Chantal), « La gestation pour autrui. *Comment être parents ?* » [en ligne], *L'Homme*, 2007, vol. 183, p. 36,[consulté le 20/12/2021]. URL: <http://journals.openedition.org/lhomme/25131>

⁶⁸¹ *Ibid.*,

⁶⁸² YEFET, CARMIT(Karin), "Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel", *Harvard Journal of law and Gender.*, Vol.39, n°.1, 2016, p.267.

B. Une preuve certaine

1. Le droit positif français :

En droit positif français, la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA à l'étranger doit correspondre à la réalité selon l'article 47 du Code civil qui dispose que :

« 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 ».

A la suite de la condamnation de la France par la CEDH⁶⁸³ dans un arrêt du 26 juin 2014, la Cour de cassation en 2015 a admis la retranscription des actes de naissance concernant la filiation paternelle conforme à l'article 47 du code civil.

Dans deux arrêts d'Assemblée plénière du 03 juillet 2015⁶⁸⁴ qui concernaient deux couples d'hommes ayant eu recours à une femme porteuse en Russie, l'acte de naissance mentionnait le nom du père génétique et celui de la mère porteuse.

Après avoir constaté que les actes de naissance étrangers n'étaient ni faux ni irréguliers et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité comme l'exige l'article 47 du code civil, elle a considéré que la convention de gestation pour autrui conclue entre le père de l'enfant et la mère porteuse ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance les mentionnant.

Les arrêts de 2017⁶⁸⁵ réitérèrent cette solution concernant la retranscription des actes d'état civil à l'étranger des enfants nés par GPA pour un couple français formé par un homme et une femme et où les parents demandaient une reconnaissance des actes en France.

Dans le prolongement de ses arrêts de 2015, la Cour précise que la transcription s'impose au regard de l'article 47 et qu'elle n'est pas subordonnée à une expertise judiciaire, d'autant que le jugement étranger précisait que le père était le géniteur et qu'aucun élément de preuve contraire

⁶⁸³ CEDH, 26 juin.2014, Mennesson c. France, n°65192/11

L'interdiction de la GPA n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, mais le refus de transcrire la filiation de l'enfant à l'égard du père biologique telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger constitue une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention. En effet, la filiation biologique est un élément fondamental de l'identité de chacun.

⁶⁸⁴ Cass., Ass.plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002.

⁶⁸⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.901 et 16-50-025 et pourvoi n°15- 28.597; D.2017.1737, note H. FULCHIRON ; D.2017.1727, note P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; AJ Fam. 2017.482, note A. DIONISIPEYRUSSE ; RJPF 2017- 9/24, note M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Fam. 2017, Étude 13, J.-R. BINET ; RPJF 2017-10/24, note de A. FAUTRE-ROBIN ; AJ Fam. 2017.375, note de F. CHÉNEDÉ ; AJ Fam. 2017.431, note de P. SALVAGE-GEREST ; AJ. Fam. 2017. 643 ; Dr. Fam. n°3, mars 2018, chronique 1, V. EGÉA.

n'était rapporté. La Cour de cassation n'autorisait alors que la transcription partielle des actes de naissance des enfants issus de GPA, s'agissant de la paternité génétique, l'épouse ou époux du père d'intention ayant recours à l'adoption⁶⁸⁶.

En cas de contestation de la filiation paternelle, la preuve biologique est le recours pour prouver la paternité.

Le recours à un don de sperme dans le cas de la gestation pour autrui effectuée à l'étranger empêcherait l'inscription à l'état civil de la filiation paternelle en France et en Israël.

Les parents d'intention devront s'assurer que le don de gamètes est compatible avec les conditions exigées dans leur propre pays pour pouvoir reconnaître l'enfant à l'état civil.

L'évolution scientifique corrélée avec la structure diverse des familles contemporaines ont bousculé la notion de filiation.

La preuve certaine a transformé la filiation incertaine en une filiation véritable. La filiation génétique grâce à la preuve génétique a remplacé la filiation « par présomptions » relative au mariage ou à la reconnaissance.

Ainsi en cas de recours à la GPA à l'étranger, la réalité biologique pour le père suffit à établir sa paternité envers l'enfant.

La gestation pour autrui a bousculé les fondements de la filiation, ici la filiation paternelle.

La réalité génétique se substitue à la présomption de paternité, la filiation paternelle autrefois incertaine devient certaine.

Dans le cas de la gestation pour autrui, la preuve génétique prouve ainsi le lien physique entre le père et l'enfant grâce à l'essor de la science, « Si le lien du sang suscite de l'intérêt, c'est parce qu'il fait espérer un comportement paternel »⁶⁸⁷.

2. Le droit positif en Israël :

Dans une affaire du 28 janvier 2014⁶⁸⁸ qui concernait un couple d'hommes ayant eu recours à la GPA aux États-Unis et qui avait obtenu un acte de naissance et un jugement établissant la parenté des deux hommes, les juges de la Cour suprême ont estimé que l'absence d'un test génétique prouvant le lien de parenté entre l'enfant et l'un d'entre eux empêchait l'enregistrement

⁶⁸⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.455 et 15-28.597.

⁶⁸⁷ THÉRY (Raphaëlle), « Véritable père et paternité vraie », D.1979, I, p.2927, n°8.

⁶⁸⁸ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.75.. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

de ces deux hommes comme parents légaux en Israël. La convention de GPA avec un double don de gamètes n'est pas admise par les tribunaux israéliens.

En 2016, un couple homosexuel israélien⁶⁸⁹ ayant eu recours à une mère porteuse au Népal apprend que l'enfant n'est pas génétiquement le leur. Les tests génétiques prouvant qu'il n'y avait aucun lien avec ce couple, l'enfant a dû être rendu à la mère porteuse après les résultats des tests génétiques nécessaires à l'officialisation du statut de l'enfant. L'agence israélienne de GPA en charge de ce cas a déclaré avoir commis une erreur.

La première loi sur la gestation pour autrui en Israël a été votée en 1996⁶⁹⁰, *Embryo carrying Agreements Law*. Seuls les couples hétérosexuels étaient légalement en mesure de recourir à une mère porteuse en Israël. Le processus est onéreux et longtemps les couples homosexuels n'ont pas été autorisés à utiliser ce processus ce qui fondait alors leur recours à des mères porteuses à l'étranger.

Selon le Professeur Shakargy⁶⁹¹, tout enfant né d'Israéliens à l'étranger a le droit d'entrer en Israël et de recevoir la citoyenneté israélienne grâce à son lien génétique avec ses parents. Lorsque la mère biologique israélienne donne naissance à un enfant à l'étranger, celui-ci est inscrit sur sa déclaration sans qu'un test génétique soit exigé.

La GPA à l'étranger implique la naissance d'un enfant d'une tierce personne qui n'est pas israélienne, le ministre de l'Intérieur impose alors des tests génétiques pour prouver la parentalité. L'autorisation d'un tribunal est requise pour effectuer ce test génétique prouvant les liens familiaux. Ce test doit être effectué en Israël bien que l'échantillon puisse être récupéré à l'étranger. L'enfant est alors considéré comme le leur, une fois le lien génétique prouvé auprès de l'un des parents. La GPA n'étant plus mentionnée, il n'y a pas d'enregistrement de la procédure.

⁶⁸⁹ TAHIR(Hicham), « Israël : Un couple gay rend son bébé né sous GPA, après avoir su qu'il n'était pas d'eux », [en ligne], Têtu, le 13 janvier 2016, disponible sur le site : <https://tetu.com> > 2016/01/13 > Israël-couple-gay-rend-bebe-ne-gpa-apres [consulté le 21/12/2021].

⁶⁹⁰ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁶⁹¹ BOILLET(Véronique), ROCA(Marta), DE LUZE (Escoda et Estelle), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthémis,2018, p.121.

Si auparavant le père était incertain dans le cas de don de sperme avec PMA et lorsque le père était le mari de la mère, aujourd'hui le père en cas de gestation pour autrui est certain tandis que « *mater semper certa est* » est remis en question et que la véritable mère est souvent celle qui désire être mère.

On assiste alors à un véritable inversement des rôles. La mère qui accouche n'est pas la mère intentionnel, la mère qui va pourvoir à son éducation, à ses besoins, le père d'intention qui était le père social parce qu'il considérait l'enfant comme le sien sans que l'on soit en mesure de prouver s'il était génétiquement lié à l'enfant ou pas est le père véritable en cas de gestation pour autrui.

Lorsque plusieurs intérêts sont en présence, le juge peut choisir la volonté comme fondement de la filiation paternelle au détriment de la réalité biologique, l'intérêt de l'enfant étant prédominant. Dans un arrêt récent, le juge a considéré qu'au regard de la stabilité familiale favorable à l'enfant, la filiation biologique ne prévalait pas sur son intérêt.

Cet arrêt récent vient bousculer cette prévalence de la filiation génétique de l'enfant au profit de l'intérêt de l'enfant.

Dans cette affaire de 2019⁶⁹², un couple homosexuel avait conclu avec une mère porteuse une convention de gestation pour autrui, l'un des deux hommes étant le père génétique de l'enfant et une reconnaissance prénatale ayant eu lieu.

La mère porteuse confie l'enfant à un second couple et informe le premier couple du décès de celui-ci à la naissance. Le père biologique assigne la mère porteuse et le père d'intention en contestation de la paternité de ce dernier et en établissement de sa propre paternité sur l'enfant.

La Cour d'appel déclara son action irrecevable, en raison de l'illicéité du contrat de mère porteuse sur laquelle elle repose.

La réalité biologique n'apparaît pas comme une raison suffisante pour accueillir la demande du père biologique au regard du vécu de l'enfant, qui vit depuis sa naissance chez son père d'intention, qui l'élève avec son épouse dans d'excellentes conditions, de sorte qu'il n'est pas de son intérêt supérieur de voir remettre en cause le lien de filiation avec celui-ci, ce qui ne préjudice pas au droit de l'enfant de connaître la vérité sur ses origines.

L'intérêt de l'enfant prime alors sur l'illicéité de la convention de gestation pour autrui.

Alors que les actions en contestation doivent établir que le père n'est pas le père génétique de l'enfant, ce qui rendait légitime l'action du demandeur, père biologique.

⁶⁹² Cass.1^{re} civ., 12 septembre 2019, n°18-20.472.

La paternité qui repose alors sur la vérité génétique n'est pas prise en considération et l'action en contestation pour l'établissement de la paternité qui se fonde essentiellement sur la réalité biologique est dans ce cas irrecevable, car contraire à l'intérêt de l'enfant.

En Israël, la loi de 1996 en exigeant que le père d'intention soit le père génétique⁶⁹³ privilégie la filiation biologique à l'égard du père. Si le rôle de la mère est subdivisé en mère génitrice, sociale, gestatrice, celui du père est restreint à celui de père biologique. Ainsi, lorsque la mère d'intention est dans l'impossibilité de donner ses gamètes, l'enfant détient alors la moitié du patrimoine génétique, celui du père.

Dans la majorité des cas, la mère porteuse et le père d'intention sont les parents génétiques de l'enfant. L'enfant est génétiquement lié à ses deux parents. Dans d'autres situations, l'enfant sera lié à un des deux parents, ici le père.

Selon la halakha, si le donneur de sperme n'est pas issu du père d'intention alors l'enfant pourrait être considéré comme un enfant adultérin.

§2. L'intérêt du père d'intention

Les parents d'intention directement concernés par la gestation pour autrui poursuivent le même objectif, avoir un enfant et être reconnus comme parents.

L'intérêt du père d'intention lors ce processus est commun à celui de la mère d'intention (A) et protégé par la loi, une protection néanmoins insuffisante (B)

A. Une protection inscrite dans la loi

Alors que dans la halakha la mère juive tient une place principale dans la transmission de la judaïté impliquant que l'enfant est juif si la mère qui accouche est juive, la gestation pour autrui inverse les places respectives de la mère et du père.

En effet, alors que l'ovule de la mère porteuse n'est en aucun cas son ovule, la mère d'intention est généralement la mère génétique.

⁶⁹³ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Fertility treatments and surrogacy: Sperm Donation », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Pages/sperm-bank.aspx>

Cependant dans le cas d'un don d'ovules et devant l'incertitude de la provenance de cet ovule d'une mère juive on se raccroche à la paternité qui est doit être certaine. En exigeant que le père soit nécessairement le père génétique on donne une place centrale à la paternité.

La loi du 7 mars 1996⁶⁹⁴ est prioritairement en faveur des parents d'intention.

Lors de la signature de l'accord, le comité d'approbation exige que les parents d'intention soient israéliens⁶⁹⁵ pour faciliter ainsi les échanges entre la mère porteuse et les parents désignés.

Dans la religion juive, le judaïsme se transmet par la mère, si la mère est juive, l'enfant est juif.

L'identité juive de l'enfant est déterminée selon la halakha par la mère porteuse qui met au monde l'enfant.

L'enfant né sera un enfant israélien avec la même culture que les parents d'intention et cette appartenance à la même culture, à cette même religion peut renforcer les liens entre les parents d'intention et l'enfant.

Les gamètes appartiennent au père et à la mère d'intention⁶⁹⁶ qui transmettent ainsi leurs gènes à l'enfant à naître et peuvent se considérer comme les véritables parents de l'enfant. Ils bénéficient aussi de conseil professionnel approprié et de conseil d'un psychologue⁶⁹⁷. Leurs droits sont protégés⁶⁹⁸. Le comité d'approbation en intervenant dans les conditions de l'accord concernant le paiement des frais de la mère porteuse protège aussi les parents d'intention⁶⁹⁹.

En effet, une mère porteuse peut signer plusieurs accords avec plusieurs parents d'intention pour le même enfant. Les parents d'intention peuvent être sujet au chantage de la mère porteuse qui peut aussi réclamer de l'argent aux parents d'intention sans que ces parents aient la preuve qu'elle soit enceinte. Le comité d'approbation en intervenant au stade du paiement de l'accord empêche les fraudes relatives à cet accord de gestation pour autrui.

Le processus de fécondation *in vitro* qui est effectué dans un service reconnu⁷⁰⁰ assure aux parents une sécurité quant à ce processus.

A la naissance, l'enfant sera sous la garde des parents désignés⁷⁰¹ et la remise de l'enfant se fera immédiatement après la naissance, dans la mesure du possible.

⁶⁹⁴ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Fertility treatments and surrogacy: Sperm Donation », [consulté le 21/12/2021] disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Pages/sperm-bank.aspx>

⁶⁹⁵ Article 2 *Embryo carrying agreement*

⁶⁹⁶ *Ibid.*,

⁶⁹⁷ *Ibid.*, Article 4

⁶⁹⁸ *Ibid.*, Article 5

⁶⁹⁹ *Ibid.*, Article 6

⁷⁰⁰ *Ibid.*, Article 7

⁷⁰¹ *Ibid.*, Article 10

Cela protège alors les parents d'un éventuel refus de remise de l'enfant par la mère porteuse. La vie privée des parents d'intention est respectée⁷⁰². Pour éviter l'attachement de la mère porteuse à l'enfant qu'elle a porté pendant neuf mois, on évite tout contact de celle-ci avec l'enfant, toute relation dès l'accouchement. Les liens qui pourraient se développer pendant la grossesse entre la mère porteuse et le bébé ne doivent pas perdurer après la naissance.

Les parents désignés, après la délivrance d'une ordonnance parentale deviennent les véritables parents de l'enfant et sont soumis aux mêmes règles de droit que les véritables parents⁷⁰³.

La délivrance de cette ordonnance parentale les protège d'une éventuelle rétractation⁷⁰⁴ de la mère porteuse.

Avant la délivrance de l'ordonnance parentale⁷⁰⁵, ils ne sont pas totalement à l'abri d'une éventuelle rétractation de la mère porteuse.

En cas de rétractation de la mère porteuse après la naissance dans des circonstances qui justifient cela, le tribunal peut décider du statut de l'enfant dans ces relations avec les parents d'intention.

Les parents d'intention peuvent alors entretenir dans ce cas des relations avec l'enfant⁷⁰⁶.

Certaines conditions exigées par la loi convergent quant à l'intérêt de la mère porteuse et des parents d'intention. Le sperme utilisé pour la fécondation in vitro est celui du père d'intention et l'ovule n'est pas celui de la mère porteuse⁷⁰⁷. On privilégie la génétique, le père doit être le père, génétique et l'ovule n'appartient pas à la mère porteuse

En effet si l'ovule appartient à la mère porteuse et que de plus elle porte l'enfant, la mère d'intention pourrait se sentir complètement étrangère dans ce processus de gestation pour autrui.

Lorsque l'ovule lui appartient, bien qu'elle ne porte pas l'enfant, elle lui transmet son capital génétique et peut se sentir en partie mère.

Dans une seconde hypothèse où elle serait dans l'impossibilité de donner son ovule, l'ovule d'une donneuse anonyme limiterait le rôle de la mère porteuse à la gestation et par conséquent légitimerait plus la remise de l'enfant à la mère d'intention.

En privilégiant la génétique en Israël, on essaie d'équilibrer les rôles respectifs de la mère porteuse et des parents d'intention. L'une et l'autre jouent leur rôle dans ce processus de gestation pour autrui. La mère porteuse n'est pas la mère génétique mais elle porte l'enfant, la mère d'intention est la génitrice mais elle ne porte pas l'enfant. Cet équilibre permet à la mère

⁷⁰² Article 19 *Embryo carrying agreement 1996*

⁷⁰³ *Ibid.*, Article 12

⁷⁰⁴ *Ibid.*, Article 13

⁷⁰⁵ *Ibid.*,

⁷⁰⁶ *Ibid.*,

⁷⁰⁷ *Ibid.*, Article 2

porteuse de se sentir moins mère et à la mère d'intention de se considérer comme la mère car elle transmet son capital génétique. Ainsi les problèmes d'attachement de la mère porteuse pourraient être moindres et la remise de l'enfant par la mère porteuse moins traumatisante.

B. Une protection insuffisante

L'affaire Nahmani⁷⁰⁸ reflète cependant l'insuffisance de la protection du père d'intention lorsque le couple ayant décidé de recourir à une mère porteuse avec leurs gamètes respectifs décident par la suite de divorcer.

La femme demande alors à l'hôpital de lui remettre les ovules fécondés dans le cadre de la procédure de maternité aux États-Unis or l'ex-mari s'y oppose.

La haute cour de justice à la majorité a accueilli la demande de la femme. Selon l'avis majoritaire des juges, le mari était forcé à s'opposer à la poursuite de la procédure puisqu'il a donné son consentement à sa femme. De plus l'héritage juif selon lequel l'un des principes fondamentaux du système juridique israélien considère qu'avoir des enfants est une valeur importante, ne pas en avoir n'en est pas une. Un autre juge a considéré que la liberté de ne pas avoir d'enfants non désirés est secondaire au droit d'avoir des enfants.

Sous réserve de ce principe, la mise en balance des intérêts ont conduit à accorder une préférence à l'épouse pour être parent par rapport au droit du mari de ne pas l'être. Un autre juge considère que le poids éthique d'être parent est infiniment plus grand que le poids de ne pas l'être. Un autre juge fait pencher la balance pour créer la vie.

L'affaire Nahmani⁷⁰⁹ de 1995 relatif à la transplantation d'embryons Cry conservés chez une mère porteuse après le divorce des parents et malgré l'opposition du père est l'exemple illustrant une pratique qui reflète l'importance du droit à la parentalité en Israël négligeant ainsi le droit du mari de ne pas être père.

En Israël, la reproduction post-mortem est autorisée, le mari posthume pourra alors transmettre son patrimoine génétique et avoir des enfants. Ceci est par ailleurs considéré comme une pratique courante dans la communauté juive. Récemment le tribunal est allé⁷¹⁰ encore plus loin en

⁷⁰⁸ YEFET, CARMIT(Karin), "Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel?", *Harvard Journal of law and Gender*, Vol.39, n°1, 2016, p.266.

⁷⁰⁹ *Ibid.*,

⁷¹⁰ *Ibid.*,

acceptant la reproduction post-mortem chez les parents du défunt, malgré l'opposition de la veuve.

Si plusieurs intervenants sont impliqués dans le cas de la gestation pour autrui, en Israël, l'intervention de l'État pour contrôler ce processus se surajoute (**Chapitre II**)

Chapitre II. L'intervention de L'État dans ce nouveau procédé

La gestation pour autrui implique de nombreuses interrogations éthiques. Ainsi on redoute l'exploitation du corps de la femme, sa réification, tout comme celle de l'enfant à naître qui est considéré comme une chose, une marchandise. La mère porteuse est considérée comme un ventre à louer, l'opération s'analyse en un simple prêt d'un ventre.

La gestation pour autrui interdite dans certains pays, légale dans d'autres est rarement contrôlée par l'État or c'est le cas en Israël.

Israël est un des rares pays où une commission étatique nommée par le ministre de la Santé⁷¹¹ contrôle les différentes étapes de ce processus. Alors que la gestation pour autrui dans de nombreux pays relève de contrats privés entre la gestatrice et la mère d'intention, l'omniprésence de l'État en Israël implique trois intervenants partis à l'accord. Un accord qui concilie alors les intérêts publics et ceux privés des acteurs en question.

L'État doit-il intervenir alors dans la sphère privée ?

L'État dans ce processus de gestation pour autrui en Israël est omniprésent, une implication en partie justifiée (**Section 1**), nous interrogeant alors sur la nature juridique de ce processus qu'est la gestation pour autrui (**Section 2**)

Section 1. La Publicisation des contrats de GPA

Israël détient le taux de natalité le plus élevé⁷¹² de tous les pays industrialisés avec 3,1 enfants par famille. Ce pro-natalisme s'explique par l'omniprésence des juifs orthodoxes sur la scène politique et judiciaire bien qu'ils ne représentent que 20% de la population juive. Le rôle de la religion est considérable dans la politique de fécondité⁷¹³.

⁷¹¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁷¹² Croissance démographique continue en Israël », 21 novembre 2018, Israël entre les lignes, le 21 novembre 2018, disponible sur le site : <https://israeleentreleslignes.com/2018/11/croissance-demographique-continue-en-israel/>

⁷¹³ COURBAGE (Youssef), PORTUGESE (J), «Fertility Policy in Israel. The Politics of Religion, Gender, and Nation », [en ligne], *Population*, 2000, vol.55, n°2, p.401-405, [consulté le 20/12/2021], disponible sur le site : https://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_2000_num_55_2_7130

Cette politique de fécondité trouve son fondement dans la « *halakha* », « *loi religieuse* », ainsi que dans la *torab*⁷¹⁴ où il est dit : « *D. les bénit en leur disant : Fructifiez et multipliez-vous ! remplissez la terre et assujettissez là !* ».

Le judaïsme est favorable aux progrès scientifiques, les technologies modernes sont la priorité de l'État et les fécondations *in vitro*⁷¹⁵ sont remboursées intégralement quel que soit le nombre d'enfants. Ces technologies de fécondation sont trois fois plus élevées qu'aux États Unies.

L'État favorable aux techniques de procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui encadre ce processus.

Si la GPA est du ressort de contrats privés dans de nombreux pays où elle est légale, ce processus est en revanche contrôlé par l'État qui intervient à tous les stades de la procédure (§1) nous questionnant ainsi sur la légitimité de cette implication (§2)

§1. Un Ordre Public de Protection appliqué en Israël

L'État intervient dans cet accord entre deux femmes (A), pour protéger notamment la mère porteuse, une protection néanmoins inexistante après la naissance de l'enfant(B)

A. L'intervention de l'État dans un accord entre deux femmes

L'omniprésence de l'État⁷¹⁶ dans la politique nataliste du pays est caractéristique d'Israël.

Dans le cas de la gestation pour autrui en Israël, de nombreux intervenants encadrent alors ce processus dont les acteurs principaux sont les parents d'intention et la mère porteuse avec la particularité ici de l'intervention de l'État à chaque étape de cette procédure de gestation.

En Israël, la loi sur les accords de port des embryons⁷¹⁷ (approbation de l'accord et statut du nouveau-né), 5756-1996 est soumise à l'approbation du comité qui examine l'adaptation mentale et physique de toutes les personnes impliquées dans la procédure.

Le Comité⁷¹⁸ examine les documents qui lui sont soumis, entend les parties à l'accord et peut à sa discrétion, exiger des parties toute documentation supplémentaire et entendre toute autre

⁷¹⁴ *Genèse* (1,28)

⁷¹⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁷¹⁶ ASHLONI-DOLEV (Yaël), « Israël et la GPA : sionisme, judaïsme et le problème de l'interférence avec la création divine », <https://plumenclume.org/blog/45-israel-et-la-gpa-sionisme-judaisme-et-le-probleme-de-l-interference-avec-la-creation-divine-par-yael-ashiloni-dolev>

⁷¹⁷ *Ibid.*,

personne. Il approuve l'accord après avoir pris en compte toutes les données issues des avis, des documents et des déclarations qui lui ont été faites après qu'il a été constaté que toutes les conditions énoncées à l'article 5 a) de la loi sont remplies. Il peut reconsidérer l'approbation⁷¹⁹ qu'il a donné, s'il survient un changement important dans les faits, les circonstances ou les conditions qui ont motivé sa décision, et tant que l'ovule fécondé n'a pas été implanté chez la mère porteuse. Les membres du Comité composés de médecins, psychologue, travailleur social et un représentant public juriste et un membre religieux selon la religion des parties pour l'approbation de ces accords sont nommés par le ministre de la Santé et agissent conformément à la loi en vigueur.

Le législateur israélien encadre et régule la pratique de la gestation pour autrui afin de protéger au mieux la mère porteuse⁷²⁰. La Commission Étatique valide le contrat écrit entre la mère porteuse et la mère d'intention. La loi en prévoyant des conditions d'aptitude pour la mère porteuse participe ainsi à sa protection ainsi qu'à celle de l'enfant.

Aussi en exigeant que l'ovocyte n'appartienne en aucun cas à la mère porteuse, le législateur joue son rôle de protecteur en évitant une procréation pour autrui où la mère porteuse serait la véritable mère et remettre l'enfant aboutirait à « *vendre son propre enfant* ». L'enfant est aussi protégé par la garantie d'un lien génétique partiel lorsque la commission exige de même qu'au moins une des gamètes utilisés pour la fécondation in vitro⁷²¹ appartienne à l'un des parents d'intention.

Une autre condition relève d'une condition religieuse qui exige que la mère porteuse doive être en principe célibataire car si elle est mariée et met au monde un enfant avec un autre homme que son mari cela est considéré comme un adultère et l'enfant considéré comme « *Mamzer*⁷²² », bâtard. L'identité religieuse de l'enfant est aussi protégée du fait que la mère porteuse doit être de la même religion⁷²³ que la mère d'intention.

Aussi, l'absence de lien de parenté entre la mère porteuse et l'un des futurs parents évite aussi des problèmes liés à des questions d'inceste qui risqueraient de porter préjudice à l'enfant.

D'autre part le législateur pose des considérations éthiques⁷²⁴ pour la mère porteuse. Ainsi outre son libre consentement elle doit avoir entre 22 et 38 ans, être la mère d'au moins un enfant, et ne

⁷¹⁸ *Ibid.*,

⁷¹⁹ *Ibid.*,

⁷²⁰ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n°. 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁷²¹ *Embryo carrying agreement*, article 2

⁷²² WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n°. 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁷²³ *Ibid.*,

⁷²⁴ *Ibid.*,

pas avoir plus de 4 grossesses, et il ne doit pas y'avoir de risque pour sa santé. De plus, elle ne peut être mère porteuse plus que deux fois. Toutes ces conditions posées par le législateur⁷²⁵ réduisent ainsi au minimum les risques d'exploitation de son corps et de sa fertilité à son détriment et garantir au mieux son consentement libre et éclairé. Ainsi en exigeant un âge minimum de 22 ans bien que la majorité soit fixée à 18 ans le législateur⁷²⁶ prend en compte la portée d'un engagement mature.

Cette implication de l'État qui intervient pour protéger la mère porteuse, reste malgré tout insuffisante (B)

B. Une intervention insuffisante quant à la protection de la mère porteuse

Si l'État est là pour protéger la partie la plus faible, il n'en demeure pas moins que cette protection demeure insuffisante. Ces accords de mère porteuse favorisent majoritairement les mères d'intention qui sont assurées de pouvoir enfin être parents.

L'enfant né, rien ne garantit la continuité des liens entre ces deux mères tant impliquées et la mère porteuse est souvent effacée de ce long parcours avec parfois des répercussions psychiques, physiques. Si l'État doit garantir une protection pour la partie la plus faible, cette protection doit se proroger après la naissance de l'enfant afin que cette femme ayant mis au monde l'enfant d'une autre ne soit pas considérée comme un unique moyen pour la mère d'intention d'arriver à ses fins.

Afin de préserver l'équilibre de la mère porteuse principalement impactée dans ce processus, il est indispensable que celle-ci puisse proroger ce lien avec la mère d'intention et l'enfant né si elle le souhaite, car bien souvent la mère d'intention après la naissance de l'enfant ne souhaite plus entretenir ce lien avec celle qui lui rappelle le moment unique qu'est la grossesse et l'accouchement, ce moment qui peut lui être étranger, et c'est parfois inconsciemment aussi que cette femme veuille occulter celle qui lui a permis de devenir mère afin de se sentir pleinement mère.

Si l'État est là pour garantir un ordre public de protection, il semble indispensable de maintenir des liens entre ces deux femmes si la mère porteuse le souhaite, de même qu'un lien avec l'enfant.

⁷²⁵ *Ibid.*,

⁷²⁵ *Ibid.*,

⁷²⁶ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

On pourrait alors prévoir un droit de visite accordée à la mère porteuse si elle désire garder des liens avec cet enfant.

En l'état du droit positif actuel en Israël⁷²⁷, l'état mental et psychologique de la mère porteuse est analysé par des professionnels de santé afin de s'assurer que celle-ci prend bien la mesure de ce processus si particulier, or après la naissance de l'enfant, il n'existe aucun encadrement psychologique de la mère porteuse.

Peut-on alors prévoir à l'avance l'impact de la séparation d'un enfant que l'on a porté pendant neuf mois et que l'on a mis au monde parfois au risque de sa vie ?

Peut-on considérer que ce lien entre cet enfant et la mère porteuse puisse être facilement rompue ?

Dans le cas contraire un comité nommé par le ministre de la Santé formé de professionnels de santé tout comme le comité d'approbation devrait se réunir afin d'aider psychologiquement cette femme.

L'équilibre de la mère porteuse paraît indissociable de la possibilité d'entretenir des relations durables avec l'enfant et dans la mesure du possible avec la mère d'intention.

La gestation pour autrui nécessite plusieurs intervenants et en cas d'atteinte grave, ils doivent être protégées au nom de l'ordre public de protection, de la dignité humaine.

Toutefois, l'implication de l'État dans ce processus si particulier est-elle justifiée (§2) ?

Si cette implication s'explique en partie par la politique pro nataliste en Israël et par un souci de protection (A), on peut néanmoins se questionner sur la légitimité de cette implication(B)

§2. L'implication de l'État

A. Une implication justifiée

La sociologue israélienne Yael Ashiloni Dolev⁷²⁸ relate que l'opinion publique est majoritairement favorable aux nouvelles techniques médicales tel que le diagnostic prénatal, l'avortement thérapeutique, l'assistance médicale à la procréation et la GPA.

⁷²⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁷²⁸ ASHILONI-DOLEV(Yaël), « Israël et la GPA : sionisme, judaïsme et le problème de l'interférence avec la création divine », <https://plumenclume.org/blog/45-israel-et-la-gpa-sionisme-judaïsme-et-le-probleme-de-l-interference-avec-la-creation-divine-par-yael-ashiloni-dolev>

Le discours culturel, politique et religieux présente la biotechnologie comme indispensable à la perpétuation de l'existence juive au proche orient. Les Israéliens ont une pleine confiance dans les progrès de la science⁷²⁹.

Le rabbinat ne condamne pas la recherche dans le domaine des cellules souches, du clonage ou des expériences génétiques sur les humains. Les grossesses sont hyper médicalisées⁷³⁰ en Israël où la médecine est très respectée. L'eugénisme est considéré comme un moyen d'améliorer la santé des Israéliens pour les militants de la cause des handicapés.

Le gouvernement israélien en encadrant les accords de gestation pour autrui limite l'accessibilité de ces accords ainsi que les dérives qui en découlent.

En exigeant que la mère d'intention doit être dans l'incapacité de mener à bien une grossesse, ou qu'une grossesse peut sérieusement mettre en danger sa santé⁷³¹, le gouvernement prohibe ainsi la gestation pour autrui qui serait pratiquée dans un souci de confort personnel, tel que faire porter la grossesse à une mère porteuse pour éviter tous les désagréments de la grossesse. L'État en encadrant la gestation pour autrui limite le tourisme procréatif⁷³² en exigeant que les parents d'intention doivent être majeurs, âgés entre 18 et 54 ans, résidents israéliens et ne pas avoir plus de deux enfants.

La fertilité en Israël tient une place très importante et les femmes infertiles subissent une pression sociale énorme et leur bien-être, leur santé morale participent à cet intérêt collectif.

Le gouvernement israélien accorde une importance capitale dans le traitement de la fertilité qui est couvert par l'assurance⁷³³. Ces accords de mère porteuse sont des accords d'intérêt général.

Les femmes en Israël ont deux fois plus d'enfants que dans les pays européens et ce taux de fertilité trouve son fondement dans différentes sources.

Les politiques en matière de procréation assistée sont un très bon révélateur des priorités et préférences de l'État⁷³⁴; en intervenant à tous les stades de ces accords de gestation pour autrui la mère porteuse est protégée, et la liberté de la partie la plus faible est limitée.

Ici l'Ordre public de protection est omniprésent, car la gestation pour autrui fait intervenir des personnes, il y va ainsi de leurs libertés et des limites de ces libertés. L'État en intervenant et en

⁷²⁹ *Ibid.*,

⁷³⁰ *Ibid.*,

⁷³¹ Article 4 *Embryo carrying agreement*

⁷³² WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁷³³ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁷³⁴ *Ibid.*,

protégeant les personnes s'oblige ainsi à se soucier des questions éthiques et morales de ces accords de gestation pour autrui ; Les enjeux sont importants puisque cela relève de la santé physique et psychique des individus et L'État doit aussi être le garant de droits fondamentaux. Le gouvernement en intervenant dans ce processus de gestation garantit une égalité des couples infertiles quel que soit leur milieu social. Les fortes sommes d'argent imposées par des organismes privés créent une disparité entre les parents d'intention qui pour certains n'ont pas les moyens de financer ce projet.

Toutefois l'État est-il légitime à intervenir sur la disposition de la personne, sur la disposition de la mère porteuse, sur la disposition de la mère d'intention (B) ?

B. La légitimité de cette implication

1. La libre disposition de soi et la nécessaire intervention de l'État :

Face à une société individualiste où la libre disposition de soi se développe de plus en plus, le droit est alors légitime à intervenir.

Comme il est souligné dans cette thèse, la libre disposition de soi⁷³⁵ impliquerait l'instrumentalisation de l'homme et le lieu d'épanouissement et de développement personnel que représente la sphère sociale serait occultée. Le droit intervient alors afin d'éviter cela.

« La protection vient de la réglementation, donc du droit et de l'État »⁷³⁶ ; « il s'agit alors d'interdire, de définir ce qui doit l'être et de s'assurer du respect de ce qui est interdit ».

La disposition de soi⁷³⁷ recouvre d'une part de disposer de son propre corps comme on l'entend et le droit à une vie familiale.

Le droit doit-il intervenir dans cette disposition de soi ?

La première pensée qu'il nous vient à l'esprit est que le droit n'a pas vocation à agir dans les rapports intimes que l'on a avec soi et par conséquent, la société ne doit en aucun cas s'immiscer dans cette sphère privée. Cela serait ainsi une atteinte à la liberté humaine.

Le droit à une vie privée et familiale sur le fondement de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme a été suivi par les juridictions françaises. La libre disposition de soi nous amène à délimiter la sphère privée et la sphère publique. C'est parce que nous sommes pourvus

⁷³⁵ GOUGUET (Maia), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Limoges, 2019.

⁷³⁶ FEUILLET-LIGER (Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être. » in FEUILLET-LIGER B et OKTAY-OZDEMIR S, *Le principe de non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », Bruylant, n°17, 2017, p.414

⁷³⁷ GOUGUET (Maia), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Limoges, 2019.

d'une sphère privée que nous pouvons interagir avec la sphère publique. Ainsi l'individu développerait « *un monde intérieur solide et diversifié* » en raison de l'existence de « *relations sociales saines* ».

« *La vie privée sociale met donc tout particulièrement en exergue la présence d'autrui dans la sphère intime de chacun* »⁷³⁸

Pour Jacques Lacan, l'identification de notre image à une autre image que nous même permet la reconnaissance de soi. La libre disposition de soi inclurait ainsi la disponibilité du corps humain ainsi que la vie privée sociale.

Dans les rapports avec soi, autrui est présent et par conséquent ne doit pas être occulté « *dans le processus décisionnel des actions même intimes* »⁷³⁹

Pour Paul Ricœur⁷⁴⁰, le « *soi* » est incomplet sans « *autrui* » qui permet d'atteindre des objectifs.

Ainsi La volonté individuelle et la vie sociale sont étroitement liées, les normes juridiques sont appliquées afin d'équilibrer cette interdépendance.

A titre d'exemple, ici dans le cas de la gestation pour autrui, une femme, la mère porteuse portera l'embryon formé par les gamètes du couple d'intention. Les motivations peuvent être soit d'ordre économique ou altruiste ; cela concerne alors seulement le corps de la mère porteuse mais aussi les parents d'intention qui ont donné leur gamète pour la naissance de cet enfant. De manière plus globale, cet acte qui concerne principalement la mère porteuse ainsi que les parents d'intention aura incidemment des conséquences quant à la question du contenu de l'état civil de l'enfant conçu par gestation pour autrui. Il y'a donc un impact indirect de la mère porteuse sur les parents qui accueilleront le nouveau-né et sur l'état civil de celui-ci.

Lorsque les individus agissent dans le cadre de leur vie privée⁷⁴¹, cela entraîne aussi des répercussions sur autrui, ce qui légitime alors l'intervention du droit dans la vie privée sociale.

La légalisation de l'IVG a permis d'éviter les dérives liées à son interdiction et l'intérêt d'autoriser cette pratique était de protéger la partie la plus faible. Si la GPA venait à être légalisée, cela permettrait de contrôler cette pratique ainsi que les dérives qui en découlent.

La société est en pleine évolution, et bien que cette pratique soit interdite, de nombreuses personnes y ont recours.

Le droit doit-il pouvoir suivre cette évolution afin de ne pas se mettre à l'écart de ce qui se passe dans le monde ?

⁷³⁸ GOUGUET(Maia), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Limoges,2019.

⁷³⁹ *Ibid.*,

⁷⁴⁰ *Ibid.*,

⁷⁴¹ *Ibid.*,

La loi peut ainsi interdire ou admettre la disposition des corps ou de leurs éléments si l'objectif qu'elle considère est justifié. Dans un second temps, les conditions de disposition du corps et de ses éléments devront être définies. Les finalités de la disposition notamment assurer le bien-être de personnes en leur permettant de devenir parents, doivent être replacées au cœur de ces débats afin de voir si elles justifient les atteintes générées.

Dans le cas de la gestation pour autrui permettre à une personne de devenir parent occulte souvent l'atteinte au corps⁷⁴² supportée par une autre personne. La compensation dans le cas où il y'a atteinte au corps peut être pécuniaire ou d'ordre moral en cas de geste altruiste et doit relever du rôle de l'État. La loi doit jouer un rôle d'ordre public de protection⁷⁴³ pour les personnes, leurs libertés, les limites de ces libertés. Le contrat de travail en est une illustration.

Le libre jeu du marché est la règle pour les partisans de la GPA⁷⁴⁴ aux USA. Pour d'autres, le droit a pour rôle de veiller à la justice et à l'équilibre des relations humaines et sociales, de protéger les plus faibles et les plus vulnérables, c'est le cas d'Israël qui protège la mère porteuse.

Les limites et les libertés doivent être appréciées dans le contexte de marché sur le corps et alors impose de revenir sur des questions d'ordre éthique.

Si la gestation pour autrui implique la disposition d'un corps indissociable de la personne, alors la personne doit pouvoir jouir de la libre disposition de son corps, l'État ayant la possibilité d'intervenir en cas d'atteinte grave à ces libertés.

Brigitte Feuillet-Liger considère que, « *Les conventions de mère porteuse doivent être prohibées ou admises sur le fondement de la gravité de l'atteinte aux droits de la personne, tel que la dignité ou l'intégrité physique ; d'où la nécessité de reformuler les questions à se poser non pas sur la patrimonialisation du corps mais sur la gravité des atteintes que ces conventions sur le corps ou ses éléments peuvent avoir pour conséquence* »⁷⁴⁵.

2. Une difficile conciliation entre l'Ordre public et le droit à la libre disposition de soi

Le philosophe Michel Foucault⁷⁴⁶ considère que le biopouvoir est,

⁷⁴² GOUGUET (Maia), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Limoges, 2019.

⁷⁴³ *Ibid.*,

⁷⁴⁴ *Ibid.*,

⁷⁴⁵ FEUILLET-LIGER (Brigitte), *La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être.* in *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruylant, 2017, p.403.

⁷⁴⁶ BORILLO (Daniel), « Libre disposition de soi » [en ligne], 2015, p.20. Disponible sur le site : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document> <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document>, [consulté le 10/12/20].

« L'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir ».

Certaines interventions de l'État sur le corps des individus sont ainsi justifiées conformément aux règles de bioéthique et acceptées par la société. Aussi, l'intervention de l'État afin d'empêcher les abus et déséquilibres financiers entre les parties semblent un impérative de l'état de droit.

Le droit de la famille sous influence de l'individualisme et du libéralisme est complexe et nous questionne sur cette libre disposition de soi. Pour ce qui est de l'individualisme, longtemps, le groupe et ses intérêts a primé sur l'individu. Un droit du groupe, un ordre de contrainte qui mette la pérennité de l'entité au-dessus de la liberté de l'individu est impossible dans nos sociétés occidentales.

La loi est par définition générale, mais il lui faut poser des catégories.

« Le droit de la famille est un droit fondé sur des institutions ; le profil d'une institution se définit par les conditions d'accès à cette institution »⁷⁴⁷.

En incluant certaines personnes, on en exclut indéniablement d'autres. Le droit de la famille comme d'autres branches du droit créent des catégories juridiques.

L'individualisme⁷⁴⁸ qui implique toute contestation possible pour des raisons discriminatoires a rendu difficile la création de « catégories » par le législateur. Le fait de créer des catégories juridiques implique un choix de départ et alors une hiérarchisation entre les différents buts qui pourraient être contestés au nom de la non-discrimination.

On peut citer la maternité pour autrui comme exemple. Certains partisans sont pour la légalisation de la gestation pour autrui dans le cas des femmes ne pouvant portant un enfant pour cause de stérilité.

La compassion que nous éprouvons pour ces femmes qui désirent tant être mères pourquoi se limiterait elle à cette seule catégorie ?

La finalité étant la concrétisation de devenir mère, cela englobe toutes catégories pour une égalité de traitement.

⁷⁴⁷ MURAT(Pierre), « Individualisme, Libéralisme, Légistique » in FULCHIRON H, Mariage, *conjugalité ; parenté, parentalité*, Thèmes et commentaires, Dalloz,2009, p.240.

⁷⁴⁸*Ibid.*,

Pour ce qui est du libéralisme⁷⁴⁹, deux conceptions du droit s'opposent, l'une selon laquelle le droit doit limiter pour protéger et l'atteinte à la liberté de l'individu serait ainsi légitime. Une autre conception où l'on remet en question l'emprise du droit sur les régulations familiales. Le bonheur de l'individu ne saurait être sacrifié pour prévenir un éventuel danger. Il en résulte de cela que la famille est plus un moyen offert pour l'instrument de sa personnalité qu'une institution.

Le courant individualiste-libéral⁷⁵⁰ qui influe sur le droit de la famille nous questionne alors :

« *Quelle loi veut-on pour la régulation familiale de demain ?* »

La gestation pour autrui est cela sous influence de l'individualisme et du libéralisme. Ce processus ne peut être dissociée de la personne car avant tout il concerne le droit des personnes bien que la gestation pour autrui fasse l'objet de nombreux contrats privés.

Si la gestation pour autrui venait à être légalisée, ce processus devrait alors relever indéniablement d'un droit spécifique (Section2), ce processus n'étant comparable à aucun autre.

Section 2. Un Droit spécifique

La gestation pour autrui relève t'elle d'un simple contrat (§1) ou ce processus ne s'apparente à aucun autre nous permettant d'envisager un droit particulier mêlant droit des personnes, droit des contrats, L'Ordre public ainsi que des liens intimes indissociables pour une aventure humaine réussie (§2)

§1. La GPA : Un contrat ?

Les principes fondateurs du droit des contrats vont permettre de mieux saisir la problématique et les enjeux de cette pratique si controversée et d'ouvrir des perspectives intéressantes en droit comparé.

La jurisprudence française vacille entre l'interdiction de cette pratique et aménagements des effets juridiques tandis que les juges israéliens abordent une approche pragmatique de cette aventure humaine.

⁷⁴⁹ MURAT(Pierre), « Individualisme, Libéralisme, Légistique » in FULCHIRON H, Mariage, *conjugalité ; parenté, parentalité*, Thèmes et commentaires, Dalloz,2009, p.241.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p.243.

Qu'elle serait alors la nature de ce contrat si la maternité de substitution venait à être légalisée ? ?
La gestation pour autrui peut-elle être soumise au droit des contrats (A), et le principe d'indisponibilité qui fonde cette interdiction est -il justifié ? (B)

A. La gestation pour autrui et le droit des contrats

Les conventions sur le corps humain doivent-elles être soumises au droit des contrats ?

« Ces conventions sont particulières car elles relèvent d'une liberté particulière, celle de disposer de l'enveloppe charnelle de la personne ».

Comme le disait le doyen Carbonnier, *« En dissociant le corps de la personne, ces contrats peuvent relever du seul droit des contrats. L'étude montre la difficulté des États qui appliquent le droit des contrats en y essayant d'y échapper à travers un principe d'indisponibilité du corps »*⁷⁵¹.

Le contrat serait-il un contrat à titre gratuit où à titre onéreux ?

Le Code civil⁷⁵² désigne le terme « contrat à titre gratuit », le contrat dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie.

Quant au contrat à titre onéreux⁷⁵³, il est défini comme le contrat dans lequel chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Le contrat de maternité de substitution est-il un contrat à titre onéreux ?

Moralement on ne peut considérer cela car ce serait supposer une transaction économique concernant un être humain. Cela serait alors contraire à la dignité humaine, contraire à l'Ordre public.

Juridiquement, le Code civil⁷⁵⁴ stipule que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties »

Le contrat⁷⁵⁵ par lequel une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour ensuite l'abandonner à sa naissance est illicite car contrevenant tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. »

De manière générale, L'indisponibilité de la filiation explique pour partie, d'une part l'illicéité d'un contrat organisant la procréation pour autrui, et d'autre part le refus d'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le couple d'intention.

⁷⁵¹ FEUILLET-LIGER(Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être. »in Le principe de non-patrimonialité du corps humain, Bruylant,2017, p.416-417.

⁷⁵² Article 1107 alinéa 2 du Code civil

⁷⁵³ Article 1107 alinéa 1^{er} du Code civil

⁷⁵⁴ Article 1162 du Code civil

⁷⁵⁵ Cass., Ass.plén.,31 mai 1991, n°90-20.105.

La maternité de substitution, contrat à titre gratuit ?

Il est envisageable qu'une mère porteuse⁷⁵⁶ désire participer au bonheur d'une autre personne qui désire être parent, or l'intention libérale peut cacher une contrepartie économique.

Le contrat à titre onéreux ou même à titre gratuit ne semble en adéquation avec le contrat de mère porteuse. La qualification juridique semble inappropriée au contrat éventuel de maternité de substitution.

Qu'en est-il de la liberté contractuelle ?

En vertu de la liberté contractuelle « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »⁷⁵⁷. Cette liberté contractuelle « *ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* »⁷⁵⁸

Le principe éthique de la procréation pourquoi ne serait-il pas une question de liberté contractuelle ? La mère porteuse peut-elle disposer de son corps comme elle le veut ?

Le contrat est-il contraire à l'ordre public et à la dignité humaine ?

L'Ordre public d'aujourd'hui sera-t-il celui de demain ?

L'Ordre public varie avec le temps et évolue alors avec les mœurs. On ne peut exclure le fait que sur le principe de la liberté contractuelle⁷⁵⁹ une femme sera libre de décider de conclure un contrat écrit ou verbal où elle s'engagerait à porter une grossesse pour le compte d'une autre personne ou d'un autre couple, pour ensuite confier l'enfant aux parents d'intention.

Si les acteurs de ce processus ont conscience des conséquences de leur acte, qu'ils ont la capacité juridique à contracter rien ne peut s'opposer à ces contrats sous réserve de l'engagement avéré de la mère porteuse et du caractère gratuit de la convention et sous réserve aussi d'un encadrement de la loi afin de vérifier que le consentement de la mère porteuse ne soit donné par erreur, violence ou sous l'effet d'un trouble mental.

⁷⁵⁶ OUEDRAOGO, Richard « Saisir les enjeux de la maternité de substitution sous le prisme de la théorie générale du contrat : quelles perspectives en France et au Québec ? », *Droit et cultures* [En ligne], *Revue internationale interdisciplinaire*, 2017, n° 73, p. 91-109, [consulté le 28/12/2021]. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/409>

⁷⁵⁷ Art 1102 alinéa 1^{er} du Code civil

⁷⁵⁸ Art 1102 alinéa 2 du Code civil

⁷⁵⁹ OUEDRAOGO, Richard « Saisir les enjeux de la maternité de substitution sous le prisme de la théorie générale du contrat : quelles perspectives en France et au Québec ? », *Droit et cultures* [En ligne], *Revue internationale interdisciplinaire*, 2017, n° 73, p. 91-109, [consulté le 28/12/2021]. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/409>

Si l'on qualifie la maternité de substitution de contrat, qu'en est-il de l'exécution de ce contrat ?

La force obligatoire du contrat⁷⁶⁰ est le principe selon lequel « *les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à eux qui les ont faits* ».

Lorsqu'une femme s'engage à porter gratuitement un enfant pour le compte d'un couple qu'elle remettra à la naissance et qu'à la naissance cette femme change d'avis et refuse de restituer l'enfant à ses parents intentionnels, qu'en est-il de la force obligatoire des contrats ?

Le principe de la force obligatoire du contrat permet-il un possible recours des parents d'intention ?

L'exécution forcée n'est pas possible. En droit positif israélien, la responsabilité de la mère porteuse pour inexécution contractuelle est-elle envisageable ?

Cette réponse n'est pas appropriée au droit des contrats mais plutôt dans la difficulté de quantifier économiquement le préjudice subi par les parents d'intention.

Aussi « les contrats⁷⁶¹ doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'Ordre public.

Pour la doctrine, la bonne foi⁷⁶², comme la plupart des règles générales de comportement des parties tel que la loyauté, la probité n'est pas à proprement parler une obligation au sens de la prestation mais d'une exigence générale de comportement entre les parties qui imprègne toutes leurs relations et la façon d'exécuter leurs obligations.

Le principe de bonne foi impliquerait l'absence de manœuvres frauduleuses dans le comportement des différentes parties chaque partie se comportant de la façon la plus loyale.

Cela impliquerait alors que la mère porteuse ne puisse exiger après l'accouchement et avant la remise de l'enfant le paiement d'une somme d'argent tandis que les parents d'intention accepteraient la remise de l'enfant quel que soit sa condition physique ou mentale.

Au regard de la jurisprudence actuelle on ne peut que constater la reconnaissance juridique des contrats de maternité de substitution.

L'évolution jurisprudentielle nous amène à nous questionner sur la possibilité d'un encadrement de la pratique de maternité de substitution avec une protection juridique maximale pour l'enfant.

⁷⁶⁰ Article 1103 du Code civil

⁷⁶¹ Article 1104 alinéa 1^{er} du Code civil

⁷⁶² OUEDRAOGO, Richard « Saisir les enjeux de la maternité de substitution sous le prisme de la théorie générale du contrat : quelles perspectives en France et au Québec ? », *Droit et cultures* [En ligne], *Revue internationale interdisciplinaire*, 2017, n° 73, p. 91-109, [consulté le 28/12/2021]. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/409>

Les enjeux de la maternité de substitution sont si complexes que l'envisager comme un contrat est impossible.

La problématique de la gestation pour autrui⁷⁶³ place le législateur dans l'obligation d'opérer un choix parmi les deux grands courants éthiques : « *le courant de l'éthique utilitariste, d'inspiration anglo-saxonne, fondée sur la valeur première de la liberté, et le courant de l'éthique essentialiste, fondé sur la dignité avant tout* ». Ces deux courants déclinent différemment les relations entre dignité et liberté, entre respect et droit, entre médecine et prestation de service ».

Selon la jurisprudence, le contrat de gestation pour autrui⁷⁶⁴ est un contrat synallagmatique. La mère porteuse remet l'enfant aux parents d'intention en contrepartie d'une indemnité financière. C'est à propos de l'arrêt « *Alma Mater* » que la Cour d'appel avait considéré que le contrat de gestation pour autrui était un contrat synallagmatique.

En l'espèce, une somme avait été versée par le couple d'intention à la mère gestatrice et génitrice en contrepartie de son engagement à renoncer à ses droits sur l'enfant.

La Cour d'appel d'Aix en Provence par un arrêt du 29 avril 1988⁷⁶⁵ rendu au sujet de l'association « *Alma Mater* » avait relevé « qu'il importe peu que le couple et la mère naturelle n'aient, comme le soutient l'association, aucun contact direct ». L'absence de contact direct entre la mère porteuse et les parents d'intention n'était effectivement ni un indice ni une preuve de l'absence de conclusion d'un contrat écrit ou verbal entre eux. La cour d'appel d'Aix avait jugé » que, dès lors qu'ils adhèrent au programme proposé par Alma Mater qui, en l'occurrence, joue le rôle d'un intermédiaire, ils se trouvent liés par une véritable convention synallagmatique. La Cour d'appel avait rappelé à ce titre le travail de l'association « *Alma Mater* » consistant à accomplir et assurer le suivi des actes médicaux et administratifs et à faire verser à la mère naturelle une somme de 60.000 francs remise par le couple.

L'association « *Alma Mater* » considérait qu'il s'agissait de « prêt d'utérus » ou de « don de gestation » évoquant ainsi un geste altruiste.

La Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait d'une convention à titre onéreux et non d'une simple indemnisation. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 octobre 1988 Association « *ANIA* » retient dans le même sens la qualification contractuelle de la convention de maternité pour autrui.

⁷⁶³ *Ibid.*,

⁷⁶⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. A., 11 octobre 1988, « *ANIAS* » contre Procureur du tribunal de grande instance de Paris.

⁷⁶⁵ Cour d'Appel d'Aix, 29 avril 1988

En l'espèce, la cour d'appel⁷⁶⁶ avait confirmé le jugement rendu en première instance par le tribunal de grande instance⁷⁶⁷ de Paris le 20 janvier 1988 et donc la nullité et dissolution de l'association « ANIAS ».

L'association « ANIAS » ainsi que « Alma Mater » intervenaient pour mettre en relation les mères porteuses ainsi que les parents d'intention. Les mères porteuses qui étaient aussi les mères génétiques étaient inséminés artificiellement avec le sperme du père d'intention.

La Cour d'appel de Paris avait qualifié la convention de maternité pour autrui de convention synallagmatique et que « *l'accord ainsi conclu réalise la rencontre des volontés des parties sur une obligation de faire à la charge du mari du couple demandeur et de la mère de substitution, consentie moyennant une compensation pécuniaire, et cet échange de consentements constitue une convention* »⁷⁶⁸.

D'autre part la cour d'appel⁷⁶⁹ de Paris avait aussi considéré qu' « *aucune exécution forcée n'est légalement possible puisqu'elle consisterait à contraindre une femme à abandonner son enfant* » et que « *d'autre part, elle (la convention) se trouve affectée de la nullité comme soumise à une condition purement potestative de la part de l'une des parties, la mère conservant la liberté de ne pas exécuter son engagement sans encourir aucune sanction* ».

La convention de maternité pour autrui étant nulle, la mère porteuse a la possibilité de se rétracter et de garder l'enfant sans que cela n'engage sa responsabilité envers les parents d'intention. Ainsi la cour d'appel⁷⁷⁰ avait considéré que « *la mère biologique se réserve le droit de conserver l'enfant à sa naissance, l'abandon n'étant acquis qu'aux termes du délai légal* ».

⁷⁶⁶ Cour d'appel de Paris, 1^{ière} ch.A., 11 octobre 1988, « ANIAS » contre Procureur du tribunal de grande instance de Paris.

⁷⁶⁷ Tribunal de grande instance de Paris, 1^{er} ch., 20 janvier 1988.

⁷⁶⁸ *Ibid.* L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La cour d'appel avait considéré que la convention de maternité pour autrui est un contrat synallagmatique en se fondant sur l'ancien article 1108 du code civil. C'est désormais l'article 1128 du Code civil qui régit la question de validité des contrats depuis la réforme du droit des obligations et qui dispose que trois conditions sont nécessaires à la validité d'un contrat : « le consentement des parties », « leur capacité de contracter », et « un contenu licite et certain ». L'objet et la cause du contrat a été remplacée par un contenu licite et certain. L'article 1162 du code civil dispose ainsi que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». L'article 1102 du Code civil dispose également en son alinéa 2 que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

L'article 6 du Code civil reste inchangé et dispose qu' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁷⁶⁹ Cour d'appel de Paris, 1^{ière} ch.A., 11 octobre 1988, « ANIAS » contre Procureur du tribunal de grande instance de Paris.

⁷⁷⁰ Cour d'appel de Paris, 1^{ière} ch.A., 11 octobre 1988, « ANIAS » contre Procureur du tribunal de grande instance de Paris.

Le contrat de maternité pour autrui si l'on peut considérer qu'il s'agisse d'un contrat, comment peut-on le nommer ? Un contrat de location⁷⁷¹ « d'utérus », le contrat de prêt à usage gratuit⁷⁷², un contrat « d'entreprise⁷⁷³ », un contrat de mandat⁷⁷⁴, un contrat de prostitution⁷⁷⁵ ?

Le contrat de maternité a souvent été comparé par des auteurs à un contrat de « nourrice »⁷⁷⁶.

Comme le souligne Muriel Fabre-Magnan « *L'allaitement d'un enfant par une autre mère n'est pas comparable au fait de porter un enfant d'une autre femme. Les éléments susceptibles relatifs aux nourrices allaitantes présentent toutefois la relativité du don ainsi (à nouveau) que de celle de l'intérêt de l'enfant* »⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ Selon Yves Chartier, du point de vue de la mère gestatrice, « l'opération constitue [...] une location de son corps, d'un ventre, qu'elle met à la disposition de tiers » : note préc., D. 1991, p.417, rapp. Y. CHARTIER. Guy Raymond considère également que le contrat de maternité pour autrui peut s'apparenter à un contrat de location d'utérus : note préc., G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », JCP., 1983, II, 3114, doct. V. a contrario l'analyse de Jacqueline Rubellin-Devichi d'après laquelle « il n'est pas possible d'analyser l'engagement de gestation pour autrui comme une obligation de faire, un contrat de dépôt, et encore moins un contrat de location » : J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », D.1985, chron. XXVI, p.147.

⁷⁷² S'interrogeant sur la possible autorisation de la maternité pour autrui à titre gratuit, François Boulanger se demande si l'on « ne pourrait [...] admettre un engagement à titre gratuit, au besoin constaté par acte notarié qui évite les graves questions de l'anonymat de la mère porteuse et du montant éventuel de sa rémunération [...] » : F. BOULANGER, J.C.P. 1986, I, 20561. De même, Yves Chartier envisage la possibilité d'un « prêt à usage gratuit » en l'absence de rémunération de la mère gestatrice : note. préc., D. 1991, p.417, rapp. Y. CHARTIER.

⁷⁷³ Guy Raymond observe à ce titre que « la gestatrice s'engage à fabriquer un bébé à partir de matériaux fournis ou non par le couple » : note préc., G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », JCP., 1983, II, 3114, doct. François Boulanger a repris cette analyse à son compte : note préc., F. BOULANGER, J.C.P. 1986, I, 20561. Claire Neirinck considère de même que « la convention préalable à la procréation artificielle n'est qu'un contrat d'entreprise *sui generis* qui consiste à livrer, contre paiement, au maître de l'ouvrage le produit fini : l'enfant » : C. NEIRINCK, « La circulaire CIV/02/13 sur les CNF ou l'art de contourner implicitement la loi », Dr. Fam. n°3, Mars 2013, comm. 42.

⁷⁷⁴ Cette comparaison surgit notamment sous la plume d'Alain Sériaux qui note que dans ce qu'il nomme un contrat de « maternité par procuration », « une femme mariée délègue à une autre son rôle de mère jusqu'à l'accouchement » et que « par convention, la mère porteuse s'engage à mener à bien la grossesse et à laisser [...] la mère artificielle adopter cet enfant après sa naissance » : A. SÉRIAUX, « Droit naturel et procréation artificielle, quelle jurisprudence ? », D. 1985, chron. X, p.53.

⁷⁷⁵ Certains auteurs sont même allés jusqu'à comparer le contrat de maternité pour autrui conclu à titre onéreux au contrat de prostitution. Jacqueline Rubellin-Devichi écrit ainsi en 1985 qu'« on contestera difficilement qu'en droit, un tel contrat s'apparente au contrat de prostitution » dans la mesure où « on loue une partie de son corps » : J. RUBELLIN-DEVICHI, note préc., « La gestation pour le compte d'autrui », D. 1985, chron. XXVI, p.147. L'année suivante en 1986, Christian Atias retient également « la qualification de proxénétisme » observant que « [...] la mère, pendant sa grossesse, traite son propre corps comme un objet utilisable au profit d'autrui » : C. ATIAS, note préc., « Le contrat de substitution de mère », D. 1986, chron. IX, p.67.

⁷⁷⁶ F. TERRÉ, « L'enfant de l'esclave, Génétique et droit », Éd. Flammarion, 1987, p.180. Sur le contrat de nourrice, v. aussi : G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », JCP., 1983, II, 3114, doct. ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER. Le contrat de maternité pour autrui va cependant bien au-delà du contrat de nourrice où la nourrice ne s'engage qu'à allaiter l'enfant et non à lui donner la vie.

⁷⁷⁷ PUIGELIER(Catherine), ALLAIS (Maurice), *Épicène : Le Droit de la recherche en reproduction humaine*, Jument&Martin,2021, p.35.

Si la convention de maternité pour autrui peut s'apparenter à tous ces contrats, « *la vie* » qui est au cœur de ce contrat en fait un contrat « *sui generis* » comparable à aucun autre et mêlant des relations humaines indissociables pour une aventure humaine la plus éthique possible.

Le corps ne peut faire l'objet d'un contrat, qu'il soit à titre onéreux ou gratuit, cette interdiction repose sur l'idée que le corps ne peut être une chose choisie, que la personne n'a pas de droit de propriété sur un corps. La pratique de l'esclavage fait ressurgir cette idée de propriété du corps, de personne objet que la pensée kantienne condamne.

En France, le contrat de GPA est interdit au motif de l'atteinte à la dignité des êtres humains.

Les lois de bioéthique de 1994 sont venues expliciter ce principe dans le droit positif avec l'article 16 du code Civil, qui dispose que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

De ces lois est également né l'article 16-7 du code civil qui dispose que, « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

La maternité de substitution est également considérée comme illicite sur le fondement de l'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes.

B. L'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes

Le corps est distinct de la personne comme un « *accessoire détachable* » du fait qu'il soit objet d'investigations et soumis aux pratiques des technologies médiane.

« *Il est désormais non plus l'incarnation irréductible d'une personne, mais une matière fluide sans frontières fragmentable* »⁷⁷⁸.

Une des raisons principales pour lequel la France n'autorise pas la gestation pour autrui est lié à l'exploitation du corps de la mère porteuse, l'indisponibilité du corps humain, et à son atteinte à la dignité humaine.

En France, les principes tel que la dignité humaine, l'indisponibilité du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes, ou encore le corps hors commerce interdisent la libre disposition du corps.

Le principe de l'indisponibilité du corps humain est un principe juridique créé par la Cour de Cassation à partir d'une interprétation des articles 6 et 1128 du Code Civil selon laquelle le corps

⁷⁷⁸ LE BRETON(David), « Patrimonialité du corps : approche anthropologique »in Le principe de non-patrimonialité du corps humain, Bruylant,2017, p.353.

est hors commerce, il n'est pas un « chose » pouvant faire l'objet d'une convention avec une contrepartie financière.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par un arrêt du 31 mai 1991⁷⁷⁹ a considéré sur le fondement de l'article 6⁷⁸⁰ et 1128 du code civil⁷⁸¹ que la maternité pour autrui⁷⁸² est contraire à l'indisponibilité du corps humain et à l'indisponibilité de l'état des personnes. Cet arrêt a ensuite été confirmé par la Cour de cassation le 29 juin 1994⁷⁸³.

La Cour de cassation en 1991 a ainsi confirmé l'arrêt rendu par la première chambre civile du 13 décembre 1989⁷⁸⁴ en se prononçant sur l'association « *Alma Mater* » non plus sur la licéité de l'association mais sur l'adoption plénière⁷⁸⁵ par la mère d'intention.

En l'espèce, un couple avait fait appel à une mère porteuse pour avoir un enfant. Le sperme appartenait au père d'intention, la mère porteuse était la mère génétique et gestatrice de l'enfant.

A la naissance de l'enfant, l'acte de naissance de l'enfant ne portait pas mention de la filiation maternelle ; L'épouse forme dès lors une demande en adoption plénière de l'enfant selon l'article 353 du code civil. Le tribunal de grande instance n'a pas fait droit à sa demande, de ce fait l'épouse a interjeté l'appel du jugement.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 15 juin 1990, avait prononcé l'adoption plénière de l'enfant par la mère d'intention considérant que « *la maternité de substitution est licite en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs ; cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer des époux pratiquement depuis sa naissance* ».

La Cour de cassation, par un arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 au visa des articles 6, 1128 et 353 du code civil casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris et considère que :

« La convention par laquelle une femme s'engage, fut ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ».

⁷⁷⁹ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE; Defrénois 1991, 1267, obs. AUBERT; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

⁷⁸⁰ Article 6 du Code civil dispose qu' « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »

⁷⁸¹ Article 1128 du code civil « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions

⁷⁸² Cass, Ass.plén., 31 mai 1991, n°90-20.105.

⁷⁸³ Cass, Civ.1^{ère}, 29 juin 1994, n°92-13.563.

⁷⁸⁴ Cass., Civ.1^{ère}, 13 décembre 1989, n°88-15.655.

⁷⁸⁵ Cass, Ass.plén., 31 mai 1991, n°90-20.105.

« Que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Pour Jean-Luc Aubert, cet arrêt⁷⁸⁶ caractérise la double illicéité de la convention de mère porteuse en ce qu'elle porte sur deux éléments qui sont hors commerce ; d'une part le corps humain, celui de femme porteuse et celui de l'enfant à naître, d'autre part, l'état des personnes et révèle le caractère « *frauduleux* » de cette « *opération* » qui consiste à donner un enfant à un couple infertile par un détournement de l'adoption, « *caractère frauduleux* » entachant d'illicéité la cause même de la convention de mère porteuse.

Pour ce juriste⁷⁸⁷, cet arrêt précise la nature des conventions illicites. Ainsi les conventions seraient illicites lorsque la mère porteuse est aussi la mère génétique de l'enfant.

« Les conventions illicites sont celles par lesquelles une femme s'engage « à concevoir et à porter un enfant ». L'indication, qui ne peut être fortuite, aboutit à laisser de côté les conventions de « simple prêt, ou location d'utérus », où la femme porteuse n'est pas biologiquement, mère de l'enfant à naître ».

Pour ce juriste ces conventions ne pourraient être illicites qu'au regard du principe d'indisponibilité du corps de la femme. « *Il n'est pas sûr qu'une telle illicéité s'impose dès lors que la fonction procréatrice proprement dite n'est pas en cause* »

La décision de l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991 qui interdit les conventions de mère porteuse au nom du principe d'indisponibilité est contestée par certains auteurs.

En se fondant sur l'ancien article 1128 du code civil qui disposait : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions* », Henette Vauchez⁷⁸⁸ affirme que le principe d'indisponibilité est largement affaibli d'une part par l'augmentation des conventions prenant le corps humain comme objet tels que les lois sur l'interruption volontaire de grossesse, les prélèvements d'organes, les expérimentations médicales.

Pour Feuillet-Liger en séparant le corps de la personne, on permet la possibilité de réifier ce corps⁷⁸⁹, de se tourner vers le droit des biens et subséquemment vers la propriété.

⁷⁸⁶ Cass., Ass.plén.,31 mai 1991, n°90-20.105 ; D.1991, p.318 note J.L-AUBERT

⁷⁸⁷ *Ibid.*,

⁷⁸⁸ GOUGUET (Maïa), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Université de Limoges, 2019.

⁷⁸⁹ FEUILLET-LIGER (Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être. » in *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruylant, 2017, p.413.

L'indissociabilité entre la personne et le corps implique de se tourner sur le droit des personnes et de ses libertés.

« *La biologisation grandissante du corps humain a rompu un lien anthropologique avec la personne, et l'autonomisation du corps connaît dès lors son point de cristallisation* »⁷⁹⁰. Longtemps impensable, le corps devient une catégorie juridique.

Pour Florence BELLIVIER⁷⁹¹ les lois bioéthiques ont apporté au corps humain une protection relative, ramenant le corps à la personne. Aucun texte juridique ne formule explicitement que le corps humain est hors commerce.

Pour Caroline Mecary⁷⁹², le principe d'indisponibilité du corps humain comporte de nombreuses exceptions qui vont du don du sang ou d'organe au don de gamètes et même d'embryons.

Lorsqu'un couple ayant recours à une PMA fait un don d'embryons⁷⁹³ à un autre couple infertile car il n'utilise pas tous ces embryons conçus, c'est le cas d'embryons surnuméraires, il dispose ainsi des éléments de son corps.

De même, lorsqu'une femme décide de mettre fin à sa grossesse⁷⁹⁴ dans le cas d'une IVG, elle dispose de son corps, de ce qu'il porte, le géniteur ne pouvant s'y opposer. Cette femme peut arrêter le développement de son enfant et décider de ne pas mettre au monde cet enfant, dans le cas de la maternité pour autrui elle n'est pas autorisée à porter l'enfant d'un autre et utiliser ces capacités gestationnelles. Il en est de même pour le contrat de travail qui selon Le doyen Jean Carbonnier est une exception au principe de la nullité des contrats portant sur le corps humain.

Pour cette juriste, le don de gestation⁷⁹⁵ pourrait aussi être une exception au principe d'indisponibilité » du corps humain.

La Cour de cassation pour interdire la Gestation pour Autrui se fonde aussi sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁷⁹⁶, signifiant que nous ne pouvons pas disposer, modifier des éléments concernant notre personnalité juridique, par notre seule volonté.

La personnalité juridique est propre à notre identité de sujet de droit tel que le prénom, le nom, la

⁷⁹⁰ LE BRETON(David), « Patrimonialité du corps : approche anthropologique » in « Le principe de non-patrimonialité du corps humain », Bruylant,2017, p.352.

⁷⁹¹ *Op.cit.* ; GOUGUET(Maia)

⁷⁹² MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, p.104

⁷⁹³ Art L.2141-5 et L.2141-6 du Code de la santé publique.

⁷⁹⁴ MECARY(Caroline), *PMA ET GPA*, *Que sais-je ?* 2019, p.105.

⁷⁹⁵ *Ibid.*,

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p106-107.

mention du sexe, et par la suite le mariage, le divorce, le pacs... Or ce principe fait aussi l'objet de nombreuses exceptions. Ainsi on peut changer de nom⁷⁹⁷, de prénom⁷⁹⁸ et de façon simplifiée depuis la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 si l'on justifie d'un intérêt légitime au changement. De même, la modification de la mention de sexe sur l'acte d'état civil est possible. C'est ainsi que pour donner suite à la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme du transsexualisme dans un arrêt du 25 mars 1992⁷⁹⁹, la Cour de cassation⁸⁰⁰ a considéré que le changement juridique de sexe ne contrevenait pas au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

« Lorsque à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».

La filiation elle-même peut être modifiée par une adoption simple ou plénière⁸⁰¹, ou le cas échéant dans le cadre des actions judiciaires en recherche ou en contestation de maternité ou de paternité.

Il n'existe aucune définition juridique de l'indisponibilité. Pour Anne Blandine CAIRE, l'indisponibilité trouve sa source en droit des biens.

L'indisponibilité implique que le bien ne peut être l'objet d'un acte de disposition tandis que la disponibilité est la « *qualité juridique de bien ou de droit dont on peut librement disposer* »⁸⁰².

Ce principe d'indisponibilité⁸⁰³ est appliqué par analogie au corps humain que l'on rapproche à une chose. Les juges en se fondant sur l'ancien article 1128⁸⁰⁴ du Code Civil pour limiter « *l'emprise des volontés individuelles sur le corps* » réifie implicitement le corps humain.

L'indisponibilité de l'état des personnes⁸⁰⁵ et de corps hors commerce fondent ainsi les limites à la liberté de l'individu vis-à-vis de lui-même de sa procréation de son genre et de sa mort. Le

⁷⁹⁷ Article 60 du Code Civil « *Toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé.* »

⁷⁹⁷ Article 61 du Code Civil : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré. Le changement de nom est autorisé par décret.* »

⁷⁹⁹ CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992.

⁸⁰⁰ Cass., Ass.plén., 11 décembre 1992, n°91-11.900.

⁸⁰¹ MECARY (Caroline), *PMA ET GPA*, Que sais-je ? 2019, p.107.

⁸⁰² GOUGUET (Maïa), *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Limoges, 2019.

⁸⁰³ *Ibid.*,

⁸⁰⁴ Art 1128 du Code Civil « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* »

principe d'indisponibilité s'oppose à la libre disposition de soi qui a été consacré par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour Européenne des droits de l'homme a reconnu le droit de tout individu à l'autonomie personnelle⁸⁰⁶.

« Chacun peut mener sa vie comme il l'entend, ce qui peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne. C'est aux individus de choisir leur conception de ce qui est convenable pour la réalisation de leurs intérêts ».

L'autonomie personnelle s'exprime particulièrement dans le droit de disposer librement de son corps. L'absence de consensus et la marge d'appréciation des États limitent considérablement l'autonomie individuelle en tant que droit subjectif.

La deuxième composante de la libre disposition de soi concerne la vie privée dans son volet social.

C'est sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁰⁷ que le respect de la vie privée et familiale est protégé, le droit pour un couple de concevoir un enfant et de recourir aux techniques de procréation médicale étant alors considéré comme le droit à une vie familiale.

Dans une décision Knecht contre Roumanie⁸⁰⁸, la Cour européenne des droits de l'homme nuance la libre disposition de soi en rappelant que l'État peut adopter des mesures afin de protéger la vie privée et familiale.

« Bien que l'objectif de l'article 8 réside essentiellement dans le fait de protéger les individus contre les immixtions arbitraires des autorités publiques, elle n'oblige pas seulement l'état à s'abstenir d'exercer de telles immixtions ».

Outre les obligations négatives,

« Il existe des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée et familiale. Ces obligations impliquent parfois l'adoption de mesures aux fins de sécuriser le respect de la vie privée et familiale, même dans la sphère des relations interindividuelles ».

L'indisponibilité de l'état des personnes et de corps hors commerce fondent les limites à la liberté de l'individu vis-à-vis de lui-même, limite à la liberté procréative, limite à liberté de mourir.

⁸⁰⁵ BORILLO(Daniel), « Libre disposition de soi » [en ligne],2015, p20. Disponible sur le site : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document> <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document>,[consulté le 10/12/20].

⁸⁰⁶ CEDH, 20 mars 2007, *Tysiack c. Pologne*, § 107 ; CEDH, gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, § 71.

⁸⁰⁷ Article 8 de la CEDH, disponible sur le site :

⁸⁰⁸ BORILLO(Daniel), « Libre disposition de soi » [en ligne],2015, p20. Disponible sur le site : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document> <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01883761/document>,[consulté le 10/12/20].

Pour certains juristes, la libre disposition de soi⁸⁰⁹ doit être un droit fondamental. L'État ne doit intervenir qu'en cas exceptionnel et ne pas sanctionner les pratiques tel que l'assistance médicale à la procréation pour les femmes, l'insémination post-mortem, l'euthanasie. Ils considèrent alors qu'il n'existe pas de droit subjective sur sa propre personne et que la libre disposition de soi n'est alors pas effective. L'autorisation aux personnes ayant recours à l'AMP ou au changement de sexe n'est possible que pour nécessité médicale et non au droit à « *l'identité de genre* » ou de « *la liberté procréative* ». Le respect de la « *vie privée* » et le « *consentement libre* » notions subjectives s'effacent pour laisser place à la « *dignité humaine* »⁸¹⁰ par l'intervention de l'état.

La dignité humaine serait le fondement à l'interdiction de porter un enfant pour autrui, de participer à un spectacle de lancer de nain⁸¹¹, de changer de sexe sans nécessité thérapeutique avéré, de l'insémination post-mortem....

Pour ces juristes, la dignité humaine qui est d'ordre public prédomine sur les droits de l'homme. La gestation pour autrui est un processus qui souvent fait l'objet de nombreux contrats privés mais concerne essentiellement l'être humain, la personne, comment alors qualifier juridiquement ce processus ? (§2)

§2. Une spécificité alliant Droit des personnes et Droit des Contrats

La gestation pour autrui ne peut être considérée comme un contrat, ce processus si spécifique fait intervenir deux personnes, deux femmes, dont la proximité et l'intimité témoignent d'une aventure humaine comme l'illustre l'exemple israélien (A) et indéniablement nous permet de nous questionner sur un modèle mêlant droit public, droit des personnes et droit des contrats (B)

A. Une proximité entre deux femmes révélant une grande dimension humaine

En Israël la proximité du pays associé au fait que les deux femmes sont de même culture réduit le risque de cette distension des liens et participent d'une gestation pour autrui plus éthique et morale.

⁸⁰⁹ *Ibid.*,

⁸¹⁰ *Ibid.*, p.21

⁸¹¹ CE, Assemblée, « Commune de Morsang-sur-Orge », 27 octobre 1995, Rec. Lebon p.372.

Des liens intimes entre la mère d'intention et la mère porteuse en Israël :

Du fait que ce procédé utilise le corps d'une autre femme et indéniablement sa personne, la gestation pour autrui ne peut se réduire à un contrat mais à un accord mêlant deux femmes, deux personnes impliquées émotionnellement, physiquement et qui vont contribuer à la naissance d'un enfant.

Israël étant un petit pays et les parents d'intention et la mère porteuse étant israéliens, une proximité se crée entre eux, une relation humaine qui rend la gestation pour autrui plus éthique, plus morale.

La mère porteuse et les parents d'intention sont juifs-israéliens, de même culture et se comprennent donc mieux. Cela permet à la gestatrice de s'impliquer tout en étant comprise et accompagnée dans ce processus de gestation. La mère porteuse n'est plus réduite à un corps et la marchandisation du corps humain interdite en France peut être alors écartée dans ce cas car cet accord ne se limite pas à un objet de désir « *L'enfant* », mais crée du fait de cette proximité une véritable relation, un rapport humain, émotionnel, qui n'existe pas dans un contrat.

Selon Elly Teman⁸¹², la maternité est certes un contrat monétaire sous le contrôle de l'État, mais s'apparente aussi à un don par l'intimité qu'elle crée entre ces deux femmes où se mêlent de la reconnaissance et de la gratitude mutuelle ; cela atténue alors les propos des opposants à la gestation pour autrui qui qualifient ce processus comme un contrat deshumanisant.

« Leur projet conjoint démontre que la maternité ne peut être donnée par l'état, par la technologie, par les médecins ou par les hommes. En effet ce ne sont que les femmes, en tant qu'agentes actives et créatives qui entreprennent des rituels de pseudo procréation, à titre des sujets sensibles et non de ventres inanimés, qui peuvent maintenir les classifications engendrées par la GPA »⁸¹³.

La gestation pour autrui mêle alors le droit des personnes, le droit public et le droit privé. Ce processus ne peut être dissociée de la personne car avant tout il concerne le droit des personnes bien que la gestation pour autrui fasse l'objet de nombreux contrats privés.

⁸¹² CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec,2018, p.204.

⁸¹³ *Ibid.*,

La maternité⁸¹⁴ est considérée comme primordiale chez les femmes israéliennes et être mère est un devoir national, le discours social en Israël mettant l'accent sur la maternité naturelle, universelle.

C'est en raison de cela, qu'Israël est un des seuls pays à financer de façon quasi-totale toutes les techniques de reproduction avec notamment le recours aux FIV non limitative.

Du fait de l'incalculable soutien de l'État⁸¹⁵ à toutes les formes de technologies reproductives, un contrat social implicite s'établit entre la femme et l'État. La femme devient citoyenne en devenant mère et l'État la reconnaît comme une citoyenne légitime et précieuse.

La gestation pour autrui pourrait relever alors d'un droit spécifique mêlant droit des personnes, droit public et droit des contrats(B)

B. Une Combinaison entre droit des personnes, droit des contrats et ordre public

1.La gestation pour autrui sous le prisme des personnes, des libertés et limites de ces libertés :

Le droit des personnes⁸¹⁶ doit être au cœur des considérations concernant les débats sur la GPA.

La gestation pour autrui soulève une particularité, celle de disposer d'une personne et pas uniquement d'un corps, celle de l'enfant à naître de cette GPA.

« La question à débattre est alors celle de savoir si, dans les contrats de mère porteuse, l'enfant est un élément (essentiel ?) de l'objet de la convention »⁸¹⁷.

Il serait question de penser à un système juridique pour protéger l'enfant. D'autre part lorsqu'il existe des exceptions à la non-patrimonialité, des questions relatives aux atteintes graves à la personne doivent être soulevées.

La Société doit pouvoir définir⁸¹⁸ ce qui est tolérable ou pas, que ce soit à propos de contrat de travail, de contrats de mannequinat, de soumission à une recherche biomédicale ou de GPA.

Les débats doivent se centrer sur les atteintes graves que ces contrats peuvent avoir sur la santé physique, voire psychique des personnes.

⁸¹⁴ YEFET, CARMIT(Karin), "Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel," *Harvard Journal of law and Gender*, Vol.39, n°.1, 2016, p.259-260.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 263.

⁸¹⁶ FEUILLET-LIGER(Brigitte)., « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être. »in *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruylant,2017, p.412.

⁸¹⁷ *Ibid.*,

⁸¹⁸ *Ibid.*,

La gestation pour autrui implique un lourd investissement corporel pour la mère d'intention indissociable alors de sa personne.

Brigitte feuillet -Liger se rapproche du modèle israélien en considérant que la gestation pour autrui relève du rôle de l'État.

« Le corps humain est d'un tel enjeu qu'il ne peut être soumis au seul droit des contrats et incidemment à la liberté contractuelle ; une publicité des contrats est une voie qu'il faudrait alors envisager pour les besoins conformes d'un ordre établi »⁸¹⁹.

Brigitte feuillet-Liger⁸²⁰ considère que les contrats de gestation pour autrui doivent être régis par des règles particulières « *mêlant* » droit des contrats et droit des personnes, ou créer un droit spécifique avec une déontologie contractuelle

On aborderait alors la patrimonialité ou non patrimonialité du corps dans ce cas. Le droit de la Gestation pour Autrui⁸²¹ devrait s'inspirer du contrat de travail qui protège la partie faible.

Le rôle de l'État et du droit se doit de limiter la « *liberté de disposer de soi* »⁸²², le fondement le plus prometteur est le modèle contractuel de la prestataire de services reproductifs.

La pratique médicale doit être l'objet de contrôles afin d'éviter les dérives éventuelles et le côté relationnel⁸²³ entre les deux mères doit être partie intégrante du contrat.

Qu'elle est alors le rôle de l'État, la mission du droit, des libertés des valeurs ?

Le chemin des libertés et leurs limites impose de débattre de la défense des libertés au nom de la liberté, ou de leur limitation au nom d'impératifs tels que la solidarité, la justice sociale.

La gestation pour autrui implique un lourd investissement corporel pour la mère d'intention indissociable alors de sa personne.

Pour Brigitte Feuillet-Liger, si la gestation pour autrui implique la disposition d'un corps indissociable de la personne, alors la personne doit pouvoir jouir de la libre disposition de son corps, l'État ayant la possibilité d'intervenir en cas d'atteinte grave à ces libertés⁸²⁴.

⁸¹⁹ *Op.cit.* FEUILLET-LIGER(Brigitte), p.417.

⁸²⁰ *Ibid.*,

⁸²¹ *Ibid.*,

⁸²² *Ibid.*,

⁸²³ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n°. 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁸²⁴ FEUILLET-LIGER(Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être. »in Le principe de non-patrimonialité du corps humain, Bruylant,2017, p.403-404.

Dominique Manai⁸²⁵ sur un autre plan considère que, le droit ne doit pas céder à la « *tentation de complaisance* » en acceptant les nouvelles technologies ni céder à la « *rigidité normative* ». Le risque de « *désuétude* » est présent si le droit se ferme aux « *acquis de la connaissance* ».

Le droit se doit d'encadrer des « *pratiques inédites* ». Les « *prétentions du marché* » ne doivent pas influencer sur le droit.

La gestation pour autrui qui implique la participation de plusieurs intervenants et qui a pour conséquence de mettre en jeu les différents intérêts de ces différents acteurs, des intérêts qui peuvent parfois se rejoindre ou se disjoindre et nous interroge alors sur une possible harmonisation de ces intérêts (Titre II)

⁸²⁵ LE BRETON(David), « Patrimonialité du corps : approche anthropologique »in Le principe de non-patrimonialité du corps humain, Bruylant,2017, p.361.

Titre II. Harmonisation des intérêts

Le rôle du droit est de se préoccuper de la protection des intérêts⁸²⁶ qui souvent sont en opposition.

Le droit se doit alors d'accorder une prééminence à un droit plus qu'à un autre. S'agit-il alors d'un intérêt personnel ou alors d'un intérêt d'un groupe ou d'un intérêt général relatif à un grand nombre de personnes ? ce rôle est révélateur d'une grande complexité. La gestation pour autrui mêle ainsi des intérêts privés et des intérêts publics, des intérêts qui s'opposent, parfois se concilient. Ce processus met aussi en opposition des intérêts privés où il est souvent difficile d'accorder une prééminence à l'un au détriment de l'autre.

L'intérêt de la mère d'intention, l'intérêt de l'enfant et de la mère porteuse, l'intérêt général ou l'ordre public de protection est au cœur de la Gestation pour Autrui. Comment alors concilier tous ces intérêts ? Comment le droit protège-t-il ces intérêts, comment choisit-il un intérêt plus qu'un autre ? Comment harmonise-t-il ces différents intérêts ?

La subjectivisation du droit de la famille a transformé le droit de la famille en une multitude de droits individuels. Le droit de la famille s'est progressivement recentré sur les droits de l'homme, droits de l'individu. L'intérêt des individus se transforme en « *droit à* »⁸²⁷. On assiste alors à une multitude de revendications tel que le droit à la vie privée, à la santé, à l'éducation, à l'honneur, à l'informationet d'une façon plus générale au droit au bonheur.

*« L'individu s'émancipe des rôles prescrits et des statuts traditionnels fixés par le droit objectif. La famille devient alors une somme d'intérêts individuels, un mode de réalisation de soi, une forme d'organisation qui perdure aussi longtemps qu'elle permet à chacun de vivre sa vision du soi »*⁸²⁸.

Cette subjectivisation du droit de la famille accroît les oppositions d'intérêts. L'exigence de la satisfaction de son intérêt personnel à travers les prérogatives des droits et libertés individuels s'opposera alors à d'autres intérêts individuels ou collectifs. Le droit devra alors choisir entre ces différents intérêts ou essayer de les concilier. Le législateur étant de plus en plus réticent à faire un choix laissant la décision aux mains des juges.

La prééminence des droits de l'homme en droit de la famille explique ce renoncement du législateur pour un équilibre entre les différents intérêts. « *Les juridictions européennes ne se gênent pas*

⁸²⁶ R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit, p. 202.

⁸²⁷ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl, Grenoble Alpes, 2016.

⁸²⁸ *Ibid.*,

pour remettre en cause les arbitrages internes au nom des droits fondamentaux détournés et dévoyés en droits subjectifs par les individus »⁸²⁹. Les conflits d'intérêts sous l'influence des droits fondamentaux⁸³⁰ sont traités de façon casuistique au détriment d'une norme a priori déterminant un équilibre global.

Si la Gestation pour autrui met en jeu des intérêts opposés (**Chapitre I**) une possible résolution des conflits reste alors envisageable (**Chapitre II**).

⁸²⁹ *Ibid.*,

⁸³⁰ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl, Grenoble Alpes, 2016.

Chapitre I : De possibles oppositions d'intérêts

En France, la gestation pour autrui est prohibée. Une telle interdiction a d'abord été formulée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 1991⁸³¹, au visa des articles 6 et 1128 du code civil.

Selon la haute Cour, « *La convention par laquelle une femme s'engage, fut ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

La loi bioéthique n°94-653 du 29 juillet 1994 est venue consacrer cette solution jurisprudentielle à l'article 16-7 du code civil et préciser à l'article 16-9 du même code le caractère d'ordre public de l'interdiction de la gestation pour autrui qui stipule que : « *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». L'interdiction de la gestation pour autrui est d'ordre public et fondée sur l'indisponibilité de l'état des personnes et l'indisponibilité du corps humain.

Que signifie l'ordre public ?

« *L'ordre public constituerait un ensemble de principes de valeurs qui sont, à un moment donné, considérés comme essentiels pour l'organisation sociale et qui, pour cette raison, sont revêtus d'une force obligatoire* »⁸³².

Selon le doyen Carbonnier⁸³³, cette notion renvoie au vouloir vivre collectif de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats.

Certaines règles d'ordre public⁸³⁴ apparaissent alors essentielles pour l'ordre social. Il en est ainsi du principe de la primauté de la personne et des principes d'indisponibilité de l'état des personnes et de la filiation énoncés aux articles 16 et suivants du code civil.

Ces principes d'ordre public se heurtent aux intérêts privés des différents acteurs de la gestation pour autrui. Au nom de la protection des droits fondamentaux et sous l'influence de la Cour

⁸³¹ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl. DONTEWILLE; Defrénois 1991, 1267, obs. AUBERT; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT ; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

⁸³² BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.127.

Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au conseil supérieur du notariat par le CEJESCO (centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes continentaux

⁸³³ *Ibid.*,

⁸³⁴ *Ibid.*

européenne des droits de l'homme, les principes d'ordre public se heurtent aux intérêts privés. L'ordre public recule pour laisser une large place aux intérêts privés.

Si la Gestation pour Autrui suscite des oppositions d'intérêts en France (Section 1), en Israël, l'ordre public de protection et les différents intérêts privés s'équilibrent (Section 2).

Section 1. La divergence entre l'intérêt public et l'intérêt privé en France :

L'intérêt public et l'intérêt privé sont par leur nature diamétralement opposés. Tandis que l'un poursuit un intérêt général et concerne tous les individus, l'intérêt privé est relatif à chaque individu propre, donc personnel à chacun. Les deux intérêts sont alors antagonistes par nature et s'opposent ainsi naturellement (§1), l'intérêt de l'enfant s'appréciant « *in concreto* » et prévalant alors sur la prohibition de la gestation pour autrui (§2)

§1. Deux intérêts par essence opposés :

L'intérêt public et l'intérêt privé sont par essence deux intérêts contraires (A), le premier étant en net recul sur le second(B)

A. Deux intérêts contraires

L'intérêt mérite une définition générale ; c'est une notion assez floue, imprécise. L'intérêt⁸³⁵ en langage juridique est : « *Ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification), une considération d'ordre moral (affection, bonheur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe)* ». L'intérêt se présente donc, à l'époque contemporaine comme ce qui importe, ce qui dicte une action ou une abstention.

Dans le cas de la gestation pour autrui, qu'elles sont les intérêts susceptibles d'être en jeu ?

La gestation pour autrui met en jeu les intérêts individuels des acteurs de ce processus que sont la mère d'intention, la mère porteuse, l'enfant. Contraire à l'ordre public, la gestation pour autrui en France relève alors de l'intérêt général ou intérêt de la société, intérêt public qui est assuré par l'État.

⁸³⁵ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl., Grenoble Alpes ,2016.

« L'État, avec toutes ses autorités, dans toutes ses activités, n'a pas d'intérêt propre ; seuls les sujets de droit, en tant que membres de la société civile, sont légitimés à poursuivre des fins particulières.

Ce principe est la traduction juridique de l'opposition entre celui-ci et celle-là »⁸³⁶.

La gestation pour autrui, ce processus qui relève de la sphère privée de la mère d'intention et de la mère porteuse s'oppose nécessairement à l'interdiction d'ordre public de cette pratique en France.

Ce processus met ainsi en jeu les intérêts individuels et l'ordre public de protection.

Comment le droit hiérarchise-t-il ces différents intérêts en présence ? Comment accorde-t-il une prééminence à un intérêt plus qu'à un autre ?

Comme il est expliqué dans cette thèse⁸³⁷ relative aux conflits d'intérêt en droit extrapatrimonial, « *Les valeurs sont un moyen de hiérarchisation des intérêts* ». Les valeurs sont des repères afin que les individus agissent conformément à l'intérêt collectif de la société. Le droit consiste alors à résoudre un conflit en considérant les intérêts contraires en référence à un système de valeurs.

« Un ensemble de valeurs, de besoins que le législateur juge important de préserver à une époque donnée ».

Les valeurs, référence d'une société, d'une institution familiale, vont permettre de hiérarchiser *a priori* les différents intérêts.

Le droit de la Famille contemporain est en plein bouleversement remettant en cause ces valeurs familiales, valeurs de référence pour la considération des intérêts prééminents.

En matière familiale la politique législative en est une illustration. L'inspiration « *des valeurs stables* » considérées comme supérieure aux aspirations individuelles n'est plus présente. Ceci résulte de la difficulté d'une hiérarchisation des intérêts⁸³⁸, le législateur renonçant à sacrifier un intérêt au détriment d'un autre.

B. Une prééminence des droits individuels au détriment d'une norme « a priori »

L'ordre public, les valeurs d'une société sont en plein recul. Sous l'influence des droits fondamentaux et de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, on assiste en droit de la famille à une prééminence des droits individuels.

L'individualisation dans notre société contemporaine implique le droit à tous les possibles, droit à l'enfant difficilement conciliable avec les droits de l'enfant, intérêt de l'enfant et indisponibilité de

⁸³⁶ MOOR(Pierre), « Chapitre IV. Intérêts publics et intérêts privés », *Pour une théorie micropolitique du droit* » [en ligne], Presses Universitaires de France, 2005, pp. 83-115, [consulté le 20/12/2021].URL : <https://www.cairn.info/---page-83.htm>

⁸³⁷ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl., Grenoble Alpes, 2016.

⁸³⁸ *Ibid.*,

l'état des personnes. La libre disposition du corps de la mère porteuse s'oppose à l'ordre public de protection de la partie la plus faible.

Les intérêts individuels s'opposent aussi impliquant une difficile hiérarchisation de ces intérêts. L'accouchement sous X implique l'anonymat de la mère. Comment peut-on concilier le droit à l'anonymat de la mère avec le droit à la connaissance des origines pour l'enfant ?

Comment dans le cas de la procréation médicalement assistée peut-on concilier la nécessité de l'anonymat du donneur et le droit à la connaissance des origines pour l'enfant ?

Dans le cas de la gestation pour autrui comment protéger les droits de l'enfant avec les dérives vers un droit à l'enfant ? Comment concilier les intérêts de la mère d'intention, de la mère porteuse, avec l'ordre public ?

La primauté d'un intérêt sur un autre est source de difficultés, le législateur considérant alors que tous les intérêts méritent leur prise en compte. Les valeurs fondamentales tel que la liberté, l'égalité rendent difficile une hiérarchie de ces intérêts.

Une pluralité de modèles familiaux se succèdent, modèles « *dans lesquels la place de chacun se retrouve déterminée a posteriori en fonction des particularités de chaque espèce* »⁸³⁹.

Le droit positif met en exergue le privilège des intérêts personnels au détriment de l'intérêt général. Un droit positif tendant à privilégier des intérêts personnels au détriment d'un ordre public de protection.

La Cour de cassation dans un premier temps a fait prévaloir la condamnation du tourisme procréatif sur l'intérêt de l'enfant pour refuser la transcription de la filiation paternelle. Dans un second temps a privilégié une conciliation entre ces deux intérêts en acceptant la transcription de la filiation paternelle biologique.

Les intérêts variant dans le temps, les juridictions rendent des décisions divergentes, tantôt privilégiant un intérêt au détriment d'un autre.

1. Un ordre public de protection prévalant sur l'intérêt supérieur de l'enfant :

La Cour de cassation en refusant la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger d'une GPA a dans un premier temps privilégié l'intérêt d'un ordre public de protection, l'interdiction du tourisme procréatif sur l'intérêt de l'enfant.

⁸³⁹ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl., Grenoble Alpes ,2016.

La GPA⁸⁴⁰ est contraire à l'ordre public international français et aux principes essentiels du droit français. La Cour de cassation se fondant par la suite sur la Fraude à la loi⁸⁴¹ a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'article 8 de la CEDH ainsi qu'à l'article 3&1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Le refus de transcription n'empêchait pas l'enfant de bénéficier des effets de sa filiation à l'étranger et de vivre avec les demandeurs.

Sous l'influence de la Cour Européenne des droits de l'homme, l'intérêt de l'enfant étant primordial dans la jurisprudence de la CEDH, La Cour de cassation a dans un second temps privilégié l'intérêt de l'enfant. Devant le fait accompli, la naissance de l'enfant, l'Ordre public recule pour laisser place à l'intérêt personnel de l'enfant.

§2. L'intérêt de l'enfant, une appréciation « *in Concreto* », une considération primant sur l'interdiction de la GPA

L'intérêt de l'enfant prévaut sur la prohibition de la gestation pour autrui (A), avec une reconnaissance du statut de la mère d'intention (B)

A. Un intérêt prévalant sur la prohibition de la gestation pour autrui

Selon l'article 3-1 de la convention internationale⁸⁴² des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale et est considéré comme un principe d'ordre public.

La Cour d'appel de Rennes⁸⁴³ dans une décision du 21 février 2012 reconnaît que l'intérêt supérieur de l'enfant est considéré comme une notion d'ordre public. Selon un auteur⁸⁴⁴, « *La conformité de toute décision ou disposition générale de l'enfant est devenu un impératif devant la cour de cassation et la cour européenne des droits de l'homme imposant aux états de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui concerne les enfants* ».

⁸⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, (3 arrêts) : n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 09-71.369

⁸⁴¹ Cass., Civ.1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138 ; n°12-18.315 ; D.2013.2384, note de M. FABRE-MAGNAN ; D.2013.2349, note d'H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005..

⁸⁴² CIDE disponible sur le site : <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

⁸⁴³ CA Rennes, 21 février 2012

⁸⁴⁴ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.127.

Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au conseil supérieur du notariat par le CEJESCO (centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes continentaux

La primauté de l'intérêt de l'enfant sur l'ordre public⁸⁴⁵ de protection implique implicitement l'exploitation des mères porteuses. Un ordre public de protection⁸⁴⁶ qui implique que l'enfant est sujet de droit et non objet de droit. La prévalence de l'intérêt de l'enfant étant apprécié « *in concreto* ».

La Cour de cassation par deux arrêts d'Assemblée plénière du 03 juillet 2015⁸⁴⁷ a modifié sa jurisprudence en autorisant la transcription du père d'intention sur les registres d'état civil français d'enfants nés à Moscou et en Russie de mère porteuse.

Dans les arrêts « *Mennesson et Labassée* »⁸⁴⁸, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était pas prononcée sur la maternité d'intention ni sur l'établissement de la paternité de l'époux du père d'intention génétique lorsqu'il s'agissait d'un couple homosexuel.

En 2017, la Cour de cassation a accordé la possibilité d'adopter l'enfant né à l'étranger d'une convention de maternité de substitution au second parent d'intention, mère d'intention génétique ou non génétique⁸⁴⁹ ou époux du père d'intention génétique⁸⁵⁰.

La jurisprudence de la Cour de cassation est révélatrice de l'importance accordée à l'intérêt de l'enfant.

L'article 35 de la Convention internationale⁸⁵¹ des droits de l'enfant, à laquelle la France est partie dispose que, « *Les états parties prennent toutes les mesures appropriées sur le plan national, bilatéral, et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelques fins que ce soit et sous quelque forme que ce soit* ».

⁸⁴⁵ BRUNETTI-PONS(Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?*, Mare & Martin, 2018, p.127.

Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au conseil supérieur du notariat par le CEJESCO (centre d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes continentaux)

⁸⁴⁶ *Ibid.*,

⁸⁴⁷ Cass., Ass.plén., 3 juillet 2015, pourvois n°14-21.323 et n°15-50.002

⁸⁴⁸ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁸⁴⁹ Cass., Civ.1ere, 5 juillet 2017, pourvois n°16-16.901 et n°16-50.025 ; pourvoi n°15-28. 597. La Haute juridiction a reconnu que l'adoption permet, si les conditions 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 ».

⁸⁵⁰ Cass., Civ.1ere, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16. 455. La Cour de cassation a jugé de même que « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

⁸⁵¹ CIDE disponible sur le site : <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Pour certains auteurs, autoriser la gestation pour autrui impliquerait le trafic de mères et d'enfants contraire à l'ordre public de protection. La légalisation de la gestation pour autrui serait contraire à l'intérêt de l'enfant qui ne serait pas protégé de ces trafics.

Pour d'autres auteurs, le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention⁸⁵² exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain ; en conséquence, la transcription de la filiation d'un enfant né à l'étranger doit être établie bien que la GPA soit interdite.

Les juges européens en exigeant la retranscription de la filiation d'un enfant né à l'étranger concilient le principe d'interdiction de la GPA⁸⁵³ avec l'intérêt de l'enfant et son droit au respect de sa vie privée et familiale. « *La gestation pour autrui demeure interdite en France mais elle ne doit pas contrevenir à l'intérêt des enfants qui vivent sur le territoire national* »⁸⁵⁴.

Ainsi les décisions *Menesson*⁸⁵⁵ et *Labassée*⁸⁵⁶ ont considéré que la transcription de l'acte de naissance à l'égard du père biologique devait être retranscrite. La Cour de cassation⁸⁵⁷ sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est venue modifier sa jurisprudence et a admis la transcription des enfants nés à l'étranger d'une GPA à l'égard du père biologique, l'acte étranger devant être régulier, non falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité⁸⁵⁸. La solution rendue par l'Assemblée plénière est toutefois cantonnée à l'acte de naissance mentionnant comme père et mère les parents biologiques de l'enfant et ne peut être étendue aux parents d'intention.

La Cour d'appel⁸⁵⁹ de Rennes a ainsi suivi la jurisprudence de la Cour de cassation et autorisé la transcription de l'acte de naissance d'enfants nés d'une GPA à l'étranger. La transcription de la filiation concernait essentiellement la filiation paternelle biologique dès lors que celle-ci correspond à la réalité.

⁸⁵² Article 8 de la CEDH

⁸⁵³ HARTMAN(Fanny), *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon3/sect1/i/b-gestation-pour-autrui/>

⁸⁵⁴ *Ibid.*,

⁸⁵⁵ CEDH, *Menesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁸⁵⁶ *Ibid.*,

⁸⁵⁷ Cass., Ass.plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002.

⁸⁵⁸ Article 47 du Code civil

⁸⁵⁹ CA Rennes, 18 décembre 2017, n°17/00578 ; n°17/02441 ; n°17/02387 et n°17/02389.

B. L'intérêt de l'enfant au soutien d'une reconnaissance du statut de la mère d'intention

Des arrêts récents ont accordé une reconnaissance récente du statut de la mère d'intention remettant alors en question la réalité de l'accouchement.

Cette reconnaissance récente concerne la famille « *Menesson* ». Dans cette affaire, des jumelles sont nées par mère porteuse en Californie, il y a dix-neuf ans.

La Cour européenne des droits de l'homme⁸⁶⁰ avait reconnu dès 2014 la paternité du père biologique, mais ne s'était pas prononcé sur le statut de la mère d'intention.

Le juge français avait refusé de transcrire l'acte de naissance étranger à l'égard de la mère d'intention au nom de la « vérité biologique ». La mère d'intention pouvait alors avoir recours à l'adoption plénière pour établir son lien de filiation avec l'enfant.

La Cour de cassation⁸⁶¹ avait ainsi accepté une transcription partielle de la filiation au motif que la réalité à laquelle l'article 47 du code civil se réfère est « celle de l'accouchement » se fondant ainsi à la règle de droit civil de l'article 332 alinéa 1 du code civil.

En 2018, la haute juridiction a adressé à la Cour européenne des droits de l'homme une demande d'avis consultatif relatif⁸⁶² pour donner suite au refus de la transcription de la filiation maternelle de la mère d'intention dans l'acte d'état civil étranger. C'est la première demande d'avis consultatif⁸⁶³ par la CEDH depuis l'entrée en vigueur du protocole n°16⁸⁶⁴ à la convention européenne des droits de l'homme le 1 Aout 2018.

La Cour de cassation a ainsi posé la question suivante,

« *Doit-on retenir une solution différente selon que l'enfant ait été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention ?* »

⁸⁶⁰ CEDH, *Menesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

⁸⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 05 juillet 2017, n°15-28597.

⁸⁶² Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, demandé par la Cour de cassation, demande n° P16-2018-001, 10 avril 2019.

⁸⁶³ Ce protocole prévoit que « les plus hautes juridictions d'une Haute Partie Contractante peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (ar.1^{er} al.1^e)

⁸⁶⁴ *Ibid.*,

La Cour européenne des droits de l'homme par un avis⁸⁶⁵ du 10 avril 2019 avait confirmé que la France restait libre des moyens pour établir le lien de filiation entre la mère et l'enfant. La Cour a repris les motifs des arrêts « *Menesson et Labassée* », et conclut que, « *Le respect dû à la vie privée de l'enfant commande également d'établir sa filiation avec le parent dont les gamètes n'ont pas été utilisés* ».

Doit-on privilégier le patrimoine génétique ou la réalité biologique de l'accouchement ?

La génétique prévaut-elle sur la règle selon laquelle la mère est celle qui accouche ?

La Cour européenne ne se prononce pas clairement dans son avis⁸⁶⁶ et laisse une marge d'appréciation aux décisions nationales. Si la Cour européenne s'était prononcée favorablement sur la prédominance de la génétique, le fondement de la filiation maternelle aurait été bouleversé. Certes l'avis est expressément consultatif, mais très souvent suivi par la haute juridiction afin d'éviter la condamnation de la France.

La Cour de cassation dans une décision⁸⁶⁷ du 04 octobre 2019 concernant la famille « *Menesson* » a fini par retranscrire totalement l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA.

Dans le même sens en décembre 2019, La haute juridiction étend sa jurisprudence « *Menesson* » d'octobre dernier et ordonne la transcription totale⁸⁶⁸ de l'acte de naissance étranger indépendamment du mode de conception de l'enfant. Une évolution importante de la Cour de cassation où les parents de même sexe d'un enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ou procréation médicalement assistée peuvent demander la transcription totale de l'acte d'état civil étranger s'il est conforme au droit local.

La Cour de cassation en acceptant la retranscription totale des actes de naissance établis à l'étranger va plus loin que les juges strasbourgeois et reconnaît indirectement un statut à la mère d'intention.

Le droit positif français en reconnaissant indirectement un statut de mère légale à la mère d'intention se rapproche alors du droit israélien qui reconnaît la mère d'intention comme la mère légale de l'enfant.

⁸⁶⁵ Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, demandé par la Cour de cassation, demande n° P16-2018-001, 10 avril 2019.

⁸⁶⁶ *Ibid.*,

⁸⁶⁷ Cass., Ass.plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053. D.2019.1887

⁸⁶⁸ Cass.1^{re} civ., 18 décembre 2019, n°18-11.815, n°18-12.327.

L'intérêt de l'enfant supplante ici la prohibition de la GPA et implicitement les juges de la Cour de cassation autorisent la gestation pour autrui et se substituent au législateur. En privilégiant l'intérêt de l'enfant sur la prohibition de la GPA, la France se rapproche du modèle israélien.

En Israël, les intérêts privés et publics des différents acteurs de la gestation pour autrui s'équilibrent (Section 2)

Section 2. Convergence des intérêts privés et publics en Israël

En Israël, la gestation pour autrui et l'ordre public poursuivent un intérêt commun (§1) l'enfant à naître étant la priorité de L'État. Une fois l'enfant né son intérêt est apprécié « *in concreto* », et en conformité avec l'ordre public (§2)

§1. La gestation pour autrui et l'ordre public : un intérêt commun où intérêts publics et privés se concilient

En Israël, la gestation pour autrui relève d'un ordre public de protection où l'État favorise la politique pro-nataliste⁸⁶⁹ en autorisant ce processus. La protection de la partie faible, la mère porteuse est assurée ainsi que celle de la mère d'intention qui recueille l'enfant.

En légalisant cette pratique et en l'encadrant, Israël concilie alors les intérêts des partis en question, celui du gouvernement, de la mère porteuse, de l'enfant ainsi que de la mère d'intention.

Si la Gestation pour Autrui est au cœur des intérêts des politiques publiques pour les couples hétérosexuels(A), le gouvernement est longtemps resté hostile à l'utilisation de ce processus pour les couples homosexuels (B).

A. Une politique publique favorisant la GPA pour les couples hétérosexuels

L'interdiction de la gestation pour autrui est fondée dans de nombreux pays sur la protection de la dignité humaine, l'exploitation des mères porteuses. Or Israël en limitant ce processus à ces ressortissants limite le tourisme procréatif⁸⁷⁰ et par là l'exploitation des mères porteuses.

⁸⁶⁹ ALMOG(Shulamit), BASSAN (Sharon), «the politics of pro and non-reproduction policies in Israel», *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol.14, n° 1,2018, p.34-40.

⁸⁷⁰ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, no. 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

En encadrant strictement la gestation pour autrui et en ne l'autorisant qu'à ces ressortissants⁸⁷¹ Israël limite ainsi le tourisme procréatif, la marchandisation de l'enfant considéré comme objet de droit.

Cependant l'interdiction de l'accès à ce processus pour les couples homosexuels pendant de longues années et le fait que les gamètes doivent appartenir aux femmes célibataires⁸⁷² qui désirent recourir à la GPA incitent ces couples à se tourner vers l'étranger où les conditions d'accès sont moins restrictives. L'absence de contrôle pour les femmes porteuses étrangères à la différence des mères porteuses israéliennes accentue ce tourisme procréatif.

Lors de la légalisation de la gestation pour autrui, la commission et le législateur ont considéré que les garanties prévues par la loi et plus particulièrement l'approbation de chaque convention de maternité préservait ces intérêts⁸⁷³. D'autres considèrent que cela est acceptable dès lors qu'il existe une réglementation garantissant que les mères porteuses⁸⁷⁴ agissent de leur plein gré et que la protection de ces enfants ainsi que celle de la mère porteuse est assurée.

Israël est le premier pays au monde à légaliser la gestation pour autrui⁸⁷⁵. La fertilité est considérée comme une priorité nationale⁸⁷⁶ ce qui se traduit par le taux le plus important au monde de fécondations in vitro ainsi que de cliniques de fertilité. Le système de santé permet à tous les israéliens de recourir gratuitement⁸⁷⁷ à la procréation médicalement assistée jusqu'à l'obtention de la naissance de deux enfants. C'est ainsi que le droit de devenir parent est considéré pour les israéliens comme un droit élémentaire essentiel. En outre, les textes traditionnels du judaïsme stigmatisent l'infertilité. La tradition juive et la loi séculière sont formellement liées dans la « Loi de la fondation » (1980), ainsi que dans d'autres lois régissant le statut personnel. Ce qui explique alors que certains domaines de la loi⁸⁷⁸ s'appuient sur des considérations religieuses orthodoxes.

« La question de la reproduction étant vitale pour la pérennité de l'héritage juif en Israël, la compréhension religieuse juive de la parenté est manifeste dans de nombreuses lois séculières concernant le statut personnel »

⁸⁷¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁸⁷² *Ibid.*,

⁸⁷³ SHUZ, RHONA, «The Developing Right to Parenthood in Israeli Law», *International Survey of Family Law*, 2013, p.221.

⁸⁷⁴ *Ibid.*,

⁸⁷⁵ <https://www.health.gov.il/French/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁸⁷⁶ GROSS, Martine « Susan Martha KAHN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* » *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], *Durham (NC), Duke Université Press*, 2016, n°44, pp. 323-325, [consulté le 19/12/2021]. URL: <http://journals.openedition.org/clio/13366>; DOI: <https://doi.org/10.4000/clio.13366>

⁸⁷⁷ *Ibid.*,

⁸⁷⁸ *Ibid.*,

La politique de reproduction⁸⁷⁹ en Israël favorise le discours pro-natal relatif à la parenté biologique, un discours pro-famille incitant à donner naissance à au moins deux enfants, un discours national sur la démographie et enfin un discours libéral qui revendique un droit au bonheur via l'expérience de la parentalité. Les débats législatifs sont influencés par les valeurs religieuses et être parent est considéré comme une valeur sociétale générale et le programme gouvernemental vise à amoindrir les coûts de la reproduction et de l'éducation des enfants. Plusieurs fonds et comités⁸⁸⁰ offrent aux familles nombreuses des incitations monétaires à côté des prestations sociales pour les mères et les allocations familiales. La politique de l'État d'Israël est de favoriser la procréation.

La politique de reproduction a commencé en 1987, lorsque le ministre de la Santé a publié des règlements de santé publique relatifs à l'accréditation des cliniques, l'accès à la FIV, le don d'ovules, la conservation des embryons, ainsi que le consentement éclairé. En 1994, la loi NHI a été promulguée et a établi un panier de base de services de santé pour chaque citoyen. Israël est le seul pays où la FIV est presque entièrement subventionnée par l'État. Le pourcentage des personnes traitées par TAR en Israël est parmi le plus élevé au monde. Les critères d'admissibilité aux traitements se sont étendus augmentant ainsi le nombre de FIV par habitant et les traitements de reproduction⁸⁸¹ coûteux et compliqués sont financés par l'État qui a fait des libertés reproductrices un droit juridique positif. Une femme doit être mère pour que l'État la considère.

La maternité de substitution date de l'époque biblique. Dans le premier testament, Genèse, l'épouse d'Abraham, Sara, et les épouses de Jacob, Rachel et Leah ne pouvaient enfanter.

Rachel dit à Jacob :

« *Voici ma servante, Bilhah, va vers elle, et qu'elle porte sur mes genoux, et j'aurai aussi des enfants par elle* »⁸⁸².

Ces nouvelles technologies sont ancrées dans la culture.

Susan Khan⁸⁸³ montre notamment comment le corps des femmes israéliennes non mariées est pensé comme une ressource reproductive dans le discours légal, tant séculier que religieux.

⁸⁷⁹ ALMOG(Shulamit), BASSAN(Sharon), « the politics of pro and non-reproduction policies in Israel », *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol.14, n° .1,2018, p.34-40.

⁸⁸⁰ *Ibid.*,

⁸⁸¹ *Ibid.*,

⁸⁸² *Genèse* 30 :34

⁸⁸³ GROSS, Martine « Susan Martha KAHN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* » *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], *Durham (NC), Duke University Press*, 2016, n°44, pp. 323-325, [consulté le 19/12/2021]. URL: <http://journals.openedition.org/clio/13366>; DOI: <https://doi.org/10.4000/clio.13366>

Elle rend compte d'une recherche ethnographique menée en Israël sur l'usage des nouvelles techniques de reproduction et sur les interrogations qu'elles soulèvent concernant la parenté, la paternité, la maternité et la fabrique de citoyens juifs.

Les problèmes de bioéthique relatifs à la fertilité très présent en Israël résultent de multiples facteurs, historiques, culturels, juridiques et économiques. La tradition juive est marquée par la fécondité. L'infertilité⁸⁸⁴ est très mal perçue tandis que la fertilité est considérée comme une bénédiction dans la culture israélienne dont les enfants sont au centre.

Le traumatisme de l'holocauste ainsi que le déséquilibre démographique entre Arabes et Juifs explique la crainte de l'avenir du peuple juif. Cela se traduit par une politique pro nataliste⁸⁸⁵ et un taux de natalité qui est le double de la moyenne de la plupart des Européens. Il en découle dans tous les aspects de sa législation et de sa réglementation une politique nataliste.

Cette politique implique alors un droit à la parentalité, un droit en accord avec l'ordre public. Le droit à la parentalité⁸⁸⁶ est reconnu par les tribunaux israéliens comme un droit constitutionnel découlant du droit à la dignité humaine.

Le juge Cheshin considère le droit à la parentalité comme, « *A la base de toutes les fondations, à l'infrastructure de toutes les infrastructures l'existence de la race humaine, l'ambition de l'homme et la base de ce droit en tant que besoin profond d'avoir un enfant...L'instinct de l'homme, la survie...la nécessité de la continuité...* »⁸⁸⁷.

Le droit à la parentalité et à la famille dans la hiérarchie des droits humains constitutionnels se situe au sommet après le droit à la vie et à l'intégrité corporelle, et est reconnu par les tribunaux israéliens comme un droit relatif, une liberté négative.

Le droit à la parentalité⁸⁸⁸ est le droit d'empêcher autrui de mettre des obstacles à un parent plus qu'un droit positif obligeant les autres à agir pour promouvoir ce droit. Ce droit à la parentalité implique le droit d'avoir un enfant. Concrètement, le droit à la parentalité implique le droit d'avoir autant d'enfants que les parents le souhaitent.

⁸⁸⁴ GROSS, Martine « Susan Martha KAHN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* » *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], *Durham (NC), Duke University Press*, 2016, n°44, pp. 323-325, [consulté le 19/12/2021]. URL: <http://journals.openedition.org/clio/13366>; DOI: <https://doi.org/10.4000/clio.13366>

⁸⁸⁵ *Ibid.*,

⁸⁸⁶ SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », *International Survey of Family Law*, 2013, p.199.

⁸⁸⁷ *Ibid.*,

⁸⁸⁸ *Ibid.*,

Cependant, la Haute Cour de justice⁸⁸⁹ a considéré que le fait que les parents d'intention aient déjà plus de deux enfants était un élément déterminant à prendre en compte pour autoriser le recours à une convention de gestation pour autrui, modifiant ainsi l'équilibre entre les intérêts des partis.

Le bien-être de l'enfant en Israël ne restreint pas le droit à la parentalité⁸⁹⁰ et cela même pour les parents seuls et les couples de même sexe.

Le droit à la parentalité⁸⁹¹ dans le discours juridique israélien présente deux aspects. La première se réfère à un droit à la parentalité physiologique ou le droit de mettre au monde un enfant génétique. L'autre aspect de la parentalité concerne la parentalité légale, notamment le statut des parents d'intention dans le cas d'un don de gamètes ou d'une maternité de substitution.

La question du statut des « *parents d'intention* » ne se posera qu'à la condition que ces parents puissent être autorisées à avoir recours à ce processus de reproduction.

Les tribunaux israéliens reconnaissent le droit à la parentalité⁸⁹² comme un droit constitutionnel qui découle de la nature et de la centralité de la vie humaine ainsi que du droit à la dignité humaine.

Le droit à la parentalité s'oppose à d'autres intérêts contraires selon les deux aspects du droit à la parentalité. Le juge Rubenstein distingue alors le droit de procréer avec d'autres droits périphériques qui eux ne protègent pas le droit de devenir parent mais le droit à vie privée et à l'autonomie. Ces droits périphériques bien protégés par la loi fondamentale des droits de l'homme se révèlent moins importants. De même, le droit de reconnaissance d'un enfant ne prévaut pas sur le droit anonyme d'un donneur de sperme. Enfin, la reconnaissance de la parentalité légale sans recours judiciaire ou ordonnance parentale plutôt que par adoption fait partie de la catégorie droits périphériques.

Le droit positif en Israël est ainsi révélateur de l'importance que le gouvernement accorde au droit à la parentalité par le biais des modes de procréation artificielles que constitue la gestation pour Autrui.

⁸⁸⁹ SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », *International Survey of Family Law*, 2013, p. 201-202.

⁸⁹⁰ *Ibid.*,

⁸⁹¹ *Ibid.*,

⁸⁹² *Ibid.*,

2. Une jurisprudence en conformité avec le droit à la parentalité considéré comme un droit essentiel

L'affaire Nahmani⁸⁹³ est révélatrice de l'importance accordé en Israël au droit à la parentalité.

Un couple marié en 1995 n'ayant pu avoir d'enfant en raison d'une opération subie par la femme décident d'avoir recours à la fécondation in vitro avec leurs gamètes respectifs afin d'implanter les ovules fécondés chez une mère porteuse. En vertu de la loi israélienne à cette date, la maternité de substitution n'était pas autorisée et la fécondation in vitro autorisé que pour l'implantation chez la femme dont les ovules avaient été prélevées. En raison du coût élevé de la procédure de fécondation in vitro aux États-Unis, le couple a demandé à la Cour suprême d'autoriser la procédure de fécondation in vitro en Israël, dans le but de la maternité de substitution aux États Unis.

Par la suite le couple divorce et la femme demande à l'hôpital de lui remettre les ovules fécondés dans le cadre de la procédure de maternité aux États-Unis or l'ex-mari s'y oppose.

La haute cour de justice à la majorité a accueilli la demande de la femme. Selon l'avis majoritaire des juges, le mari était forclos à s'opposer à la poursuite de la procédure puisqu'il a donné son consentement à sa femme. De plus l'héritage juif selon lequel l'un des principes fondamentaux du système juridique israélien considère qu'avoir des enfants est une valeur importante, ne pas en avoir n'en est pas une. Un autre juge a considéré que la liberté de ne pas avoir d'enfants non désirés est secondaire au droit d'avoir des enfants. Sous réserve de ce principe, la mise en balance des intérêts ont conduit à accorder une préférence à l'épouse pour être parent par rapport au droit du mari de ne pas l'être. Un autre juge a considéré que le poids éthique d'être parent est infiniment plus grand que le poids de ne pas l'être. Un autre juge a fait pencher la balance pour créer la vie.

L'affaire Nahmani⁸⁹⁴ de 1995 relatif à la transplantation d'embryons Cry conservés chez une mère porteuse après le divorce des parents et malgré l'opposition du père est l'exemple illustrant une pratique qui reflète l'importance du droit à la parentalité en Israël.

Dans une autre affaire, les tribunaux ont ainsi accepté qu'une veuve puisse récupérer les gamètes de son mari posthume⁸⁹⁵ afin de pouvoir avoir des enfants. Ceci est par ailleurs considéré comme

⁸⁹³ YEFET, CARMIT(Karin), « Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel », *Harvard Journal of Law and Gender.*, Vol.39, n°.1, 2016, p.266.

⁸⁹⁴ *Ibid.*,

une pratique courante dans la communauté juive. Récemment le tribunal est allé⁸⁹⁶ encore plus loin en acceptant la reproduction post-mortem chez les parents du défunt, malgré l'opposition de la veuve.

L'État pour qui la politique pro-nataliste est essentielle, favorise ainsi les modes de procréation artificielles tel que la GPA, un processus longtemps autorisé qu'aux couples hétérosexuels et élargi aujourd'hui aux couples de femmes ainsi qu'aux couples d'hommes (B)

B. Une politique publique longtemps en opposition avec les intérêts des couples homosexuels

1 Une politique publique longtemps restreinte à certains couples

En Israël, le mariage et le divorce⁸⁹⁷ sont régis par le droit religieux qui ne reconnaît pas le mariage homosexuel. Depuis une jurisprudence de la Cour suprême de 2006, Les couples israéliens peuvent se marier à l'étranger et faire enregistrer leur union par l'état civil israélien. Le concubinage est reconnu par le droit israélien et accessible aux couples homosexuels. L'adoption pour les couples homosexuels n'est pas conjointe mais individuelle, le conjoint de l'adoptant n'est alors pas considéré comme parent de l'enfant adopté. Quant à la GPA, longtemps interdite aux couples homosexuels, ces couples israéliens se tournaient vers l'étranger pour avoir recours à une mère porteuse. Ainsi de nombreux couples homosexuels qui ne pouvaient avoir accès à ce processus en Israël y ont recours à l'étranger. Les couples hétérosexuels se tournaient aussi vers l'étranger où les coûts étaient moindres. L'Inde, la Géorgie et l'Arménie sont les principaux pays vers qui les Israéliens se tournent.

Le paysage juridique actuel est longtemps resté hostile pour les couples homosexuels⁸⁹⁸, les personnes seules et les personnes handicapées qui n'avaient d'autres choix que de se tourner vers l'étranger pour avoir recours à ce processus de reproduction.

Pour certains, autoriser les techniques de reproduction artificielle aux parents seuls et aux couples de même sexe sont contraires aux politiques publiques⁸⁹⁹. Cela légitime alors ces formes familiales contraire à celle approuvée par la loi juive qui privilégie les formes hétérosexuelles.

⁸⁹⁵ *Ibid.*,

⁸⁹⁶ *Ibid.*,

⁸⁹⁷ ZONZAIN(Pascale), « Les droits des LGBT en Israël » [en ligne] *Pardès*, vol. 64-65, n° 1-2, 2019, pp. 389-392.
URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2019-1-page-389.htm>

⁸⁹⁸ DORFMAN(Doron), «Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent» , *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3, n°2,,2016,p.404.

⁸⁹⁹ SHUZ, RHONA, SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law», *International Survey of Family Law*,2013, p.203.

La seule raison pour laquelle les partis religieux soutenaient la loi sur la maternité de substitution⁹⁰⁰ était qu'elle limitait l'utilisation de la gestation pour autrui aux couples mariés. Toutefois cette opposition est relative, le gouvernement israélien se souciant de la protection des intérêts des couples homosexuels.

Lors du tremblement de terre au Népal en avril 2015, le gouvernement⁹⁰¹ a dû porter assistance à des dizaines d'israéliens, leur nouveaux nés ainsi que les mères porteuses enceintes.

Bien que la plupart des bébés soient nés de couples homosexuels⁹⁰² et de célibataires contraints de se déplacer à l'étranger, L'État se sentait investi d'une responsabilité à l'égard de ces futurs parents contraints de se tourner vers des pays en voie de développement.

La Cour suprême avait déclaré la loi inconstitutionnelle parce que discriminatoire vis-à-vis des hommes célibataires ainsi que des couples homosexuels, portant atteinte à leur dignité humaine et à leur égal droit à la parentalité⁹⁰³. La Cour avait alors enjoint au législateur d'amender la loi dans un délai d'un an, afin d'ouvrir la GPA à tous.

Selon la Knesset,⁹⁰⁴ il n'y a pas de discrimination mais une distinction fondamentale entre les genres, l'homme naturellement ne peut pas porter d'enfant à la différence de la femme. L'extension de la GPA à tous se fera aux dépens des femmes souffrant d'un réel problème médical. Ceci illustre alors les divergences entre le pouvoir législatif et judiciaire.

La présidente Esher Hayut dans sa décision a considéré que cette interdiction est contraire aux droits humains.

Désormais, les couples homosexuels⁹⁰⁵ sont autorisés à recourir à des mères porteuses en Israël pour avoir des enfants, a statué La Cour suprême le 21 juillet, une mesure saluée comme vitale pour l'égalité mais vue par les conservateurs comme érodant les valeurs familiales. »

« *C'est un moment déterminant et historique dans la tendance actuelle à l'égalité de traitement des individus de toute religion, race ou sexe* », estime le ministère de la Santé.

⁹⁰⁰ SHUZ, RHONA, SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », *International Survey of Family Law*, 2013, p.202.

⁹⁰¹ *Ibid.*,

⁹⁰² *Ibid.*, p.406.

⁹⁰³ WYGODA(Michaël)., « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, no. 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁹⁰⁴ *Ibid.*,

⁹⁰⁵ TIBBON (Gali), AFP, Israël : la Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe, publiée le 11 juillet 2021 dans le Journal la Tribune

Or les législateurs conservateurs ultra-orthodoxes se sont opposés à cela, le député d'extrême droite Bezalele Smotrich, du parti d'opposition Sionisme religieux a considéré cette décision comme « signe d'effondrement de la judéité de l'État d'Israël.

2 Un droit essentiel mais nuancé lorsque la mère d'intention n'a pas de lien génétique avec l'enfant

L'affaire « *Ora Mor Yosef* » est révélatrice de l'importance qu'accorde Israël au lien génétique entre la mère d'intention et l'enfant.

Une femme juive israélienne est atteinte de dystrophie musculaire. En raison de son handicap et de son impossibilité de porter un enfant⁹⁰⁶, elle décide d'avoir recours à une fécondation in vitro (FIV) avec ses ovules et le sperme de son partenaire ; trois embryons sont ainsi produits et congelés.

Ce couple demande alors un accord préalable pour accéder à la maternité de substitution en Israël mais essuient un refus par le tribunal rabbinique car ils ne sont pas mariés.

Le couple se sépare peu de temps après. Un proche de la femme se porte volontaire pour porter l'enfant. Les deux femmes se rendent alors en Californie avec les embryons congelés, or le processus échoue. La femme fait appel à un don de sperme d'une connaissance qui renonce à tous ces droits parentaux et un don d'ovules anonyme d'une femme en dehors d'Israël. La femme et la mère porteuse voyagent en Inde où le traitement de la FIV a lieu, un embryon est créé et implanté dans l'utérus de la mère porteuse avec succès.

De retour en Israël dans l'espoir de donner naissance à l'enfant dans le pays d'origine, la femme souhaite enregistrer le bébé à naître comme son enfant or on le lui refuse. Aucune relation n'existait entre le bébé et la femme en raison de l'absence de lien génétique⁹⁰⁷ ou gestationnel entre eux.

Le tribunal familial décida que le bébé serait confié à une famille d'accueil. Après une longue procédure, la Cour suprême rejeta à l'unanimité l'appel de cette femme.

Les quatre fondations reconnues pour une relation parent enfant en droit israélien tel que le lien génétique, le lien gestationnel, l'adoption ou la reconnaissance du conjoint du parent comme deuxième parent en raison de leur relation, n'était pas applicable en l'espèce.

⁹⁰⁶ DORFMAN(Doron), « La maternité de substitution : entre génétique et intentions », *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3, n° 2, 2016, p.407-408.

⁹⁰⁷ *Ibid* ; p.409.

La Cour refusa également d'accorder à cette femme la possibilité d'adopter le bébé, la loi israélienne interdisant aux célibataires l'adoption, ainsi que l'existence d'une relation avec celui-ci. L'enfant fut placé dans une famille d'accueil et plus tard dans une famille d'adoption.

Le paradoxe résidant alors dans le refus d'accorder un statut parental à cette femme du fait de l'absence de lien génétique tout en confiant l'enfant à une famille d'accueil et une famille d'adoption n'ayant de ce fait aucun lien génétique avec l'enfant.

Si la Cour avait accepté d'accorder le statut parental⁹⁰⁸ à cette femme cela aurait pu influencer alors sur l'ouverture de ce processus aux célibataires, aux couples homosexuels et aux personnes handicapées.

Par un vide normatif dans la loi israélienne, la décision de la Cour a préservé le caractère paradoxal du lien génétique : « *à la fois moyen de connexion et moyen de séparation* ».

La législation israélienne doit évoluer vers une parentalité intentionnelle en comblant « *le fossé entre les progrès de la technologie et les attitudes sociales envers la parentalité et empêcher que des cas similaires ne se produisent* ».

Si le gouvernement israélien reste hostile à l'utilisation de ce processus par une partie de la population et intervient en amont pour refuser l'accès à cette pratique, une fois l'enfant né, son intérêt supplante toutes ces considérations (§2)

§2. L'intérêt de l'enfant « *in concreto* »

Une fois l'enfant né, le fait accompli l'emporte sur toutes les considérations. Un intérêt apprécié « *in concreto*. » (A) et au-delà des frontières (B)

A. L'importance du fait accompli

La loi israélienne⁹⁰⁹, fondée sur les principes religieux du mariage et du divorce, ne suit pas nécessairement la loi religieuse en matière de politique publique. La pratique de la maternité de substitution⁹¹⁰ est appréhendée d'un point de vue séculier. La loi laïque israélienne moderne n'a pris aucune position morale quant à l'utilisation des nouvelles technologies de reproduction. Pour

⁹⁰⁸ DORFMAN(Doron), « La maternité de substitution : entre génétique et intentions », *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3, n° 2, 2016, p.414.

⁹⁰⁹ SHIFMAN (Pinhas), « The right to parenthood and the best interests of the child: a perspective on surrogate motherhood in Jewish and Israeli Law », *New York Law School Human Rights Annual*, Vol.4,1987, p.556.

⁹¹⁰ *Ibid.*,

la loi israélienne, lorsqu'il y'a naissance effective d'un enfant d'une mère porteuse, l'intérêt⁹¹¹ supérieur de l'enfant est primordial celui-ci n'étant pas responsable de sa naissance.

En Israël, La principale préoccupation est la citoyenneté israélienne d'un enfant né par GPA, que cet enfant ne soit pas un enfant kidnappé.

Un autre juge considère que le poids éthique d'être parent⁹¹² est infiniment plus grand que le poids de ne pas l'être. Un autre juge fait pencher la balance pour créer la vie. Tout comme en France, l'intérêt particulier de l'enfant est pris en compte.

« L'enfant déjà né, son intérêt est d'avoir un lien de filiation avec les parents intentionnels, de bénéficier de la nationalité israélienne, de pouvoir rentrer et vivre en Israël »⁹¹³.

Comme l'a constaté un juge aux affaires familiales en Israël,

« From a legal perspective, the best interest of the child will be the determining factor for me from that moment Israel recognizes its rights, and paternity, and from that moment makes the child into a citizen of the State of Israel with everything that entails. From a medical perspective, rights perspective, and everything, I think that this question is also a moral---philosophical one of the right of this child to be born »⁹¹⁴.

« D'un point de vue juridique, l'intérêt supérieur de l'enfant sera le facteur déterminant pour moi à partir de ce moment qu'Israël reconnaît ses droits, et la paternité, et à partir de ce moment fait de l'enfant un citoyen de l'État d'Israël avec tout ce que cela implique. Du point de vue médical, du point de vue des droits et de tout. Je pense que cette question est aussi une question morale-philosophique, du droit de cet enfant à naître ».

Un conseiller juridique au service de l'État a affirmé,

« I say, first and foremost – the child is not to blame. It was brought into the world. So, first of all, give him all his rights »

« Je dis, avant tout-l'enfant n'est pas à blâmer. il a été mis au monde. Alors, tout d'abord, donnez-lui tous ses droits »⁹¹⁵.

⁹¹¹ SHIFMAN (Pinhas), « The right to parenthood and the best interests of the child: a perspective on surrogate motherhood in Jewish and Israeli Law », *New York Law School Human Rights Annual*, Vol.4,1987, p.556.

⁹¹² YEFET, CARMIT(Karin), « Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel », *Harvard Journal of law and Gender.*, Vol.39, n°.1, 2016, p.266.

⁹¹³ Hermitte, M. A, Parizer, K, Mathieu, S & Bergé, J. S., *Rapport sur l'Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice,2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁹¹⁴ *Ibid.*,

⁹¹⁵ *Ibid.*,

B. La maternité pour autrui à l'étranger et l'intérêt de l'enfant

Les conventions de maternité pour autrui à l'étranger ne sont pas soumises à la loi sur la maternité de substitution. Le ministère de l'intérieur a développé une pratique pour la détermination de la parentalité et dans le souci de prévenir le trafic d'enfants.

Dans le cadre de cette pratique, les parents d'intention⁹¹⁶ doivent produire des documents attestant les accords de maternité de substitution, sa légalité en vertu du droit étranger, le consentement de la mère biologique et le renvoi de l'enfant en Israël.

Le futur père de l'enfant doit apporter la preuve qu'il est le père biologique de l'enfant avant que l'enfant ne puisse être autorisé à entrer en Israël, cela implique l'obtention d'une ordonnance parentale autorisant le test de paternité. Un échantillon d'ADN est prélevé sur l'enfant à l'étranger et envoyé en Israël afin de vérifier la concordance avec l'échantillon d'ADN du futur père. Une fois que la paternité est prouvée, le père biologique est enregistré comme le parent et peut amener l'enfant en Israël.

Cependant le partenaire du père, une femme ou un partenaire homosexuel n'a pas de statut jusqu'à l'adoption. Cette procédure est longue, l'enfant ne peut rentrer en Israël qu'une fois la paternité prouvée, la procédure d'adoption pouvant durer parfois une année.

Néanmoins, le tribunal a ainsi reconnu les parents d'intention comme les parents légaux d'enfants nés par une convention de gestation pour autrui à l'étranger⁹¹⁷ sur la base de documents sans test génétique et pour les futures mères de ces enfants ayant à déclarer leur filiation sans passer par l'adoption.

Pour la Cour de justice, l'intérêt des enfants converge avec l'intérêt des parents d'intention.

L'intérêt commun des parents et de l'enfant prévalent ainsi sur la politique tendant à réglementer la maternité de substitution à l'étranger. Quelles sont les possibilités qui s'offrent à nous pour empêcher le marché mondial de la procréation ? Comment limiter le tourisme procréatif en pleine expansion en France, restrictif en Israël mais néanmoins présent au-delà des frontières ?

Faut-il légaliser la gestation pour autrui en France ?

⁹¹⁶ SHUZ, RHONA, SHUZ, RHONA, SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », *International Survey of Family Law*, 2013, p. 201-202.

⁹¹⁷ *Ibid.*,

En Israël, l'ordre public⁹¹⁸ est aussi invoqué par ceux qui s'opposent à la maternité de substitution commerciale. Cependant d'autres considèrent que cela est acceptable dès lors qu'il existe une réglementation garantissant que les mères porteuses agissent de leur plein gré et que la protection de ces enfants ainsi que celle de la mère porteuse est assurée.

La gestation pour autrui interdite en France est malgré cela pratiquée à l'étranger. La gestation pour autrui a pris un essor considérable dans les pays autorisant cette pratique, les Français se rendant dans les pays où ce processus est autorisé.

L'enjeu de la gestation pour autrui est mondial, la reconnaissance des couples de même sexe impliquant alors une recrudescence de ce marché. L'interdiction de ce processus en France n'empêche pas l'utilisation de ces techniques de reproduction à l'étranger, il en résulte alors un tourisme procréatif avec les dérives que cela implique.

Malgré l'opposition de certains pays à cette pratique, la question de la régularisation sur leur territoire d'enfants nés à l'étranger se pose. Il en résulte alors des conflits créés par les différences entre les droits nationaux.

Élisabeth Scott considère qu'une bonne conception de la réglementation peut amenuiser la majorité des dommages potentiels liés à la gestation pour autrui.

*« Cela semble être la fonction appropriée du droit dans une société en réponse à une question sur laquelle il n'existe pas de consensus sociétal »*⁹¹⁹.

La Conférence de la Haye de droit international privé, instance d'élaboration des conventions internationales a estimé qu'il fallait se saisir *« des défis que doit relever la communauté internationale à l'égard des cas de maternité de substitution »*⁹²⁰.

La prohibition de la gestation pour autrui en France peut-elle rester inchangée alors qu'au nom de l'intérêt des enfants cette interdiction est écartée ?

Qu'elles sont les possibilités qui s'offrent à nous afin de résoudre ces conflits d'un enjeu international ? (**Chapitre II**)

⁹¹⁸ SHUZ, RHONA, « The Developing Right to Parenthood in Israeli Law », *International Survey of Family Law*, 2013, p. 221.

⁹¹⁹ *Ibid.*,

⁹²⁰ BRUNET, Laurence., « La globalisation internationale de la gestation pour autrui » [en ligne], *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n°2, pp. 199-205, [consulté le 20/12/2021]. URL : <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-199.htm>

Chapitre II. Une possible résolution des conflits

« Le conflit est une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions d'affrontements »⁹²¹.

La prohibition de la gestation pour autrui fondée sur le principe de l'ordre public⁹²² se retrouve face à un tourisme procréatif difficilement maîtrisable.

La diversité des législations dans le monde sur la gestation pour autrui et l'absence de conventions internationales suscitent les conflits d'intérêts⁹²³ et les abus.

La commission des lois au Sénat dans un rapport récent a ainsi constaté que,

« 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 »⁹²⁴.

Le tourisme procréatif⁹²⁵ n'est pas considéré comme une infraction pénale. Le fait pénal juridiquement prévu par le Code pénal⁹²⁶ français doit recevoir une qualification pénale dans le pays où le contrat a été passé. Il n'existe donc pas de sanction pénale lorsque la pratique est autorisée par la loi étrangère.

Les conventions de gestation pour autrui très souvent interdites dans de nombreux pays impliquant alors de se tourner vers des destinations où la pratique est autorisée favorisant ainsi le tourisme procréatif.

A la différence des accords et traités sur l'adoption internationale, aucune convention ne permet de limiter ce marché de la reproduction.

Des accords binationaux pourraient limiter ce tourisme procréatif. Une convention internationale paraît indispensable. En 2014, le Premier ministre souhaitait que les pays qui autorisent la gestation pour autrui ne l'autorisent pas aux ressortissants des pays qui l'interdisent.

La position du gouvernement français est plus réservée dans une réponse du 3 décembre 2015,

« Les différences rendent difficile, à court terme, une approche commune entre les partenaires européens »

⁹²¹ DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl., Grenoble Alpes, 2016.

⁹²² Art 16-7 du Code civil

⁹²³ BRUNETI-PONS, Clotilde., « Le « tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? » [En ligne], *Les Cahiers de la Justice*, 2016, vol. 2, n° 2, pp. 249-264, [consulté le 10/11/2019]. URL : <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2016-2-page-249.htm>

⁹²⁴ *Ibid.*,

⁹²⁵ *Ibid.*,

⁹²⁶ Code penal

La Conférence de La Haye⁹²⁷ 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.

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. Ces conventions protégeraient alors des dérives liées à la gestation pour autrui au-delà de nos frontières.

On peut alors citer comme exemple de dérives, les enfants souffrant d'une malformation ou d'un handicap et qui seraient abandonné par les parents d'intention.

L'urgence de la protection de l'enfant⁹²⁸ par le droit passe par la voie de 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.

Un consensus international semble indispensable pour protéger l'intérêt d'un enfant déjà né (Section 1) ainsi que l'éventualité d'une légalisation de la Gestation pour Autrui pour encadrer ce processus et éviter les dérives de ce tourisme procréatif (Section 2)

Section 1. La nécessité d'un consensus international

Un consensus international pour la pratique de la GPA (§1) s'avère indispensable, les autorités israéliennes prenant part à la réalisation de ce consensus (§2)

§1. L'élaboration d'un consensus international

L'ampleur de la pratique de la GPA est telle qu'un consensus international est préconisé (A), avec comme enjeu majeur la reconnaissance des filiations(B)

⁹²⁷ BRUNET(Laurence), « La globalisation internationale de la gestation pour autrui » [en ligne], *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n°2, pp. 199-205, [consulté le 20/12/2021].URL : <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-199.htm>

⁹²⁸ *Ibid.*,

A. Un consensus international

Un consensus international sur ce processus paraît indispensable pour limiter les abus et dérives de la gestation pour autrui. Le recours de la GPA⁹²⁹ à l'étranger a pris un essor considérable. La reconnaissance des couples de même sexe a accentué ce phénomène à travers le monde. Les couples homosexuels se déplacent à l'étranger pour recourir à une mère porteuse. Le tourisme procréatif permet ainsi de contourner la législation du territoire qui interdit cette pratique.

La Conférence de la Haye de droit international privé, instance d'élaboration de conventions internationales visant à résoudre les conflits créés par les différences entre les droits nationaux a considéré qu'il était nécessaire de se « *Se saisir des défis que doit relever la communauté internationale à l'égard des cas de maternité de substitution* ». Il n'existe en effet pas de consensus international concernant la pratique de la GPA. Le risque d'exploitation des femmes pauvres notamment dans les pays les moins développés implique la nécessité de prévoir des garanties internationales pour les acteurs impliqués dans ce processus de GPA et des contrôles des organismes offrant des services maternité de substitution à caractère international.

La loi peut-elle être conservée intacte et inchangée alors que la nécessité pressante de préserver en France l'intérêt des enfants nés à l'étranger d'une GPA conduit au contraire à en écarter l'application, quelles que soient les manœuvres pour le dissimuler ?

La pratique de la GPA dans le monde est d'une telle ampleur que bien que certains pays ne l'autorisent pas sur leur territoire, ils se retrouvent malgré cela confrontés à la régularisation de la situation des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse. C'est ainsi le cas de la France qui tout en prohibant cette pratique l'autorise au nom de l'intérêt de l'enfant.

La loi française en interdisant cette pratique sur son territoire tout en reconnaissant le statut des parents d'intention et la retranscription à l'état civil d'enfants nés de cette pratique à l'étranger n'est-elle pas discriminatoire ? Seules les personnes aisées pourraient contourner la loi.

Bien plus que cela en interdisant la pratique de la GPA tout en reconnaissant le statut des enfants nés de cette pratique à l'étranger, la France favorise le tourisme procréatif et l'exploitation des femmes les plus démunies au profit des femmes aisés.

⁹²⁹ BRUNET(Laurence), « La globalisation internationale de la gestation pour autrui » [en ligne], *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n°2, pp. 199-205, [consulté le 20/12/2021].URL : <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-199.htm>

Au nom de la protection des femmes françaises, on ne peut déplacer « *la charge de ce risque sur les femmes étrangères* », « *en même temps que du souci de stabiliser en France la filiation des enfants issus de gestation pour autrui à l'étranger* »⁹³⁰.

« *La pratique peut se développer dans un cadre éthique et protégé, et non dans les marges de non-droit du marché noir mondial* »⁹³¹.

Les GPA transfrontières⁹³² suscitent d'importants problèmes de droit international privé dans un monde globalisé. Le statut juridique de l'enfant des pays interdisant la GPA pratiquée à l'étranger est incertain tandis que l'autorisation de cette pratique dans d'autres pays favorise le tourisme procréatif contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'élaboration d'une convention internationale est préconisée. Pour le Professeur Smolin⁹³³, Les principes régissant l'adoption et qui visent à prévenir les trafics et la vente d'enfants devraient être adaptés et appliqués à la Gestation pour Autrui.

Le groupe de travail multidisciplinaire présidé par la sociologue Irène Théry et la juriste Anne-Marie Leroyer recommandait l'adoption d'un instrument international à l'image de la CLH 93.

Une alternative préconisée par le Défenseur des Droits en juillet 2015 et repris dans le programme présidentiel de Monsieur Emmanuel Macron.

« *L'absence de cadre international favorise le développement des mauvaises pratiques tandis que cette même absence génère un cloisonnement des ordres juridiques contraire à l'intérêt de l'enfant* »

L'essor de cette pratique est tel que l'on assiste à de véritables ventes d'enfants considérés comme des marchandises et objet d'un contrat. Comme l'a justement souligné le Professeur Fulchiron, « *Le tourisme procréatif « prospère sur la diversité des systèmes juridiques, des systèmes qui d'une façon ou d'une autre sont interdépendants* »⁹³⁴.

Une convention internationale est préconisée, la lutte contre les trafics d'enfants qui a nécessité l'adoption de la CLH 93 se retrouve au cœur du projet de convention GPA à l'étude au sein de la Conférence de la Haye.

La lutte contre les trafics d'enfants ainsi que l'exploitation des femmes porteuses est le double objectif de ce projet de convention GPA. L'adoption d'une convention internationale à l'image

⁹³⁰ *Ibid.*,

⁹³¹ *Ibid.*,

⁹³² MESSINEO (Jimmy), « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières, Revue de droit international d'Assas », 2018, disponible sur le site : https://www.u-paris2.fr/sites/default/files/document/cv_publications/28_rdia-lelaboration_dun_traitement_international_des_gpa.pdf

⁹³³ *Ibid.*,

⁹³⁴ *Ibid.*,

de celle de l'adoption permettrait une coordination entre les États sur le statut juridique des enfants nés par GPA.

B. La nécessité d'une reconnaissance de la filiation

Les questions de reconnaissance de la filiation sont d'un enjeu majeur pour le groupe d'experts chargés du projet de convention filiation internationale-maternité de substitution. En février 2017, l'accent était mis sur l'intérêt international de cette filiation.

Deux questions majeures sont alors soulevées, d'une part les questions relatives au statut juridique des enfants nés d'une GPA transfrontière et le respect des droits et du bien-être des parties à la convention de maternité de substitution, notamment les enfants et les mères porteuses. Le succès de la CLH 93 est d'une part un instrument des droits de l'homme, instrument de coopération judiciaire et administrative et instrument de droit international privé.

La Gestation pour Autrui est d'un enjeu mondial et source de difficultés concernant notamment les filiations établies des enfants nés dans le cadre de la GPA.

« La Gestation pour autrui peut avoir de lourdes implications sur le plan juridique pour tous les acteurs concernés, notamment eu égard à la nationalité de l'enfant, à son statut au regard de l'immigration, au partage de la responsabilité parentale ou encore à l'identification des personnes devant subvenir aux besoins de l'enfant. Par ailleurs, la vulnérabilité des parties à ces conventions ou le danger auquel elles sont exposées peuvent également poser des difficultés »⁹³⁵.

Dans le cadre des conventions de gestation pour autrui, le bureau permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé étudie alors les questions relatives de droit international privé liées à la filiation des enfants. Il étudie actuellement les questions de droit international privé liées à la filiation des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution. L'éventualité d'une convention internationale⁹³⁶ à l'image de celle de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale est envisageable. Pour certains ce serait la seule alternative pour encadrer une pratique et empêcher l'exploitation des femmes les plus pauvres.

⁹³⁵ Le Projet Filiation/maternité de substitution, 2015, disponible sur le site : <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

⁹³⁶ GROSS, Martine, BRUNET, Laurence, et GIROUX, Michelle., « Les juges français et la gestation pour autrui » [en ligne], 2018, [consulté le 10/11/2019].URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01723910/document>

Les travaux du groupe d'expert de la Conférence⁹³⁷ de droit international privé de la Haye (HCCH) portent sur la possible création de règles de droit international privé relative à la reconnaissance de la filiation transfrontière.

La question de la reconnaissance de la filiation établie lors d'une GPA, n'est qu'un aspect du projet. « *Le groupe ne travaille ni sur l'autorisation ni sur la prohibition de la GPA* ».

Il est alors question d'un corps de règles applicables aux filiations en général et d'autre part d'un autre corps règles relatives aux filiations relevant de la Gestation pour Autrui. Les États ne seraient en aucun cas contraints de modifier leur législation interne.

L'élaboration d'une convention dans le cadre de la Conférence de la Haye de droit international privé nécessitera de longues années, chaque État est libre de ratifier ou non, les instruments qui sont élaborés au sein de la Conférence de la Haye de droit international privé.

La Cour européenne des droits de l'homme dans son avis consultatif du 10 avril 2019 appuie sur l'importance des travaux de la Conférence de la Haye en raison des enjeux complexes. La France est membre de la Conférence de la Haye depuis 1964.

« *La HCCH est à l'origine de conventions internationales majeures qui sont appliquées quotidiennement par les juridictions françaises, ainsi que la protection des enfants (Convention sur l'enlèvement international d'enfant) et des personnes vulnérables* »⁹³⁸.

Les opposants préconisent des conventions bilatérales avec les différents pays autorisant la GPA afin d'en refuser l'accès aux français ; d'autres considèrent que la loi doit être révisée.

Les juges doivent prendre des décisions en conciliant l'ordre public et l'intérêt de l'enfant.

Selon certains la filiation d'un enfant ne doit pas être établi lorsque « la fraude à la loi » a présidé à sa naissance. Les opposants considèrent que priver un enfant de ses parents est contraire à son intérêt.

L'élaboration d'une convention⁹³⁹ sur le modèle de l'adoption afin d'encadrer les pratiques transfrontalières de la GPA⁹⁴⁰ et protéger les personnes faibles semble cohérent.

⁹³⁷ Position du Gouvernement sur la GPA et travaux de la conférence de La Haye, le 10 octobre 2019, [consulté le 26/12/2021]. Disponible sur le site : <http://forum-famille.dalloz.fr/2019/10/10/position-du-gouvernement-sur-la-gpa-et-travaux-de-la-conference-de-la-haye/>

⁹³⁸ Position du Gouvernement sur la GPA et travaux de la conférence de La Haye, le 10 octobre 2019, [consulté le 26/12/2021]. Disponible sur le site : <http://forum-famille.dalloz.fr/2019/10/10/position-du-gouvernement-sur-la-gpa-et-travaux-de-la-conference-de-la-haye/>

⁹³⁹ GROSS, Martine, BRUNET, Laurence, et GIROUX, Michelle., « Les juges français et la gestation pour autrui » [en ligne], 2018, [consulté le 10/11/2019].URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01723910/document>

⁹⁴⁰ *Ibid.*,

§2 La GPA transfrontière en Israël et la nécessité d'un encadrement

L'absence de contrôle de la gestation pour autrui transfrontière en Israël (A) implique la nécessité d'un encadrement (B)

A L'absence de contrôle de la GPA transfrontière en Israël

En 2015, lors de la réunion de l'ONU sur les droits de l'enfant, il a été reproché à l'État d'Israël de ne pas évaluer les parents intentionnels.

« Le Comité est préoccupé par le fait qu'il n'existe pas de procédure de sélection appropriée pour les futurs parents nés de mères porteuses à l'étranger visant à empêcher le trafic d'enfants »⁹⁴¹.

Des politiques plus strictes doivent être mises en place par l'État afin d'assurer la protection des enfants nés dans le cadre d'accords internationaux de maternité de substitution selon les recommandations du Comité.

« While noting the efforts of the State party to regulate international surrogacy arrangements, the Committee is concerned that there is no appropriate screening procedure for prospective parent/s of children born by surrogate mothers abroad, aimed at preventing hidden sale of children and/or possible sexual abuse. 29. The Committee recommends that the State party put in place more stringent policies to secure protection of children born through international surrogacy arrangements »⁹⁴².

Les autorités israéliennes⁹⁴³ se sont rapprochées de la Haye afin de prendre part à la réalisation d'une convention internationale de la GPA, sur le modèle de l'adoption interétatique.

Cette convention non aboutie marque la déception de certaines personnes interviewées face à une GPA non régulée mondialement.

Un encadrement de la GPA pourrait-il être envisagé en France ?

Seuls ceux qui peuvent assumer le coût d'une GPA pourront contourner la loi et pratiquer ce processus à l'étranger, mettant alors les juges dans une situation contradictoire et inconfortable.

Ainsi la GPA sur le territoire national sera sanctionnée tandis que pratiquée à l'étranger en contournant la loi elle serait autorisée. Face à ces situations, certains juges préconisent la légalisation de cette pratique, une pratique qui devra être encadrée.

⁹⁴¹ Hermitte, M. A, Parizer, K, Mathieu, S & Bergé, J. S., *Rapport sur l'Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35, disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁹⁴² *Ibid.*,

⁹⁴³ *Ibid.*,

B La nécessité d'un encadrement transfrontière

En 2015, deux citoyens israéliens⁹⁴⁴ qui voulaient fonder une famille ont eu recours à la maternité de substitution à l'étranger. La loi israélienne interdisait le recours à une mère porteuse en raison de leur orientation sexuelle. Ces deux citoyens illustrent l'un des nombreux couples à travers le monde à ne pas être autoriser à avoir recours à une mère porteuse.

Gilad et Amir ont expédié leur sperme congelé en Thaïlande, où une donneuse d'ovules sud-africaine attendait. Une fois l'ovule fécondé, l'embryon était alors envoyé au Népal pour être implanté chez une femme indienne qui a accepté de servir de mère porteuse. Chaque pays impliqué avait des réglementations différentes sur la maternité de substitution.

Dans cette affaire, la loi sud-africaine autorisait le don d'ovules à des mères porteuses. Même si la loi sud-africaine de 2005 sur les enfants interdit aux femmes d'être des mères porteuses à des fins commerciales, elles peuvent conclure de tels accords pour des raisons altruistes. La loi népalaise n'interdisait toutefois pas aux femmes indiennes de servir de mère porteuse créant ainsi une échappatoire permettant aux agences de mener des femmes indiennes au Népal en tant que mères porteuses.

L'absence de lois internationales uniformes concernant la maternité de substitution expose toutes les parties impliquées dans les accords de maternité de substitution à une variété de problèmes.

Les défis comprennent la détermination du statut des enfants, les droits des parents d'intention et la protection des mères porteuses.

La citoyenneté des enfants nés d'accords de maternité de substitution survient lorsque l'enfant quitte le pays de naissance et entre dans le pays de citoyenneté prévu.

A titre d'exemple, les enfants nés au Népal à la suite d'un accord de maternité font face à de grands défis pour obtenir la même citoyenneté que les parents d'intention. Aussi, la protection de la mère porteuse est menacée dans les accords internationaux de maternité de substitution. Ainsi de nombreux couples se tournent vers l'étranger lorsque la loi nationale interdit ce processus.

Les réglementations varient d'un pays à l'autre ; certains pays interdisent la maternité de substitution à certaines personnes seulement, d'autres l'autorisent mais le coût est prohibitif.

Cette recherche alternative de recourir à la gestation pour autrui dans les pays où les lois sont plus favorables implique alors une augmentation considérable des GPA transfrontières.

⁹⁴⁴ COOPERMAN (Jamie), « International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mother's Participation in International Commercial Surrogacy Contract. », *Golden Gate University Law Review*, Vol.48, n°2, 2018, p.161-184.

Bien que la nécessité de faire face à la recrudescence de la maternité de substitution internationale a été reconnu par la Convention de la Haye, il n'y a actuellement aucun traité international sur la gestation pour autrui auxquelles les pays peuvent se référer.

Le comité au sein du bureau permanent de la Conférence de Haye de droit international privé examine la faisabilité de faire avancer les travaux dans ce domaine pour déterminer s'il est nécessaire de créer un traité international sur la gestation pour autrui.

Le projet filiation-gestation de substitution a une portée restreinte dans la mesure où il ne reconnaît que les problèmes « concernant le statut juridique des enfants dans des situations transfrontalières sans véritablement relever les défis auxquels la mère porteuse et les mères sont confrontées ». Pour ce projet, les nations ont été invitées à peser sur la création d'une éventuelle convention de la Haye de droit international privé couvrant les accords internationaux de maternité de substitution.

Bien que l'on ne sache pas combien de poids sera accordé à l'entrée des états membres à ce sujet. La Convention de la Haye n'a pas encore déterminé si un traité international sur les conventions de maternité de substitution est nécessaire tandis que les individus continuent à se tourner vers l'étranger suscitant de nombreuses préoccupations dans la communauté internationale.

Les traités internationaux actuels adoptés par les pays dans le monde peuvent traiter les problèmes liés à l'exploitation des femmes, la protection de l'enfant, la violation des droits des parties.

Ces traités peuvent servir de ressource pour le comité de la Haye s'il assume finalement la responsabilité de créer un traité traitant de la maternité de substitution internationale.

La mère porteuse doit être protégée dans ces accords de maternité de substitution.

Il existe trois traités internationaux déjà adoptés par les pays qui devraient être utilisés pour veiller à ce que les parties à ces contrats soient protégées dans l'exercice de leurs droits contractuels et reproductifs. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, le pacte national relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Dans l'ensemble, les accords internationaux de maternité de substitution présentent trois problèmes, la citoyenneté des enfants, les droits des parents d'intention, les droits des mères porteuses.

Les pays du monde entier ont adopté des positions différentes sur la réglementation des accords de maternité de substitution. Certains pays autorisent tous les accords de maternité de

substitution ensemble, la Bulgarie la France, l'Allemagne, l'Italie, le Portugal, l'Espagne, la Suisse, la Thaïlande et le Népal. D'autres pays comme le Royaume uni, l'Irlande la nouvelle Zélande, la Belgique, les pays -bas et l'Australie n'autorisent que les accords de maternité de substitution altruiste. L'Ukraine, la Russie, la Géorgie, le Mexique et certaines parties des États -Unies autorisent la GPA à la fois commerciale et altruiste. Des pays comme l'Inde et Israël autorisent la GPA commerciale et altruiste mais uniquement pour les hétérosexuels. Les couples homosexuels sont autorisés à utiliser ce processus en Israël depuis l'amendement de la loi⁹⁴⁵ du 11 janvier 2022. Le rôle de la mère porteuse est une composante très contestée dans les accords internationaux de maternité de substitution. Certains soutiennent qu'un niveau élevé de réglementation est nécessaire pour protéger les femmes contre l'exploitation. D'autres soutiennent que ces femmes ne devraient pas être empêchées de s'engager mais plutôt encouragés à faire le choix d'exercer leurs droits de reproduction et de contracter.

Les mères porteuses sont dans une positions vulnérable lors des accords de maternité de substitution à l'étranger. Ceci impliquant généralement des personnes aisées ayant recours à des femmes économiquement défavorisés pour servir de mère porteuse, avec une absence de consentement éclairé.

Aucune affaire n'a été intentée par une mère porteuse pour violations dans le cadre des accords internationaux de maternité de substitution.

L'absence de jurisprudence peut provenir de l'absence de ressources adéquates pour que les mères porteuses utilisent le système judiciaire où les accords de maternité sont conclus.

Les disparités entre les niveaux économiques et éducatifs entre mère porteuse et parents d'intentions conduisent à des inégalités à travers l'accord international sur la maternité de substitution qui doit être abordé dans le cadre règlementaire international couvrant directement la maternité de substitution.

Section 2. L'éventualité d'une légalisation de la GPA « stricto sensu », modèle israélien

La gestation pour autrui, complexe doit faire l'objet d'une identification (§1), avant d'envisager une possible solution à cette pratique (§2)

⁹⁴⁵ Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

§1. L'identification de la gestation pour autrui

La gestation pour autrui doit être appréhendée à travers le lexique utilisé pour définir les différents acteurs de cette pratique(A) ainsi que l'identification de ces principaux acteurs (B)

A. L'utilisation d'un lexique confus

La terminologie « *mère porteuse* » peut avoir une connotation psychologique lourde de conséquence et pour la femme qui porte l'enfant et pour la femme qui désire être mère.

La femme qui porte l'enfant sans qu'il y'ait apport de ses propres gamètes ne devrait pas être désignée comme mère cela contribuerait à un meilleur équilibre entre les deux femmes. Cette femme qui porte l'enfant d'une autre se sentirait ainsi psychologiquement moins affectée lorsqu'elle devra se séparer de l'enfant.

Comment dans ce cas devrait-on la désigner ?

« Gestatrice » ?

Ce terme semble réducteur et renvoie au monde animal primaire. En effet, la femme qui porte un enfant engage son corps, sa personne, sa santé c'est un investissement conséquent de cette femme et la réduire à une « gestatrice » serait déconsidérer ce si lourd investissement.

Parallèlement, pour la femme qui désire être mère par le recours de cette femme qui portera son enfant avec ses gènes serait aussi ne pas se considérer totalement *mère*.

En Israël, le terme « *pundékait*⁹⁴⁶ » qui signifie hôtesse participe d'un meilleur équilibre entre ces deux femmes, un équilibre avec un partage des rôles de chacune de ces femmes pour la naissance de l'enfant. Or ceci n'est envisageable qu'à la condition que la mère porteuse ne soit en aucun cas la mère génétique et la mère d'intention, la mère génétique comme c'est le cas en Israël.

La femme dans ce cas selon cette linguistique est considérée comme une sorte d'hôtesse⁹⁴⁷ temporaire pour l'enfant.

Afin d'atténuer les éventuelles répercussions psychologiques de la mère porteuse, la Gestation pour autrui devrait être limité à une gestation « stricto sensu » où la mère porteuse⁹⁴⁸ ne serait en aucun cas la mère génétique.

La loi sur les Accords de port des embryons⁹⁴⁹ (approbation de l'accord et statut du nouveau-né)

⁹⁴⁶ YEFET, CARMIT(Karin), «Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel», *Harvard Journal of law and Gender*, Vol.39, n°.1,2016, p.268.

⁹⁴⁷ *Ibid.*,

⁹⁴⁸ Article 2 *Embryo carrying agreement*

dispose que l'ovule ne doit en aucun cas appartenir à la mère porteuse .

Pour désigner la mère porteuse, le terme « *pundekait*⁹⁵⁰ » qui signifie en français « hôtesse » est utilisée et implique que la femme qui porte l'enfant ne se considère pas comme une mère mais comme une personne aidant une mère à concrétiser son désir d'enfant.

La mère porteuse n'est même pas appelée mère. Contrairement au terme anglais « *surrogate* » qui signifie « *mère porteuse* », le mot pour la maternité de substitution en hébreu est « *pundekait* » qui signifie « *aubergiste* ».

La gestation pour autrui entendue ainsi strictement minimise les divergences entre la mère porteuse et la mère d'intention.

B. L'enjeu de la gestation pour autrui : un équilibre entre la mère d'intention et la mère porteuse

La gestation pour autrui⁹⁵¹ ici sera appréhendée ici sous l'angle de trois modèles présents dans différents ordres juridiques.

Trois représentations juridiques de la mère porteuse correspondant à trois types de régulation, d'une part la femme instrumentalisée, la donneuse altruiste et la prestataire de services reproductifs. Il sera question d'argumenter le fait que ce sont ces images de la mère porteuse qui fondent les choix législatifs autour de la gestation pour autrui. Le lien entre construction et régulation sera démontré pour ces trois types de régulation.

C'est sous l'angle des intérêts des mères porteuses⁹⁵² qu'il faudra évaluer les différents modèles de régulation de la gestation pour autrui afin d'évaluer au mieux les besoins élémentaires des mères porteuses et créer un juste équilibre avec les intérêts des autres personnes impliquées que sont les parents d'intention, l'enfant, les prestataires de services médicaux.

L'étude de la violation des besoins et intérêts des mères porteuses en situation d'absence de contrôle étatique en Inde est révélatrice de cette violation.

⁹⁴⁹ *Ibid.*,

⁹⁵⁰ YEFET, CARMIT(Karin), «Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel», *Harvard Journal of law and Gender.*, Vol.39, n°1,2016, p.268.

⁹⁵¹ COTTIER(Michelle), « Représentations juridiques de la mère porteuse et modèles de régulation de la gestation pour autrui » in BOILLET (Véronique), ROCCA (Marta), De LUZE (Escoda) « La gestation pour autrui, approches juridiques internationales »,Anthémis,2018,P.15 ,disponible sur le site : <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:106352>

⁹⁵² *Ibid.*, p.16.

L'anthropologue Amrita Pande a interviewé des mères porteuses⁹⁵³, les femmes sont censées être « *bon marché, docile, désintéressé* ». Ces femmes ne comprennent même pas la portée de ces contrats où il est mentionné qu'elles peuvent tolérer une interruption de grossesse, une réduction d'embryon, une césarienne opération intra utérine du fœtus. Les cliniques limitent le contact entre mères porteuses et parents d'intention.

Comment réguler la gestation pour autrui ?

En France la mère porteuse est considérée comme une femme « *instrumentalisée*⁹⁵⁴ », exploitée. Or si dans l'ordre juridique interne la gestation pour autrui est strictement interdite, le contournement de cet ordre juridique implique une absence totale de protection juridique de la mère porteuse ainsi que le développement du tourisme procréatif.

Quant au modèle altruiste ? la donneuse est valorisée d'un point de vue morale et des relations se développent entre les deux mères.

Les droits d'auto-détermination de la femme enceinte sont protégés puisque cela relève de sa volonté de porter un enfant. Mais la gratuité implique que le travail reproductif n'est pas reconnu et il peut y'avoir le risque d'un manque de services juridiques et des conseils de qualité.

Le modèle de la « prestataire de services reproductifs » ?

L'avantage de la logique du contrat⁹⁵⁵ est qu'elle crée un espace pour l'invocation des différents intérêts, certes il y'a un risque d'inégalité pour la mère porteuse. Ensuite les limites de l'engagement contractuel doivent être fixées par le droit tel que le renoncement du droit à l'auto-détermination doit être interdit. « *Les aspects relationnels, donc la question du contact avec la mère porteuse après la naissance de l'enfant, représente un défi pour la logique contractuelle. Le fondement le plus prometteur est le modèle contractuel de la prestataire de services reproductifs* ».

La pratique médicale doit faire l'objet de contrôles afin d'éviter les dérives éventuelles et le côté relationnel⁹⁵⁶ entre les deux mères doit faire partie intégrante du contrat.

§2. La solution à cette pratique

Un encadrement strict de cette pratique peut être envisagée, à l'image du modèle israélien(A), ou une autre alternative à la GPA(B)

⁹⁵³ *Ibid.*, p.24.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p.25.

⁹⁵⁵ *Ibid.*,

⁹⁵⁶ *Ibid.*,

A. Une gestation pour autrui *stricto sensu* comme en Israël

Dans le cas de la gestation pour autrui « *stricto sensu* » comme c'est le cas en Israël, la gestatrice ne considère pas l'enfant comme le sien mais comme celui du couple.

Afin d'atténuer les éventuelles répercussions psychologiques de la mère porteuse, la Gestation pour autrui devrait être limitée à une gestation « *stricto sensu* » où la mère porteuse⁹⁵⁷ ne serait en aucun cas la mère génétique comme c'est le cas en Israël ; elle serait dans ce cas gestatrice, elle porterait l'enfant d'une autre et ne pourrait en aucun cas utiliser ces propres gamètes.

Le législateur israélien encadre et régule cette pratique afin de protéger au mieux la mère porteuse⁹⁵⁸. La commission étatique valide le contrat écrit entre la mère porteuse et la mère d'intention.

En exigeant que l'ovocyte n'appartienne en aucun cas à la mère porteuse, le législateur joue son rôle de protecteur en évitant une procréation pour autrui où la mère porteuse serait la véritable mère et remettre l'enfant aboutirait à « *vendre son propre enfant* ». L'enfant est aussi protégé par la garantie d'un lien génétique partiel lorsque la commission exige de même qu'au moins une des gamètes utilisés pour la fécondation in vitro appartienne à l'un des parents d'intention.

La loi en prévoyant des conditions d'aptitude pour la mère porteuse participe ainsi à sa protection ainsi qu'à celle de l'enfant.

La première condition relève d'une condition religieuse qui exige que la mère porteuse doit être en principe célibataire car si elle est mariée et met au monde un enfant avec un autre homme que son mari cela est considéré comme un adultère et l'enfant considéré comme « *Mamzer* » (bâtard).

L'identité religieuse de l'enfant est aussi protégée du fait que la mère porteuse doit être de la même religion que la mère d'intention. Aussi, l'absence de lien de parenté entre la mère porteuse et l'un des futurs parents évite aussi des problèmes liés à des questions d'inceste qui risqueraient de porter préjudice à l'enfant.

D'autre part le législateur pose des considérations éthiques⁹⁵⁹ pour la mère porteuse. Ainsi outre son libre consentement elle doit avoir entre 22 et 38 ans, être la mère d'au moins un enfant, et ne pas avoir plus de 4 grossesses, et il ne doit pas y'avoir de risque pour sa santé. De plus, elle ne peut être mère porteuse plus que deux fois.

⁹⁵⁷ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁹⁵⁸ WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

⁹⁵⁹ *Ibid.*,

Toutes ces conditions posées par le législateur⁹⁶⁰ réduisent ainsi au minimum les risques d'exploitation de son corps et de sa fertilité à son détriment et garantir au mieux un consentement libre et éclairé. Ainsi en exigeant un âge minimum de 22 ans bien que la majorité soit fixée à 18 ans le législateur⁹⁶¹ prend en compte la portée d'un engagement mature.

La minimisation de divergence entre la mère porteuse et la mère d'intention en Israël

La loi sur les Accords de port des embryons⁹⁶² (approbation de l'accord et statut du nouveau-né) dispose que l'ovule ne doit en aucun cas appartenir à la mère porteuse .

La gestation pour autrui entendue ainsi strictement minimise les divergences entre la mère porteuse et la mère d'intention. Les intérêts de la mère d'intention et de la mère porteuse sont intrinsèquement différents. La mère d'intention désire être mère à tout prix et la finalité pour une mère porteuse est de remettre l'enfant qu'elle a porté à celle qui désire être mère. Si l'on a aucun doute sur la motivation de la mère d'intention celle de la mère porteuse nous interroge. Comment ne pas alors nier que les intérêts de la mère porteuse ne sont pas financiers ? Est-ce un geste altruiste de cette mère porteuse ?

Si au départ les deux finalités sont différentes il arrive parfois que ces deux finalités se rejoignent lorsque la mère porteuse s'attache à l'enfant et ne veut plus alors le remettre à la mère d'intention. Pour minimiser alors cette possible rétractation chez la mère porteuse il paraît indispensable que l'ovule fécondé n'appartienne en aucun cas à la mère porteuse.

Comment ne pas se considérer comme la véritable mère lorsque l'enfant est génétiquement le sien, qu'elle le porte et le met au monde ?

Afin de minimaliser cette éventualité il paraît opportun de considérer la gestation pour autrui de façon stricte comme c'est le cas en Israël.

La mère porteuse engage son corps, sa personne, sa santé pour porter un enfant. Cet investissement peut être lourd de conséquences pour l'avenir sans en avoir pleinement conscience. A la naissance très souvent la mère d'intention rompt souvent les relations avec la mère porteuse et c'est bien souvent à cet instant que les divergences s'accroissent. Alors que la mère d'intention se consacre à son rôle de mère, la mère porteuse est en quête de reconnaissance devant un si lourd investissement morale, physique, psychique.

⁹⁶⁰ *Ibid.*,

⁹⁶¹ *Ibid.*,

⁹⁶² WYGODA(Michaël), « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*, 2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53, consulté le 15/12/2021. URL : <https://www.cairn.info/revue-pardes-2020-1-page-43.htm>

Si en France la Gestation pour Autrui est interdite sans que l'on puisse distinguer si l'ovule appartient ou non à la mère porteuse, en Israël ce processus est autorisé de façon à amoindrir la divergence pouvant exister entre la mère porteuse et la mère gestatrice.

Dans ce cadre légal, coexiste un équilibre entre la mère d'intention et la mère porteuse, chacune d'entre elles ayant son propre rôle à jouer pour la naissance de cet enfant.

La mère d'intention se sent mère car l'utilisation de ces propres gamètes lui confère une légitimité. La mère porteuse n'est pas la mère génétique ce qui implique qu'elle ne se considère pas comme la véritable mère. Chaque femme est donc investie d'un rôle, il y'a donc un partage d'investissement de chacune d'elles qui aboutit à un équilibre. Les deux intérêts privés se rejoignent et n'en forment qu'un seul.

L'exclusion en Israël d'une GPA commerciale

Les opposant à la Gestation pour Autrui en France invoquent la marchandisation de la mère porteuse ainsi que de l'enfant.

En Israël, la GPA « commerciale » en raison des liens particuliers entre la gestatrice et la mère d'intention est largement écartée. L'anthropologue Elly Teman⁹⁶³ à travers les études menées auprès de gestatrices a pu ainsi le démontrer.

« Ses recherches sur la GPA⁹⁶⁴ en Israël montrent que, durant la grossesse, chacune des parties ajuste régulièrement la place qu'elle occupe ; Les liens entre la gestatrice et la mère d'intention sont déployés de telle sorte que la mère d'intention et son conjoint sont, dès le début du processus associés à la conception. Puis avec le temps, c'est un ensemble complexe de relations qui se met en place avec les protagonistes afin qu'au moment de la naissance la gestatrice puisse remettre l'enfant, se détacher de lui, et les parents d'intention accueillir pleinement le nouveau-né en se sentant réellement parents »

Le tourisme procréatif pourrait se limiter si la France en légalisant la gestation pour autrui limitait ce processus aux parents d'intention français. On pourrait alors s'inspirer d'Israël qui limite le recours à la GPA sur son territoire à ses propres ressortissants, un étranger ne pouvant alors avoir recours à ce processus. Cette limitation aurait alors pour effet d'atténuer considérablement la GPA « commerciale » et par-delà la marchandisation de l'enfant.

⁹⁶³ MECARY (Caroline), *PMA et GPA*, que sais-je, 2019, p.113.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p.113.

La maternité de substitution en Israël est longtemps restée interdite aux couples homosexuels ainsi qu'aux femmes célibataires ne pouvant concevoir avec leurs ovules malgré l'amendement⁹⁶⁵ de la loi de 2018.

Ces couples homosexuels ainsi que ces femmes célibataires étaient alors contraints de se déplacer hors du territoire pour avoir recours à ce processus bénéficiant alors de ce « *tourisme procréatif* ». Aujourd'hui, les couples homosexuels⁹⁶⁶ sont désormais autorisés à recourir à cette pratique en Israël. L'approbation du gouvernement jugée trop longue pour de nombreux israéliens, ceux-ci se tournent bien souvent vers l'étranger pour avoir recours à ce processus.

En France si la Gestation pour autrui est légalisée elle serait indéniablement ouverte pour les couples homosexuels ainsi que pour les femmes célibataires.

Cependant certains États profitant du tourisme procréatif peuvent refuser la limitation de cette pratique à leurs ressortissants.

B. L'alternative à la GPA : La Greffe d'utérus ou l'utérus artificiel

La naissance du premier bébé le 12 février pour donner suite à la première greffe d'utérus en France a fait l'objet d'un communiqué de presse le 17 février 2021.

L'équipe du Professeur Jean-Marc-Ayoubi, chef de service de gynécologie-obstétrique et médecine de la reproduction de l'hôpital Foch et professeur à la Faculté de médecine Simone Veil a réalisé la première naissance française à la suite d'une greffe d'utérus⁹⁶⁷. La mère de 36 ans avait bénéficié en 2019 de la première greffe d'utérus française réalisée par la même équipe. Cette greffe avait été réalisée avec l'utérus d'une donneuse vivante, la mère de la patiente.

C'est une première en France et le résultat de plus de 12 ans de recherche en France et de collaboration avec l'équipe du Professeur Mats-Brånström, professeur de gynécologie-obstétrique.

C'est un espoir incommensurable pour de nombreuses femmes présentant une infertilité utérine.

⁹⁶⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, « Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law », [consulté le 21/12/2021]. disponible sur : <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

⁹⁶⁶ Circular letter updating the arrangement for the Surrogacy Law (Arrangements and Status of the Newborn), 5756-1996, January 11, 2022, disponible sur le site : www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

⁹⁶⁷ Communiqué de presse, « Première Greffe d'utérus en France », le 17 février 2021, Hôpital Foch, disponible sur le site : » <https://medias.hopital-foch.com/wp-content/uploads/2021/02/communiquede-la-naissance.pdf>, [consulté le 20/03/21].

Les domaines de la transplantation et de la reproduction ont fait l'objet d'avancées scientifiques importantes, l'utérus artificiel.

Dés 2005, Henri Atlan⁹⁶⁸ considérait que les avancées biotechnologiques laissaient à penser que l'utérus artificiel existerait dans un avenir prochain. L'ectogenèse⁹⁶⁹ servirait à « *sauver les embryons d'avortements spontanés* » et par la suite permettre aux femmes sans utérus de procréer.

On ne peut alors s'empêcher de penser que si cela est le cas de nombreuses femmes y auraient recours pour convenance.

« Comme pour la contraception et l'avortement, l'ectogenèse s'inscrira alors dans le droit des femmes à disposer de leur corps. Et la gestation extracorporelle de devenir la norme ».

Pour cet auteur, la maternité dans ce cas se rapprocherait alors de la paternité, « *l'ectogenèse pourrait être au service du pire comme du meilleur* »⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ ATLAN (Henri), *L'utérus artificiel*, Seuil, 2005, p.224.

⁹⁶⁹ DESCAMPS (Philippe), « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse » [en ligne], *Raisons politiques*, 2007, vol. 28, n°. 4, pp. 111-125, [consulté le 21/12/2021].URL : <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-4-page-111.htm>

⁹⁷⁰ *Ibid.*,

CONCLUSION GÉNÉRALE

La GPA : entre-le « *fait accompli* » et la réaffirmation de l'interdiction par la nouvelle loi bioéthique n°2021-1017

Entre la prohibition de la gestation pour autrui d'ordre public et l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation pour un souci d'équilibre avait admis progressivement la transcription totale sur les registres d'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'égard des deux parents d'intentions.

Le problème de la gestation pour autrui en France se pose lorsque les Français vont à l'étranger où ce processus est légal afin de recourir à une mère porteuse, et reviennent dans leur pays d'origine.

La loi interdisant la gestation pour autrui est alors contournée, les parents d'intention souhaitant la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français d'état civil.

Jusqu'en 2014, la jurisprudence interdisait aux français ayant recours à une mère porteuse de demander la transcription à l'état civil de la filiation de cet enfant, que le contrat se déroule sous l'empire du droit français ou d'un droit étranger, qu'il s'agisse du parent biologique ou du parent d'intention a fortiori.

Sous l'effet de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence.

L'arrêt *Mennesson & Labassée c/France*⁹⁷¹ du 26 juin 2014 rendu par la Cour européenne des Droits de l'homme a été un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Pour la Cour, Le refus de transcription de l'acte de naissance de ces enfants portait atteinte au droit de la vie privée impliquant que « *chacun puisse établir les détails de son identité* » ainsi qu'à l'intérêt

⁹⁷¹ CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J. HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

de l'enfant ; qu'en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne du lien de filiation à l'égard du père biologique, l'État français allait au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

La Cour de cassation⁹⁷² en 2015 sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme modifia alors sa jurisprudence en autorisant la transcription à l'état civil du père d'intention biologique dès lors que l'acte de naissance établi à l'étranger n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité de la conception réalisée.

A nouveau en 2017, la Cour de cassation⁹⁷³ avait admis le recours à l'adoption par le second parent d'intention par l'épouse⁹⁷⁴ ou l'époux⁹⁷⁵ du père biologique. Le recours à l'adoption justifiait l'absence de disproportion de l'atteinte au droit au respect de la vie privée.

Toujours dans le sens d'une évolution progressive de la transcription totale sur les registres d'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger, la Cour de cassation dans un arrêt⁹⁷⁶ d'assemblée plénière du 4 octobre 2019 relative à l'affaire « *Menesson* », pour donner suite à l'avis consultatif⁹⁷⁷ de la Cour européenne des droits de l'homme se prononça en faveur de la transcription de l'acte désignant à la fois le père biologique et la mère d'intention comme les parents juridiques de l'enfant.

En l'espèce, les circonstances liées à la durée de la procédure, au refus de la mère d'intention de demander l'adoption de ces deux enfants devenues majeures justifiaient cette transcription totale.

La solution d'arrêt de l'Assemblée plénière était relative aux faits particuliers de l'espèce.

Dans cette affaire relative à l'arrêt « *Menesson* », la Cour de cassation a considéré que « *s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des requérantes consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y'a lieu de mettre fin à cette atteinte* » a validé la transcription sur les registres de l'état Civil des actes de naissance des enfants nés à l'étranger.

La retranscription totale relève-t-elle alors d'une exception relative aux faits propres de l'espèce ?

⁹⁷² Cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n°14-21.323 et n°15-50.002.

⁹⁷³ Cass., Civ. 1ère, 5 juillet 2017, pourvois n°15-28.597 ; n°16-16.901 et n°16-50.025.

⁹⁷⁴ Cass., Civ. 1ère, 5 juillet 2017, pourvois n°15-28.597 ; n°16-16.901 et n°16-50.025.

⁹⁷⁵ Cass., Civ. 1ère, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16.455.

⁹⁷⁶ Cass., Ass. plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053.

⁹⁷⁷ CEDH, avis consultatif P16-2018-001, 10 avril 2019.

Dans ses deux arrêts⁹⁷⁸ du 18 décembre 2019, la Cour de cassation réitéra sa solution en ordonnant la transcription d'un acte de naissance désignant le parent biologique de l'enfant et une deuxième personne du même sexe comme son autre parent, dès lors que celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil, et sans caractériser la particularité de la situation du couple ni l'opportunité de l'adoption.

La Cour de cassation retenant alors que la transcription n'étant alors ni une action en reconnaissance ou en établissement de filiation.

L'arrêt du 18 novembre 2020⁹⁷⁹ marque le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

« Lorsqu'un enfant est issu d'une GPA réalisée régulièrement à l'étranger et que son acte de naissance a été dressé conformément aux règles du droit étranger considéré, la transcription complète de l'acte de naissance désignant les deux pères d'intention comme étant les parents juridiques de cet enfant peut être ordonnée ».

D'une exception, la Cour de cassation a-t-elle érigé la transcription totale des actes de naissance à l'égard des deux parents d'intention en principe générale ?

La transcription totale sur les registres de l'état civil d'un enfant né à l'étranger est possible dès lors que cet acte est probant au sens de l'article 47 du Code Civil, peu importe que l'enfant soit issu d'une GPA.

La nouvelle loi bioéthique, un frein à la transcription totale des actes de naissance d'un enfant né à l'étranger par GPA

La nouvelle loi bioéthique⁹⁸⁰ d'août 2021 vient mettre un frein à la transcription totale des actes d'état civil en exigeant que les faits déclarés doivent correspondre à la réalité des faits et non à la réalité juridique.

Ainsi, l'article 7 de la loi relative à la bioéthique d'août 2021 ajoute une phrase à l'article 47 du Code civil selon laquelle la reconnaissance de la filiation à l'étranger « *est appréciée au regard de la loi française* », en sorte que la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger est limitée au seul parent biologique. Désormais, l'acte de naissance d'un enfant né

⁹⁷⁸ Cass.1^{re} civ., 18 décembre 2019, n°18-11.815, n°18-12.327.

⁹⁷⁹ Cass., Civ.1^{re}, 18 novembre 2020, n°19-50.043

⁹⁸⁰ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

d'une GPA réalisée à l'étranger ne peut donc être transcrit que pour l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du parent biologique conformément à la loi française.

Le législateur condamne ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait admis la transcription totale de l'acte à l'égard des parents d'intentions. Désormais, le second parent d'intention doit avoir recours à l'adoption pour établir son lien de filiation.

La nouvelle loi bioéthique⁹⁸¹ tout en réaffirmant l'interdiction de la gestation pour autrui est venue mettre un frein à la jurisprudence de la Cour de cassation en réinterprétant l'article 47 du Code civil au sens de la réalité des faits en France et non de la réalité juridique étrangère.

La nouvelle rédaction de la loi bioéthique qui implique alors que les faits déclarés doivent être conforme à la réalité des faits implique alors que l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger ne peut désormais être transcrit qu'à l'égard du parent biologique dont la filiation est établie.

La transcription totale de l'acte à l'égard des parents d'intention au regard de la réalité juridique à l'étranger des éléments inscrits dans l'acte de naissance n'est plus possible. Le second parent d'intention pour établir son lien de filiation devra désormais avoir recours à une procédure d'adoption.

Une incohérence du mode filiation :

Alors que le recours à l'adoption pour la mère d'intention est consacré par la nouvelle loi bioéthique n° 2021-1017 bioéthique 2021, un nouveau mode de filiation⁹⁸² est mis en place pour les enfants nés par PMA de couples de femmes qui devront établir une reconnaissance conjointe de l'enfant avant sa naissance. Pour Anne-Marie Leroyer⁹⁸³, il y'a là un manque de cohérence entre le recours à l'adoption pour la mère d'intention, alors que la filiation de la femme qui n'a pas accouché dans le cas d'un couple de femmes ayant recours à la PMA avec tiers donneur peut s'établir par une reconnaissance conjointe. Pour cet auteur, l'adoption⁹⁸⁴ était peut-être justifiée par le partage entre une filiation biologique et une filiation fondée sur la volonté de la mère. Or la décision de la Cour européenne du 16 juillet 2020 est plus complexe puisque l'adoption est requise alors que la mère d'intention est la mère génétique. Le nouvel article 47 du

⁹⁸¹ *Ibid.*,

⁹⁸² Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁹⁸³ CEDH D.c/ France, n° 11288/18,16 juillet 2020 ; A.-M. LEROYER, RTD Civ.2020, p.865.

⁹⁸⁴ *Ibid.*,

Code civil devra être lue dans le sens de la réalité qui est celle de la réalité de l'accouchement selon la loi française.

En Israël : Une gestation pour autrui autorisée pour tous depuis un amendement de 2022

Une légalisation de la gestation pour autrui en Israël depuis 1996 :

La gestation pour autrui est autorisée dans ce pays depuis une loi de 1996 ; composée de 24 articles rédigés en hébreu avec des conditions assez strictes, un élargissement est intervenu en 2018 pour les femmes célibataires ainsi que les couples de femmes. Aujourd'hui la Cour suprême⁹⁸⁵ autorise ce processus aux hommes célibataires ainsi qu'aux couples d'hommes.

Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law

La loi sur les Accords de port des embryons (approbation de l'accord et statut du nouveau-né) 5756-1996⁹⁸⁶, loi intitulée *Embryo Carrying Agreement (Agreement Authorization and Status of the Newborn Child) Law*, régit l'accord entre les futurs parents et une mère porteuse, selon laquelle la mère porteuse accepte de concevoir par l'implantation d'un ovule fécondé par le sperme du père d'intention, de porter l'embryon pour les futurs parents, et de remettre le nouveau-né aux futurs parents après la naissance.

Seuls les couples hétérosexuels et mariés étaient concernés par cette loi de 1996 dont les conditions étaient strictes. Celle-ci était au départ destiné aux femmes en âge de procréer qui ne peuvent concevoir et mener une grossesse, ou dans le cas où une grossesse peut mettre gravement leur santé en danger. Le sperme utilisé pour la fécondation *in vitro* est celui du père désigné, l'ovule appartient à la mère désignée. Lorsqu'un don d'ovocytes est requis, il est interdit à la mère porteuse de donner ces ovocytes.

Selon cette loi, un enfant né par GPA doit naître d'un couple hétérosexuel, juif et israélien seulement. La loi en Israël est très restrictive et seule une juive peut être une femme porteuse pour un couple de juifs.

La possibilité d'avoir recours à la GPA n'est effective qu'après un délai de plusieurs mois. Un comité nommé par l'État est chargé de superviser chaque accord de GPA.

⁹⁸⁵ AFP, « Israël : la Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe »[en ligne],le Figaro, le 11 juillet 2021,disponible sur le site : <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/israel-la-cour-supreme-autorise-la-gpa-pour-les-couples-de-meme-sexe->.[consulté le 10/08/2021].

⁹⁸⁶ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

Les couples désireux d'avoir recours à la GPA doivent donc passer devant une commission médicale étatique qui s'assure de la réalité de la stérilité et de l'impossibilité de procréer naturellement.

Une deuxième commission cette fois psychologique doit garantir l'état d'esprit du couple et celui de la mère porteuse dont la santé doit être irréprochable.

La mère porteuse doit être officiellement divorcée, civilement ou religieusement ou veuve et doit avoir au moins un enfant. Elle doit être juive selon la loi religieuse. Depuis 2014, les femmes mariées peuvent désormais être mères porteuses.

Un contrat⁹⁸⁷ est alors établi devant les tribunaux garantissant l'impossibilité pour la mère porteuse de se rétracter et sa déchéance du droit sur le bébé qui naîtra.

Les parents d'intention ne peuvent refuser la naissance pour non-conformité du bébé. Les gamètes doivent provenir de l'un des parents d'intention, le bébé naîtra donc avec les gamètes de l'un des vrais parents.

La mère d'intention suivra de près l'évolution de grossesse pendant les neuf mois de gestation et au moment de l'accouchement elle accueillera la première le bébé sur son corps. Le premier contact du nouveau-né se fera ainsi avec la mère d'intention.

L'État officialise la naissance par un acte officiel délivré par les tribunaux où la mère porteuse n'a aucune existence légale. Les parents d'intention sont ainsi reconnus par toutes les instances religieuses du pays.

Le recours à la GPA est coûteux, entre 40 000 et 50 000 euros répartis entre les frais médicaux et la mère porteuse ainsi seuls quelques privilèges y ont donc accès. Cette somme est bloquée sous séquestre entre les mains d'un avocat assermenté qui assure à la mère porteuse un revenu pendant la grossesse et au couple stérile la garantie de bonne fin de l'opération.

2. Une Gestation pour Autrui autorisée pour tous depuis l'amendement de la loi du 11 janvier 2022

Malgré les manifestations de milliers d'israéliens revendiquant le droit à la Gestation pour Autrui pour les couples homosexuels, l'amendement de la loi 2018 a admis cette technique de procréation pour les femmes célibataires mais a exclu les couples homosexuels.

L'Amendement n°2 de la loi sur les Accords de port d'embryons 5778-2018⁹⁸⁸ est entrée en vigueur, le 27 octobre 2018.

⁹⁸⁷ SCIALOM(Rémy), *Anthologie de droit bébraïque II -Mariage et Sexualité*, La mémoire du droit,2020, p.140.

⁹⁸⁸V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

Les points principaux de l'amendement concernent essentiellement la mère célibataire sans conjoint qui peut demander une procédure de gestation pour autrui, à condition que ses ovocytes soient utilisés ce qui souligne ainsi l'importance de la connexion génétique avec le bébé né.

Cette procédure de gestation pour autrui inclut jusqu'à six tentatives de fécondation et une mère porteuse peut entamer une procédure de gestation pour autrui si elle n'a pas eu plus de quatre naissances ; trois procédures de gestation sont possibles, mais pas plus de deux naissances.

Le 11 juillet 2021, La Cour suprême a énoncé que les couples homosexuels seraient prochainement autorisés à recourir à des mères porteuses en Israël pour avoir des enfants.

« *Nous ne pouvons pas accepter le préjudice persistant et contraire aux droits humains que constitue le dispositif existant sur la GPA* », a énoncé la Cour⁹⁸⁹, précisant que les restrictions pour les couples de même sexe et les hommes célibataires devaient être levées dans les six mois.

Pour faire suite à l'arrêt BAGATZ de la Cour suprême⁹⁹⁰, la loi sur les accords pour le portage de fœtus⁹⁹¹ (accord et statut du nouveau-né) de 1996 a été à nouveau modifiée, autorisant ainsi l'accès à la GPA aux hommes célibataires ainsi qu'aux couples d'hommes.

« *C'est un moment déterminant et historique dans la tendance actuelle à l'égalité de traitement des individus de toute religion, race ou sexe* », estime le ministère de la Santé.

La GPA légale est appliquée uniquement aux conventions réalisées sur le sol national entre des résidents israéliens, les parents intentionnels et la gestatrice.

En Israël, seule la gestation pour autrui gestationnelle est autorisée, la gestation pour autrui traditionnelle, où la mère porteuse est aussi la mère génétique est formellement interdite.

Bien que récemment autorisée pour tous, les conditions de la gestation pour autrui en Israël restent cependant assez restrictives. Les Guidelines⁹⁹² de la commission établissent d'autres restrictions tel que l'âge des mères intentionnels qui ne doit pas dépasser 53 ans lors du dépôt de

⁹⁸⁹ AFP, « Israël : la Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe » [en ligne], le Figaro, le 11 juillet 2021, disponible sur le site : <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/israel-la-cour-supreme-autorise-la-gpa-pour-les-couples-de-meme-sexe->, [consulté le 10/08/2021].

⁹⁹⁰ HCJ 781/15, July 11, 2022

⁹⁹¹ Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022, disponible sur le site: www.gov.il/en/Departments/news/04012021-01

⁹⁹² Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur l'Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

la demande ainsi que le nombre d'enfants déjà eues. Concernant la gestatrice, elle ne doit pas être mariée et doit avoir déjà des enfants, bien que depuis 2014, les femmes mariées peuvent désormais être mères porteuses. Ses ovocytes ne peuvent être en aucun cas être utilisés et elle doit être de la même religion que les parents d'intention et ne pas avoir de liens familiaux avec ces parents. Ces conditions restrictives limitent ainsi le nombre de gestatrices. Le faible nombre de femmes porteuses israéliennes associé à un processus restrictif, long, d'un coût élevé motive les Israéliens à se tourner vers l'étranger. De même les couples homosexuels qui n'étaient pas autorisés à avoir recours à ce mode procréation se tournaient aussi vers l'étranger.

L'amendement de loi en 2022 lève ainsi l'ultime interdiction de ce processus aux couples d'hommes qui ne sont alors plus contraints de se tourner vers l'étranger pour assouvir leur désir d'enfant.

Israël : le recours de la GPA à l'étranger

Lorsque des couples juifs vont à l'étranger pour faire une GPA, si la femme porteuse n'est pas juive alors l'enfant revenu en Israël devra se convertir au judaïsme pour être juif et ceci même si la donneuse d'ovocyte est juive.

La loi civile a été promulguée avec l'imprimatur du Grand rabbinat nécessaire pour qualifier de juif le nouveau-né, bien que la religion estime que le judaïsme ne se transmet que par la mère.

Des Guidelines administratives concernant le recours à la GPA à l'étranger ont été formulées par le ministère des Affaires étrangères, le ministère de la Justice, le ministère de la Santé et le ministère des Affaires sociales. Elles s'appliquent en principe à tous les pays étrangers dans lesquels la GPA est réalisée et en particulier à ceux d'Asie et d'Europe de l'Est.

Selon ces guidelines, tout enfant né par GPA à l'étranger doit être soumis à un test ADN pour s'assurer de son lien génétique avec les parents d'intention. Ce test est exigé à l'étranger ou l'enfant y réside encore. Un échantillon d'ADN est prélevé au consulat israélien dans le pays où la GPA a eu lieu et ensuite envoyé à l'unique laboratoire agréé en Israël. Le lien génétique établie, l'enfant est alors considéré comme citoyen israélien auquel on attribue un passeport israélien.

La mère porteuse doit corrélativement donner un « *affidavit* » signé par elle au consulat, déclarant qu'elle n'est pas la mère de l'enfant, renonçant à toute relation juridique avec lui et autorisant son départ en Israël. Les autorités israéliennes vérifient l'identité de la mère porteuse par deux pièces d'identité, pour s'assurer que le consentement n'est pas forcé ou alors qu'il n'y a pas eu

enlèvement d'enfant. Une fois toutes ces formalités⁹⁹³, l'enfant peut quitter le pays de naissance et rentrer en Israël avec ses parents d'intention.

Si l'enfant a un parent intentionnel avec lequel il n'a pas de lien génétique, le lien de filiation doit être établi par un « Parental Order⁹⁹⁴ » devant le tribunal aux affaires familiales israéliens.

Le recours à la GPA à l'étranger est autorisé pour les couples dont les gamètes appartiennent au moins à un des membres du couple. La condition est que la loi du pays dans lequel la GPA est pratiquée n'interdit pas ce processus et les autorités israéliennes ne contrôlent pas le contenu de la convention selon le droit local ni selon des principes généraux du droit international ou israélien.

Le ministère israélien des affaires étrangères avertit à cet effet tous les ressortissants de son pays afin de les dissuader à recourir à cette pratique dans les pays qui l'interdisent. L'intervention du tribunal est souvent requise une fois l'enfant entré en Israël. Le tribunal devra octroyer la nationalité israélienne à l'enfant et confirmer le lien de parenté avec les parents intentionnels.

Le transfert de la parenté légale par ordonnance parentale dans le cas d'une GPA en Israël

La loi « *embryo carrying agreement* » stipule (article 11) que dans les sept jours de la naissance de l'enfant, les parents intentionnels doivent présenter une demande d'ordonnance parentale ou les parents d'intention sont désignés comme parents et tuteurs exclusifs de l'enfant (article 12). Si la mère porteuse se rétracte (article 13) et demande la garde de l'enfant, le tribunal n'accordera pas cette demande sauf si après décision de l'assistant social il y a eu un changement de circonstances et que cela ne nuise pas au bien-être de l'enfant. Dès que le tribunal donne l'ordre de parenté aux parents désignés, la rétractation de la mère porteuse n'est plus recevable.

En cas de garde accordé à la mère porteuse, le tribunal statue sur la mère porteuse comme étant la tutrice de l'enfant et décide dans cette ordonnance du statut de l'enfant dans ces relations avec les parents désignés ou l'un d'entre eux.

⁹⁹³ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.34-35. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁹⁹⁴ *Ibid.*,

L'ordonnance pour la détermination du statut de l'enfant (article 14) dispose que si le tribunal n'a pas donné d'ordonnance parentale en vertu de l'alinéa 11b) et que la mère porteuse a demandé qu'on lui accorde la tutelle de l'enfant, le tribunal statuera s'il y'a eu un changement de circonstances (article 13c) et sans que cela nuise au bien-être de l'enfant selon l'assistant social.

Si le tribunal n'a pas donné d'ordonnance parentale conformément à l'article 11b et que la mère porteuse n'a pas demandé la tutelle sur l'enfant, ou que le tribunal a décidé selon l'article a que cela est contraire au bien-être de l'enfant, toute autre ordonnance parentale pourra être prise pour le meilleur intérêt de l'enfant.

L'absence de statut juridique des parents d'intention et de l'enfant lié à l'absence de liens génétiques lors du recours à la GPA à l'étranger par des Israéliens

Dans une affaire du 28 janvier 2014⁹⁹⁵ qui concernait un couple d'hommes ayant eu recours à la GPA aux États-Unis et qui avait obtenu un acte de naissance et un jugement établissant la parenté des deux hommes, les juges de la Cour suprême ont estimé que l'absence d'un test génétique prouvant le lien de parenté entre l'enfant et l'un d'entre eux empêchait l'enregistrement de ces deux hommes comme parents légaux en Israël. La convention de GPA avec un double don de gamètes n'est pas admise par les tribunaux israéliens.

En 2016, un couple homosexuel israélien⁹⁹⁶ ayant eu recours à une mère porteuse au Népal apprend que l'enfant n'est pas génétiquement le leur. Les tests génétiques prouvant qu'il n'y avait aucun lien avec ce couple, l'enfant a dû être rendu à la mère porteuse après les résultats des test génétiques nécessaire à l'officialisation du statut de l'enfant.

⁹⁹⁵ Hermitte, M. A., Parizer, K., Mathieu, S., & Bergé, J. S., *Rapport sur Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël)* [en ligne], Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, 15 juin 2017, p.75. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592805>

⁹⁹⁶ TAHIR(Hicham), « Israël : Un couple gay rend son bébé né sous GPA, après avoir su qu'il n'était pas d'eux », [en ligne], Têtu, le 13 janvier 2016, disponible sur le site : <https://tetu.com/2016/01/13/israel-couple-gay-rend-bebe-ne-gpa-apres-su-quil-netait-deux/>

En France :

L'indifférence de la génétique pour la transcription de l'acte de naissance de l'enfant concernant la mère d'intention

Avec la nouvelle loi bioéthique, la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger par GPA concernant la maternité légale n'est plus possible, seul l'adoption est permise sans distinguer si la mère d'intention est la mère génétique ou non de l'enfant.

Le registre des mères porteuses : Le droit d'accès aux origines personnelles des enfants

Les enfants nés par GPA en Israël

Une fois l'ordonnance parentale statué en vertu des article 11,13 et 14

En vertu de l'article 16, lorsque le tribunal a statué selon l'article 11,13 ou 14 relatives à l'ordonnance parentale, cette ordonnance sera inscrite dans un acte notarié par un notaire nommé par le ministre de la Justice.

Sous le contrôle du ministre de la Justice, l'accord sur les mères porteuses est établi dans un registre dans lequel toutes les ordonnances de filiation sont entrées. Ces règlements concernant le registre des mères porteuses est similaire à ceux du registre des adoptions et permet ainsi à l'enfant de la mère porteuse de connaître ses origines.

L'absence de registre pour les enfants nés par GPA à l'étranger

Les autorités israéliennes ne contrôlent pas le contenu de la convention selon le droit local ni selon des principes généraux du droit international ou israélien.

En France, la nouvelle loi bioéthique instaurant un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA

En France, lorsque la gestation pour autrui est réalisée à l'étranger l'identité de la donneuse d'ovocyte ou de la gestatrice n'est pas toujours connue et le droit pour l'enfant d'avoir accès à ces origines personnelles est alors fragilisée.

La nouvelle loi bioéthique⁹⁹⁷ n° 2021-1017 bioéthique a instauré un nouveau droit d'accès aux origines des enfants nés d'une PMA. A leur majorité, ces enfants pourront accéder à des données non identifiantes du donneur tel que l'âge, les caractères physiques. Avant de procéder au don, le consentement du donneur à la communication de ces données devra être requis. Ce nouveau droit participerait d'une meilleure protection de l'enfant et de son droit d'accéder à ces origines personnelles.

La PMA et La GPA post-mortem autorisée en Israël

En Israël, la reproduction post-mortem est autorisée, le mari posthume pourra alors transmettre son patrimoine génétique et avoir des enfants. Ceci est par ailleurs considéré comme une pratique courante dans la communauté juive. Récemment le tribunal est allé⁹⁹⁸ encore plus loin en acceptant la reproduction post-mortem chez les parents du défunt, malgré l'opposition de la veuve.

La PMA post mortem toujours interdite en France

La légalisation de la PMA *post-mortem*⁹⁹⁹ avec les gamètes d'un conjoint décédé pour les veuves a été rejeté.

En France, malgré le frein à la transcription totale des actes de naissance par la nouvelle loi bioéthique¹⁰⁰⁰ l'élargissement de la PMA à toutes les femmes par la nouvelle loi bioéthique nous interroge sur l'inévitable prochaine étape que serait la légalisation de la GPA revendiquée par les couples homosexuels au nom du « principe *d'égalité* ».

Après la PMA pour tous, la GPA pour tous ?

Entre une jurisprudence qui consacre « *un fait accompli* » pour les enfants né par GPA à l'étranger et la nouvelle loi bioéthique qui légalise la PMA pour tous, il est fort probable que la légalisation de ce processus sera consacrée dans un avenir proche.

⁹⁹⁷ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

⁹⁹⁸ YEFET, CARMIT (Karin), « Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel », *Harvard Journal of law and Gender*, Vol.39, n°.1, 2016, p.266.

⁹⁹⁹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, disponible sur le site : www.vie-publique.fr/loi/268659-loi-2-aout-2021-bioethique-pma

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*,

Face à cette réalité, il faudrait alors se pencher sur les conditions de la légalisation de ce processus qui nécessiterait un encadrement strict, une gestation pour autrui « *stricto sensu* » où la mère porteuse ne serait en aucun cas la mère génétique¹⁰⁰¹ à l'image de l'exemple israélien, avec un contrôle des conditions psychologiques et physiques de la mère porteuse ainsi que de la mère d'intention.

L'exemple israélien a démontré aussi l'importance de la relation entre la mère d'intention et la mère porteuse et a révélé que la proximité entre ces deux femmes était un élément déterminant pour leur équilibre, une relation présente avant la naissance mais qui nécessite un prolongement une fois l'enfant né.

Mais avant tout, la complexité de la GPA nous ramène à repenser le lexique de ce processus. Avant d'envisager le débat sur un sujet si complexe que représente la Gestation pour autrui, il faut en premier abord revoir le lexique employé. Comme le souligne Daniel¹⁰⁰² Borillo, « *les mots peuvent refermer immédiatement le débat qu'il s'agirait d'ouvrir* ». La désignation des acteurs de la gestation pour autrui est souvent inappropriée.

Les parents d'intention peuvent être nommés les « *auteurs du projet parental*¹⁰⁰³ » puisqu'il y'a bien un projet de devenir parent, ils ne sont pas d'emblée des parents. Aussi qualifier de mère la femme qui a accouché de l'enfant mais n'a établi aucun lien juridique à son égard consiste à poser la réponse dans la question. Pour cet auteur, la porteuse n'est pas nécessairement une « *mère* », si l'on veut se questionner sur son « *statut* ». C'est par ailleurs ce qui est le cas en Israël où la femme porteuse est nommée « *pundekait*¹⁰⁰⁴ » qui signifie « *hôtesse d'accueil* ».

L'article 16-7 du Code civil ne fait pas la distinction entre la procréation et la gestation. La terminologie se doit d'être clarifiée l'implication n'étant pas la même lorsque la femme porteuse est aussi la femme qui fournit son matériel génétique et dans ce cas on ne peut s'empêcher de considérer cette femme comme la véritable mère, et celle où elle porte l'enfant avec un ovule qui appartient à la mère d'intention, la mère génétique de l'enfant. Enfin dans une troisième

¹⁰⁰¹ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel: Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021]. disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

¹⁰⁰² BORRILLO (Daniel), PERROUD(Thomas), *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021, p.206.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p.207-208.

¹⁰⁰⁴ CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), *Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action*, Presse de L'université du Québec,2018, p.193.

configuration, l'ovule n'appartient ni à la femme qui porte l'enfant ni à la femme qui porte en elle ce projet parental.

L'exemple israélien illustre bien cette différence puisque la gestation pour autrui « *stricto sensu* » implique que la femme porteuse¹⁰⁰⁵ n'est en aucun cas la mère génétique de l'enfant.

La Gestation pour autrui est sociétale et la solution viendra peut-être de la Conférence de la Haye de droit international privé, qui dans le cadre de ses travaux sur le projet « *Filiation, Maternité de substitution* » pourrait proposer des solutions pour une approche plus cohérente de ce tourisme procréatif, par l'élaboration d'un « protocole¹⁰⁰⁶ consacré à la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation rendues à la suite de conventions de maternité de substitution à caractère international.

Une autre alternative à la GPA pourrait être alors la greffe d'utérus possible aujourd'hui ou l'utérus artificiel.

L'alternative à la GPA

La concrétisation du désir d'être parent : La Greffe d'utérus

La naissance du premier bébé le 12 février pour donner suite à la première greffe d'utérus en France a fait l'objet d'un communiqué de presse le 17 février 2021.

L'équipe du Professeur Jean-Marc-Ayoubi, chef de service de gynécologie -obstétrique et médecine de la reproduction de l'hôpital Foch et professeur à la Faculté de médecine Simone Veil a réalisé la première naissance française à la suite d'une greffe d'utérus¹⁰⁰⁷. La mère de 36 ans avait bénéficié en 2019 de la première greffe d'utérus française réalisée par la même équipe. Cette greffe avait été réalisée avec l'utérus d'une donneuse vivante, la mère de la patiente.

C'est une première en France et le résultat de plus de douze années de recherche en France et de collaboration avec l'équipe du Professeur Mats-Brånström, professeur de gynécologie-obstétrique.

C'est un espoir incommensurable pour de nombreuses femmes présentant une infertilité utérine.

¹⁰⁰⁵ V. site de Ministry of Health, state of Israel, «Surrogacy in Israel : Fetus carriage agreement law», [consulté le 21/12/2021].disponible sur: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

¹⁰⁰⁶ <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-transcription>

¹⁰⁰⁷ Communiqué de presse, « Première Greffe d'utérus en France », le 17 février 2021, Hôpital Foch, disponible sur le site : » <https://medias.hopital-foch.com/wp-content/uploads/2021/02/communiquede-presse-de-la-naissance.pdf>, [consulté le 20/03/21].

Les domaines de la transplantation et de la reproduction ont fait l'objet d'avancées scientifiques importantes.

Une autre alternative : l'utérus artificiel

Dés 2005, Henri Atlan¹⁰⁰⁸ considérait que les avancées biotechnologiques laissent à penser que l'utérus artificiel existerait dans un avenir prochain. L'ectogenèse¹⁰⁰⁹ servirait à « *sauver les embryons d'avortements spontanés* » et par la suite permettre aux femmes sans utérus de procréer.

On ne peut alors s'empêcher de penser que si cela est le cas de nombreuses femmes y auraient recours pour convenance.

« Comme pour la contraception et l'avortement, l'ectogenèse s'inscrira alors dans le droit des femmes à disposer de leur corps. Et la gestation extracorporelle de devenir la norme. »

Pour cet auteur, la maternité dans ce cas se rapprocherait alors de la paternité, « *l'ectogenèse pourrait être au service du pire comme du meilleur* »¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ ATLAN (Henri), « L'utérus artificiel », Seuil, 2005, p.224.

¹⁰⁰⁹ DESCAMPS(Philippe)., « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse », en ligne, *Raisons politiques*, 2007, vol. 28, no. 4, pp. 111-125, consulté le 26/12/2021. URL: <https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-4-page-111.htm>

¹⁰¹⁰ *Ibid.*,

BIBLIOGRAPHIE

France

Lois

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Août 1789.

Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* 30 juillet 1994.

Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* 30 juillet 1994.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JO* 7 août 2004.

Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, *JO* 3 août 2021.

Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe,
JO n°0114 du 18 mai 2013.

Projets de loi

Assemblée nationale, n°2187, projet de loi relatif à la bioéthique (renvoyé à une commission spéciale), 24 juillet 2019 ; *AJ Fam.* 2019, p.433, note A. DIONISI- PEYRUSSE.

Constitutions

Constitution du 27 octobre 1946, Préambule.

Circulaires

Circulaire du 30 juin 2006 relative à la réforme de la filiation, publiée au *BO* n°103, présentant l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la filiation n°2005-759 entrée en vigueur le 1er juillet 2006, *JO* 6 juillet 2005.

Circulaire de la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, CIV/02/13, Délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, 25 janvier 2013; *AJ. Fam.* 2013.74, note de V. AVENA-ROBARDET ; *Rev. crit. DIP.*2013.275; *Dr. Fam.* n°3, mars

2013, comm. 42, C. NEIRINCK; J.C.P. G. n°7, 11 février 2013, 162, note de N. MATHEY; J.C.P. G. n°7, 11 février 2013, 161, note de J.-R. BINET.

Rapports Officiels

Académie nationale de médecine, *La gestation pour autrui*, rapport 09-05, 10 mars 2009.

Assemblée nationale, *Rapport d'information n°2235 au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 20 janvier 2010.

Assemblée nationale, *Rapport n°2405 du député Jean LEONETTI, Proposition de loi visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui*, 26 novembre 2014.

Assemblée nationale, *Rapport n°1572 du député Jean-Louis TOURAINE, Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, 15 janvier 2019 ; Dr. Fam. n°3, mars 2019, comm.71, note J.-R. BINET.

Comité consultatif national d'éthique, rapport de synthèse, *Opinions du comité citoyen - Quel monde / Quelle éthique voulons-nous aujourd'hui/pour demain ?* juin 2018 ; AJ. Fam. 2018, p.371, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

Comité consultatif national d'éthique, *Avis 110 : Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui*, 1er avril 2010.

Comité consultatif national d'éthique, *Avis 126 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, 15 juin 2017 ; Dr. Fam. n°9, Septembre 2017, note 196, J.-R. BINET.

Comité consultatif national d'éthique, *Avis 129 : Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*, 18 septembre 2018 ; D. Actualité, 26 septembre 2018, note T. COUSTET.

Ouvrages généraux :

CARBONNIER Jean, Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, le couple, PUF, Paris, 2004

CARBONNIER Jean, Sociologie juridique, PUF, 1978,

CORNU (Gérard), *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2005.

FENOUILLET (Dominique), *Droit de la famille*, Accessible & complet le cours, Dalloz, 4^{ème} éd ; 2019.

FENOUILLET (Dominique), « Rapport de Synthèse », in BRUNETTI-PONS (Clotilde), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?* Mare & Martin, 2018, p.219

FENOUILLET (Dominique), *L'argument sociologique en droit, pluriel et singularité*, thèmes, commentaires & actes, Dalloz, 2015.

TERRÉ (François), « L'enfant de l'esclave, Génétique et droit », Flammarion, 1987.

Ouvrages spéciaux

AGACINSKI (Sylviane), « *Corps en miettes* », Flammarion, 2013.

ATLAN (Henri), « L'utérus artificiel », Éd. du Seuil, 2005.

BOILLET (Véronique), ROCA (Marta), DE LUZE (Escoda) et (Estelle), *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Anthémis, 2018.

BORRILLO (Daniel), PERROUD (Thomas), « Penser la GPA », L'Harmattan, 2021, 241p.

BOTBOL (Elie), « Le Judaïsme face aux biotechnologies médicales », L'Arche du livre, 1998.

BRUNETTI-PONS (Clotilde), « PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ? », Mare & Martin, 2018.

CÔTÉ(Isabel), LAVOIE (Kévin), COURDURIÉS(Jérôme), « Perspectives internationales sur la gestation pour autrui-Expériences des personnes concernées et contexte d'action », Presse de L'université du Québec,2018.

COTTIER(Michelle), « Représentations juridiques de la mère porteuse et modèles de régulation de la gestation pour autrui » in BOILLET (Véronique), ROCCA (Marta), De LUZE (Escoda) « La gestation pour autrui, approches juridiques internationales », Anthémis,2018, P.15.

DAVID (Georges), HENRION (Roger), JOUANNET(Pierre), BERGOIGNAN-ESPER(Claudine), Académie nationale de médecine « La gestation pour autrui », Lavoisier,2011.
DOUCHY-OUDOT(Mélina), « L'application de L'adage *Mater Semper Certa Est* dans et hors du mariage »in *Mater Semper Certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société »,n°18,dir.K.Fiorentino et A.Fiorentino

FABRE-MAGNAN(Muriel), « *La gestation pour autrui. Fictions et réalité* », Fayard,2013.

FEUILLET-LIGER(Brigitte), « La non-patrimonialité du corps humain : un principe sans l'être », in Feillet-Liger, B. et Oktay-Ozdemir, S. (dir.), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°17, éd. Bruylant, 2017, p. 385-386.

FLIS-TRÉVES(Muriel), « Maternité-Attitude » in FRYDMAN(René), FLIS-TRÉVES (Muriel), *Rêves de Femmes*, Odile Jacob, 2005, p.8.

FOGIEL (Marc-Olivier), « *Qu'est- ce qu'elle a ma Famille ?* », Grasset, 2018.

FRISON-ROCHE(Marie-Anne), « GPA : Dire Oui ou Dire Non », Dalloz,2018.

FRISON-ROCHE(Marie), « La GPA, ou comment rendre juridiquement disponible les corps des êtres humains par l'élimination de la question », in Feillet-Liger, B. et Oktay-Ozdemir, S. (dir.), *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international*, coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°17, éd. Bruylant, 2017, p. 365-366.

FRYDMAN(René), FLIS-TRÉVES(Muriel), « Rêves de femmes », in KNIBIEHLER, Odile Jacob,2005.

FULCHIRON(Hugues), « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in *Mariage- conjugalité. Parenté-parentalité*, sous la dir. de H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 274.

FULCHIRON(Hugues), SOSSON(Jehanne), « Parenté, filiation, origines. Le droit à l'engendrement à plusieurs. », Bruylant,2013,365p.

LE BRETON (David), « Patrimonialité du corps : approche anthropologique »in *Le principe de non-patrimonialité du corps humain*, Bruylant, 2017, p.351-363.

LEGROS(Bérangère), *De la procréation médicalement assistée élargie à la procréation améliorée, Vers l'ébranlement de certains interdits ?* Actes et Séminaires, EH, 2018, p.75.

MALLAVAL(Catherine), NOCENT(Mathieu), « Mais Qui est la Mère », Aréne,2017.

MECARY(Caroline), « PMA ET GPA », Que sais-je ? 2019.

METRAL(Lorène), « Le Droit à la préservation de l'identité des enfants nés de gestation pour autrui », *Connaissances et savoirs*, 2016, p.21.

MIRCOVIK (Aude), « Quel respect pour les droits de l'enfant », Téqui, 2016.

MIRKOVIC (Aude), « La controverse juridique », Téqui, 2014.

MIRKOVIC (Aude), « La Maternité à l'épreuve de la PMA et GPA »in *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, dir.K.FiorentinoA .Fiorentino,Bruylant,2018,p.227.

MURAT(Pierre), « Individualisme, Libéralisme, Légistique » in *Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité*, dir. H. FULCHIRON, Thèmes et commentaires, Dalloz,2009, p.

NEIRINCK(Claire), « Maternité et Identité » »in *Mater semper certa est ?* coll. « Droit, Bioéthique et Société », n°18, dir.K.Fiorentino et A.Fiorentino,Bruylant,2018,p.176.

PUIGELIER(Catherine), ALLAIS (Maurice), « Épicène : Le Droit de la recherche en reproduction humaine », Jument&Martin,2021,314p.

THERY(Raphaëlle), « Gestation pour Autrui : Peut-on parler de droit à l'enfant », in BORRILLO(Daniel), PERROUD(Thomas), *Penser la GPA*, L'Harmattan, 2021, p.223

Thèses

ARNAUDIN(Cécile), *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*, Thèse dactyl., Bordeaux, 1999, spéc. n° 359, p.327.

DOS-REIS (Edihno), *Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse dactyl, Université Grenoble Alpes ,2016.

GOUGUET (Maia)., *L'encadrement juridique de la libre disposition de soi*, thèse de doctorat en Droit, Université de Limoges,2019.

LEVENEUR(Laurent), *Situations de fait et droit privé*, 1990, LGDJ

MIQUEL (Juliette), *La maternité pour autrui en droit comparé français et anglais*, Thèse dactyl, Paris2,2019.

MONTILLET (Laure de Saint Pern), *La notion de filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*, thèse dactyl, Paris2,2013

Articles français :

AFP, « Adoption à l'Assemblée nationale de la PMA pour toutes : Le texte en lui-même est vraiment honteux » estime Ludovine de de La Rochère, France Info.

ATLAN(Gabrielle)., « Le statut juridique de l'enfant dans la Loi juive. Journée d'études Liberté religieuse de l'enfant : *Égalité ou différence de traitement ? La question particulière des discriminations au regard de la liberté religieuse de l'enfant* », Maison Interuniversitaire », *Société, droit et religion*, 2013, vol. 3, n° 1, pp. 195-208.

AUGUSTINE(Passilly), « Le Comité protestant évangélique pour la dignité humaine dénonce la GPA », *Réforme*, le 21 juillet 2019

BARBIER(Laura), « L'assistance médicale à la procréation (l'AMP), un enjeu de société entre droit et religion » in Mouannès (Hiam), *La territorialité de la laïcité*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018.

BORILLO(Daniel), « La GPA, une liberté fondamentale », *Libération*, le 22 décembre 2016.

BORILLO(Daniel), « Libre disposition de soi », 2015, p20.

BRUNET, Laurence., « La globalisation internationale de la gestation pour autrui », *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n°2, pp. 199-205.

BRUNETTII-PONS, Clotilde., « Le « tourisme procréatif, porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2016, vol. 2, n° 2, pp. 249-264.

Conférence des évêques de France, « Gestation pour Autrui », *Église catholique en France*, le 16 février 2028.

COURTE, Liane, « Marlène Schiappa sur la PMA pour toutes les femmes : Il faut mettre fin à la discrimination », le 19/01/2018, *Journal du Dimanche*.

DE PARSEVAL, Delaisi et COLLARD, Chantal, « La gestation pour autrui. *Comment être parents ?* », *L'Homme*, 2007, vol. 183, p. 36.

DESCAMPS (Philippe), « L'inflation bioéthique dans la perspective de l'ectogenèse », *Raisons politiques*, 2007, vol. 28, n° 4, pp. 111-125.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « La GPA ou comment rendre juridiquement disponibles les corps des êtres humains par l'élimination de la question » in « La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité. Panorama international », Coll. Droit, Bioéthique et Société, Vol. 17, sous la dir. de B. FEUILLET-LIGER et S. OKTAY-OZDEMIR, p.379, Éd. Brulant, 2017.

GROSS, Martine, BRUNET, Laurence, et GIROUX, Michelle., « Les juges français et la gestation pour autrui », 2018.

HAUSER (Jean), « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD Civ.* 2008, p.93.

HAUSER(Jean), *L'identification de l'enfant aux mains de la mère : une expropriation d'enfant d'utilité privée*, *RTDciv.* 2003, p.488.

HOUSIER(Jérôme), *AJ.Fam.*2019, p.592.

KESSLER(Guillaume), « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.* 2019. P.519.

KESSLER(Guillaume), Un nouveau mode d'établissement de la filiation : La consolidation de la parenté de fait, *AJ.Fam.*2019, p.592.

L.GAREIL-SUTTER, « GPA et adoption de l'enfant du conjoint : La Cour de cassation enfonce le clou », *Dalloz Actualité*, 12 novembre 2020,

LA REDACTION, « PMA : exclure les couples de femmes n'est pas discriminatoire, selon le Conseil d'État », *Linfo.re*, le 3 octobre 2018.

LECLAIR(Agnès), « PMA pour toutes : le feu vert du comité d'éthique », [en ligne], *Le Figaro*, le 25/09/2018.

LEON (Marie), « Un enfant si je veux, quand je veux : Mythes et réalités de la contraception et de l'I.V.G. », *Gestalt*, 2013, vol. 43, n°. 1, pp. 104-118.

LEVADE(Anne), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, vol. 111, no. 4, pp. 55-71,

MALAURIE (Philippe)., « Le droit et l'exigence de dignité », *Études*, 2003, vol. 398, n°.5, pp. 619-628.

MESSINEO (Jimmy), « L'élaboration d'un traitement international des GPA transfrontalières, *Revue de droit international d'Assas* », 2018.

MOOR(Pierre), « Chapitre IV. Intérêts publics et intérêts privés », *Pour une théorie micro politique du droit* » [en ligne], Presses Universitaires de France, 2005, pp. 83-115.

OUEDRAOGO, Richard « Saisir les enjeux de la maternité de substitution sous le prisme de la théorie générale du contrat : quelles perspectives en France et au Québec ? », *Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire*, 2017, n° 73, p. 91-109.

PACCARD Pauline, « Pr René Frydman : « La PMA pour toutes, cela correspond à l'évolution de notre société », le 11/04/2018, France 24.

ROMAN, Diane., « La gestation pour autrui, un débat féministe ? », *Travail, genre et sociétés*, 2012, vol. 28, n°2, pp. 191-197.

RONTEIX (Marthe), « Extension de l'accès à la PMA : trois choses à savoir sur la pénurie des gamètes », *Europe1*, le 26 septembre 2018.

SAGESSER(Caroline), « Les droits de l'homme », *Dossiers du CRISP*, 2009, vol. 73, no. 2, pp. 9-96,

SCOTTO, Romain « Juridiquement, la PMA pour toutes n'entraînera pas la GPA », le 5/10/2018, *l'Express*.

T. COUSTET, « PMA (couples de femmes) : Le Conseil d'État saisi d'une QPC », *Dalloz Actualités*, 6 juillet 2018.

TAHIR(Hicham), « Israël : Un couple gay rend son bébé né sous GPA, après avoir su qu'il n'était pas d'eux », *Têtu*, le 13 janvier 2016.

THÉRY(Raphael), « véritable père et paternité vraie », *D.1979*, I, p.2927, n°8.

WOLF(Jean-Philippe), « Pourquoi vitrifier des ovocytes ? », Le Figaro Santé, le 12 décembre 2012.

ZONZAIN(Pascale), « Les droits des LGBT en Israël » [en ligne], *Pardès*, 2019, vol. 64-65, n°. 1-2, pp. 389-392.

Interview :

Interview de Irène Théry accordé au journal Le Monde le 28 juin 2017 : « La PMA n'a jamais été uniquement thérapeutique. »

Communiqué de presse, « Première Greffe d'utérus en France », le 17 février 2021, Hôpital Foch.

Conversation, « Dans le ventre de sa mère, le fœtus associe sons et émotions », le 17 mai 2017.

Jurisprudence

Décision du Conseil Constitutionnel

Cons.constit., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC ; D. 1995, p.237.

Cons.constit.,16 juillet 1971, n°71-44 DC.

Cons.constit.,27 décembre 1976, n°73-5 DC.

Cons.constit.,15 janvier 1975, n°74-54 DC.

Cons.constit.,9 avril 1996, n°96-375 DC.

Décision du Conseil d'État

CE, 28 septembre 2018, n°421899.

C.E, Ass,27 oct.1995, Morsang- sur- orge.

Cour de cassation :

Assemblée plénière

Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105 ; D. 1991, II, p.417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, note F. TERRÉ, concl.

DONTEWILLE; Defrénois 1991, 1267, obs. AUBERT; RTD Civ. 1991, p.517, obs. D. HUET-WEILLER; RTD Civ. 1992, p.489, chron. M. GOBERT; LPA 23 Oct. 1991, 127, p.4, note M. GOBERT ; D. 1991, p.318, note J.-L. AUBERT.

Cass., Ass.plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002.

Cass., Ass. plén., Cass., Ass. plén., 5 octobre 2018, arrêt n°638, pourvoi n°10-19.053; Dr. Fam. n°1, janvier 2019, comm. 19, J.-R. BINET ; P. INGALL-MONTAGNIER, Cour de cassation, avis du premier avocat général, arrêt n°638 du 5 octobre 2018 rendu par l'Assemblée plénière dans l'affaire *Mennesson* ; A. MARTINEL, Cour de cassation, rapport sur l'arrêt n°638 du 5 octobre 2018 rendu par l'Assemblée plénière dans l'affaire *Mennesson* ; Dépêche J.C.P., Actualités, 10 octobre 2018 ; D. Actualités, 10 octobre 2018, note T. COUSTET; D.2018.1912 ; D.2019.228, note P. DEUMIER et H. FULCHIRON ; « CEDH 415 (2018) – Le Collège de la Grande Chambre accepte la première demande d'avis consultatif en application du Protocole n°16 », communiqué de presse du greffier de la Cour européenne des droits de l'homme, 4 décembre 2018 ; RTD Civ. 2018.847, note J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD Eur. 2018.717, note J.-P. JACQUÉ.

Cass., Ass. plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053 ; D.2019.1887.

1 chambre civile

Cass., Civ.1^{re}, 9 janvier 1996, n° 94-15.998.

Cass., Civ.1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806.

Cass., Civ.1^{re}, 06 décembre2005, n°03-15.588.

Cass., Civ.1^{re}, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 ;

Cass., Civ.1^{re},16 septembre 2010, n° 09-67.456.

Cass., Civ.1^{re},6 avril 2011, pourvois n° 09-66.486 ; n° 09-17.130, n° 10-19.053 ; D.2011.1995, note de P. BONFILS & A. GOUTTENOIRE ; D. 2011.1522, note de L. BRUNET et D. BERTHIAU ; AJ Fam. 2011.266, note de M. DOMINGO; Dalloz Actualité, 14 avril 2011, note C. SIFFREIN-BLANC.

Cass., Civ.1^{re}, 26 octobre 2011, n° 09-71.369.

Cass., Civ.1^{re}, 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138 ; n°12-18.315; D.2013.2384, note de M. FABRE-MAGNAN; D.2013.2349, note d'H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON.

Cass., Civ.1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

Cass., Civ.1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, n° 16-16.901, n° 16-50.025 ; n°16-16.455 ; J.C.P. G. n°8, 25 février 2019, note H. BOSSE-PLATIÈRE et M. FARGE ; Dr. Fam. n°4, Avril 2018, comm. 92, H. FULCHIRON ; J.C.P. G. n°13, 26 mars 2018, 345, note L. LAMBERT-GARREL et F. VIALLA ; Rev. crit. DIP. 2018.143, note de S. BOLLÉE ; JCP. G. n°39, 25 septembre 2017, note 984, A. GOUTTENOIRE.

Cass., Civ.1^{re}, 05 juillet 2017, n°14-21323 et 15-50002.

Cass., Civ.1^{re}, 12 septembre 2019, n° 18-20.472. ; ; D. 2019.1758.

Cass., Civ.1^{re}, 18 décembre 2019, n°18-11.815, n°18-12.327.

Cass., Civ.1^{re}, 15 juillet 2017, pourvois n°16-16.901 et n°16-50.025 ; pourvoi n°15-28. 597. La Haute juridiction a reconnu que l'adoption permet, si les conditions 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 ».

Cass., Civ.1^{re}, 5 juillet 2017, pourvoi n°16-16. 455. La Cour de cassation a jugé de même que « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

Cass., Civ. 1^{ere}, 4 novembre.2020, n°19-17-739 ; n°19-50.042

Cass., Civ.1^{re}, 18 novembre 2020, n°19-50.043 ;

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) :

CEDH, *Mennesson c. France*, n°65192/11 & *Labassée c. France*, n°65941/11, 26 juin 2014 ; D.2014.1797 ; D.2014.1797, note de F. CHÉNEDÉ ; D.2014.1806, note de L. d'AVOUT ; Chronique, J.C.P. G. n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, F. SUDRE ; RTD Civ. 2014.616, J.

HAUSER ; AJ. Fam. 2014.499, B. HAFTEL ; RDSS 2014.887, note de C. BERGOIGNAN-ESPER ; AJDA 2014.1763, note de L. BURGORGUE-LARSEN ; D.2014.1773, note de H. FULCHIRON & C. BIDAUD- GARON ; RTD Civ.2014.835, note de J.-P. MARGUÉNAUD ; J.C.P. G. n°30-35, 28 juillet 2014, 877, note d'A. GOUTTENOIRE ; D.2015.755, note J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

CEDH, *Foulon et Bouvet c. France*, n°9063/14 et n°10410/14, 21 juillet 2016 ; JDI(Clunet) n°3, juillet 2017, chron. 9, chronique par E. DECAUX et P. TAVERNIER.

CEDH10 avr. 2019, avis n° P16-2018-001.

CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, § 107 ; CEDH, gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, § 71.

CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête n° 30141/04 ,24 juin 2010.

CEDH, *Chapin et charpentier France*, requête n°40183/07, 09 juin 2016.

CEDH, *Gas et Dubois France*, requête n° 25951/07,15 mars 2012.

CEDH, *Charron et Merle -Monte c.France* ,requête n°22612/15, 8 février 2018.

Avis consultatif :

Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, « Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention. », demandé par la Cour de cassation française, Demande n°P16-2018-001,10 avril 2019 ; « GPA : conventionalité de la jurisprudence de la Cour de cassation », D.2019.759.

Conférence de la Haye de droit international privé

Lois

Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993

Rapport de recherche : (étude comparative)

BERGE(Jean-Sylvestre), HERMITTE(Marie-Angéle), MATHIEU(Séverine), PARIZER-KRIEF(Karéne), « Analyse juridique et sociologique de l'état des questions en France, à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui Grande-Bretagne, Belgique, Israël) ? », 2014-2017.

BRUNETTI-PONS (Clotilde), « Le Droit à l'enfant et la filiation en France et dans le monde », 2015-2017.

Israel

Lois

Fetus carriage agreement law

Agreements for the Carriage of Fetuses (Approval of Agreement and Status of the Newborn) Law, 5756-1996 (Hebrew)

Amendment number 2 to the Agreements Law for the Carriage of Fetuses, 5778-2018

Circular letter updating the arrangement for the Surrogacy Law (Arrangements and Status of the Newborn), 5756-1996, January 11, 2022

La commission d'approbation des accords de portage du fœtus (GPA)

The fetus carriage agreements approval board(surrogacy)

Rapport Mor-Yossef

Conseil public pour examiner la législation réglementant la fécondité et l'accouchement en Israël (Comité Mor-Yosef) (en hébreu)

Association

Isha (hébreu)

Décision de Justice

CA 5587/93 Nahmani v. Nahmani , March 30, 1995

HCJ 1779/99 Berner Kadish v. Minister of interior, May 29, 2000

CA 10280/01 Yaros-Hakak v. Attorney General, January 10, 2005

HCJ 2245/06 Dobrin v. Israel Prison Service, June 13, 2006

HCJ 4293/01 New family v. Minister of Labor and Welfare, March 24, 2009

HCJ 4077/12, Doe v. Ministry of Health, February 5, 2013

HCJ 5771/12 Moshe v. committee for Approval of embryo carrying agreements under the embryo carrying agreements law 5756-1996, September 18, 2014

CA 11184/14 CA, Anonymous v. Ministry of Social Affairs and Social Services, April 1, 2015

HCJ 781/15 ARAD Pinkas v. committee for Approval of embryo carrying agreements under the embryo carrying agreements law 5756-1996, August 3, 2017

Ouvrages spéciaux

Bible, Genèse XVI.I à XVI. IV.

BOTBOL (Elie), « Le Judaïsme face aux biotechnologies médicales », l'Arche du livre, 1998.

SCIALOM (Rémy), « Anthologie de droit hébraïque », La mémoire du droit, 2017.

SCIALOM (Rémy), « *Anthologie de droit hébraïque II - Mariage et Sexualité* », La mémoire du droit, 2020.

SHERMAN (Rav N), « Le Houmach » The ArtScroll Series, Edmond Safra, 2011

WEISBERG (D. Kelly), « The birth of Surrogacy in Israel », University Press of Florida, 2005.

Articles Israéliens:

ALMOG (Shulamit), BASSAN (Sharon), *the politics of pro and non-reproduction policies in Israel*, *Journal of Health & Biomedical Law*, Vol.14, No.1, p.27-80, 2018.

ASHILONI-DOLEV (Yaël), « Israël et la GPA : sionisme, judaïsme et le problème de l'interférence avec la création divine », *Entre la Plume et L'Enclume*, le 9 octobre 2015.

ATLAN (Gabrielle), « Le statut juridique de l'enfant dans la Loi juive. Journée d'études Liberté religieuse de l'enfant : *Égalité ou différence de traitement ? La question particulière des discriminations au regard de la liberté religieuse de l'enfant* »

COOPERMAN (Jamie), « International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mother's Participation in International Commercial Surrogacy Contract. », *Golden Gate University Law Review*, Vol.48, n°2, 2018, p.161-184.

COURBAGE (Youssef), PORTUGESE (J), « *Fertility Policy in Israel. The Politics of Religion, Gender, and Nation* », *Population*, 2000, vol. 55, n° 2, p. 401-405.

GOLINKIN, David., « What does Jewish law have to say about surrogacy », *The Schechter Institutes*, 2012, vol. 7, n°3.

GROSS, Martine « Susan Martha KAHN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* » *Clio. Femmes, Genre, Histoire, Durham (NC), Duke University Press*, 2016, n°44, pp. 323-325.

SHIFMAN (Pinhas), *The right to parenthood and the best interests of the child: a perspective on surrogate motherhood in Jewish and Israeli Law, New York Law School Human Rights Annual*, Vol.4, pp.555-568,1987.

SHUZ, RHONA, *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law, Enquête internationale sur le droit de la famille*, p197-226,2013.

TAHIR(Hicham), « Israël : Un couple gay rend son bébé né sous GPA, après avoir su qu'il n'était pas d'eux », *Têtu*, le 13 janvier 2016.

TEMAN, Elly et POSTEL-VINAY, Olivier., « Interdire la gpa n'est pas réaliste » [en ligne], *Books*, 2018, vol.88, n° 3-4, pp. 47-47.

TIBBON(Gali), AFP, Israël : la Cour suprême autorise la GPA pour les couples de même sexe, publiée le 11 juillet 2021 dans le Journal la Tribune

WYGODA(Michaël)., « PMA GPA. Entre droit israélien et droit hébraïque », en ligne, *Pardès*,2020, vol. 66, n° 1, pp. 43-53.

YEFET, CARMIT(Karin), *Born to be a mother: Anatomy, Autonomy and Substantive citizenship for women in Israel*, Harvard Journal of law and Gender., Vol.39, No.1, pp.257, 2016.

ZONZAIN(Pascale), « Les droits des LGBT en Israël » [en ligne], *Pardès*, 2019, vol. 64-65, n°. 1-2, pp. 389-392.

Notes

DORFMAN(Doron), *Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent*, *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 3, No.2, pp.404-412,2016.

Table des Annexes

Annexe 1: Public Board to Consider Legislation Regulating Fertility and Childbirth in Israel (Mor-Yosef Board) (Hebrew)



הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים בקשות שהתקבלו בוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ומספר לידות לפי שנים 1996 - 2017

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הרצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

חוק הסכמים לנשיאת עוברים
(אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996¹

פרק א': פרשנות

1. בחוק זה -
 "אם נושאת" - אשה הנושאת הריון עבור הורים מיועדים;
 "הורים מיועדים" - הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה;
 "הורים מיועדים שהם בני זוג" - איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם
 אם נושאת לשם הולדת ילד;
 "אם מיועדת יחידה" - אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת
 ילד;
 "הסכם לנשיאת עוברים" - הסכם בין הורים מיועדים לבין אם נושאת לפיו
 מסכימה האם הנושאת להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית
 ולשאת את ההריון עבור ההורים המיועדים;
 "מחלקה מוכרת" - מחלקה בבית חולים, או מרפאה, שהכיר בהן המנהל הכללי
 של משרד הבריאות, בהודעה ברשומות ובתנאים שקבע, לצורך ביצוע
 פעולות רפואיות הקשורות בהפריה חוץ-גופית;
 "קרובת משפחה" - אם, בת, נכדה, אחות, זודה ובת-זוד או בת-זודה, למעט
 קרבת משפחה בדרך של אימוץ;
 "ועדת האישיורים" - הועדה שמינה שר הבריאות לפי סעיף 3;
 "עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים" - עובד סוציאלי שמונה
 לעניין חוק זה לפי סעיף 20א;
 "ילד" - (נמחקה);
 "יחסי הורות" - מערכת חובות, זכויות וסמכויות הקיימת בין הורה לילדו לפי
 כל דין;
 "צו הורות" - צו בדבר אפוסטרופסות של הורים מיועדים על ילד שנולד כתוצאה
 מביצוע הסכם לנשיאת עוברים וקיום יחסי הורות ביניהם;

הגרירות
(תיקונים: התשע"א,
התשע"ח)

1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
סה"כ

מספרים

משרד ה
ת.ד. 176
סלפון: 01
www.health.gov.il

1. ס"ח 1577, התשנ"ו (17.3.1996), עמ' 176.
 תיקונים: ס"ח 2264, התשע"א (9.12.2010), עמ' 84. הצ"ח - ממשלה 507, התש"ע, עמ' 1058;
 ס"ח 2748, התשע"ח (26.7.2018), עמ' 941. הצ"ח - ממשלה 1141, התשע"ו, עמ' 1150;
 ס"ח 2929, התשפ"ב (12.10.2021), עמ' 5. הצ"ח - כנסת 873, התשפ"א, עמ' 92.

Annexe 2: Surrogacy Agreement Law 1996 (Hebrew)

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

המסמך

"בית משפט" - בית משפט לענייני משפחה, ועד לכינונו - בית משפט מחוזי;
 "תושב ישראל" - אזרח ישראלי או בעל רישיון לשיבת קבע, המתגורר בישראל
 שלוש שנים לפחות מתוך חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה לאישור
 הסכם לנשיאת עוברים לפי סעיף 4, או 12 חודשים לפחות מתוך 18
 החודשים שקדמו להגשת הבקשה כאמור.

ה
 ב

פרק ב': אישור הסכם לנשיאת עוברים

ה

2. לא יבצע אדם הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם
 נושאת ולא יבצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, אלא על פי הסכם
 לנשיאת עוברים שאישרה ועדת האישורים לפי סעיף 5, בהתאם לתנאי האישור,
 ובהתקיים כל אלה:

הפריה חוץ-גופית
 והשתלת ביצית
 מופרית בהתאם
 להסכם לנשיאת
 עוברים
 (תיקון התשע"ח)

ל

ה

(1) הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם אינה של
 האם הנושאת;

י

(2) הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא
 של האב המיועד, ולעניין אם מיועדת יחידה - הביצית שבה נעשה
 שימוש במסגרת ביצוע ההסכם היא שלה;

ש

ב

(3) ההפריה החוץ-גופית והשתלת הביצית המופרית נעשות
 במחלקה מוכרת.

4

בקשה לאישור

ב

הסכם
 (תיקון התשע"ח)

3. (א) שר הבריאות ימנה ועדת אישורים בת שבעה חברים שהרכבה:

ועדת האישורים
 (תיקון התשע"ח)

(1) שני רופאים בעלי תואר מומחה ביילוד ובגינקולוגיה;

(2) רופא בעל תואר מומחה ברפואה פנימית;

(3) פסיכולוג קליני;

(4) עובד סוציאלי;

(5) נציג ציבור שהוא משפטן;

(6) איש דת, לפי דתם של הצדדים להסכם לנשיאת עוברים.

שר הבריאות ימנה יושב ראש לוועדת האישורים מבין חבריה.

(ב) העובד הסוציאלי יתמנה בהתייעצות עם שר העבודה הרווחה
 והשירותים החברתיים; נציג הציבור שהוא משפטן יתמנה בהתייעצות עם שר
 המשפטים, ואיש הדת יתמנה בהתייעצות עם השר לענייני דתות¹; בהרכב ועדת

1. עקב ביטולו של משרד הדתות, הועברה הסמכות לפי סעיף זה לראש הממשלה (י"פ 5266,
 התשס"ד, עמ' 1642).

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

(8) הסכמת ההורים המיועדים לקבלת מידע בעניינם מהמרשם הפלילי.

(ב) ועדת האישורים תבחן את המסמכים שהוגשו לה לפי סעיף קטן (א) ותשמע את כל הצדדים להסכם; כן רשאית היא לדרוש מהצדדים כל חומר נוסף ולשמוע כל אדם אחר, כפי שתראה לנכון.

5. (א) ועדת האישורים רשאית, לאחר ששקלה את מכלול הנתונים העולים מחוות הדעת, המסמכים והדברים שהושמעו בפניה, לאשר את ההסכם לנשיאת עוברים, או לאשרו בתנאים, אם שוכנעה כי התקיימו כל אלה:

(1) האם הנושאת וההורים המיועדים הם תושבי ישראל;

(א1) מתקיימים באם הנושאת כל אלה:

(א) היא אינה נשואה, ואולם ועדת האישורים רשאית לאשר התקשרות עם אם נושאת שהיא אישה נשואה, אם הוכח להנחת דעתה כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה;

(ב) היא אינה קרובת משפחה של אחד מההורים המיועדים;

(ג) היא הרתה וילדה בעבר שלא כאם נושאת, והילדים שילדה כאמור אינם נמצאים מחוץ למשמורתה בהתאם לצו שנתן בית משפט לפי דין;

(ד) היא ילדה ארבע לידות לכל היותר;

(ה) בעת אישור ההסכם לנשיאת עוברים מלאו לה 22 שנים וטרם מלאו לה 39 שנים;

(ו) היא לא היתה אם נושאת יותר מפעמיים ולא ילדה כאם נושאת ביותר מלידה אחת;

(ב1) היתה האם הנושאת נשואה - הוסברו לבן זוגה, בשפה המובנת לו, השלכות ההליך לנשיאת עוברים והסיכונים הכרוכים בביצועו; בן הזוג של האם הנושאת רשאי להביע את עמדתו לפני ועדת האישורים והיא תובא לפני ההורים המיועדים בטרם אישור ההסכם לנשיאת עוברים;

(ג1) מתקיימים לגבי ההורים המיועדים כל אלה:

(א) בעת אישור ההסכם לנשיאת עוברים מלאו להם 18 שנים ולאחד מהם לפחות טרם מלאו 54 שנים; ואולם ועדת האישורים רשאית, במקרים מיוחדים שיירשמו, לאשר הסכם לנשיאת

אישור הסכם
(תיקון התשע"ח)

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי התצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

עוברים אף אם לא מתקיים לגבי ההורים המיועדים התנאי לעניין הגיל המרבי כאמור בפסקת משנה זו; אין בהוראות פסקת משנה זו כדי לגרוע מהוראות סעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010;

(ב) לגבי הורים מיועדים שהם בני זוג - אין להם יותר משני ילדים משותפים, ולגבי אם מיועדת יחידה - אין לה יותר משני ילדים גנטיים; לעניין זה, "ילד" - בין שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים ובין שלא;

(ג) ההורים המיועדים לא הורשעו, בישראל או מחוץ לישראל, בעבירה שמפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה יש חשש של ממש לפגיעה משמעותית בטובת הילד שייוולד; מתנהל נגד אחד ההורים המיועדים הליך פלילי, בישראל או מחוץ לישראל, בקשר לעבירה כאמור, רשאית ועדת האישורים לדחות את החלטתה לפי סעיף קטן זה עד לסיום ההליך; לעניין זה, "הליך פלילי" - החל בפתחה בחקירה על פי דין;

(ד) האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת; ואולם אם כל הצדדים להסכם הם לא־יהודים, רשאית ועדת האישורים לסטות מהוראות פסקה זו בהתאם לחוות דעת של איש הדת חבר הוועדה; (ה) מתקיימים התנאים האמורים בסעיף (1) ר(2);

(ו) בהסכם לנשיאת עוברים נקבעו הוראות שלפיהן ההפריה החוץ־גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם הנושאת, השתלת הביצית המופרית באם הנושאת, נשיאת ההיריון בעבור ההורים המיועדים והלידה, ייעשו בישראל; ואולם ועדת האישורים רשאית לאשר כי חלק מנשיאת ההיריון ייעשה מחוץ לישראל אם יש טעמים המצדיקים זאת ובהתאם לתנאים שתקבע;

(ז) כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו.

(2) לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת ונקבע בהסכם לנשיאת עוברים כי לא ייעשו יותר משישה ניסיונות להשתלת הביציות המופרות באם הנושאת;

(א) לא קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שייוולד;

(3) לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או המקפחים את זכויות הילד שייוולד או את זכויות אחד מהצדדים.

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

(ב) אישרה ועדת האישורים הסכם לנשיאת עוברים, יחתמו עליו הצדדים בפניה; כל שינוי בהסכם טעון אישור הועדה.

(1ב) דחתה ועדת האישורים בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, תנמק בכתב את החלטתה; דחתה בקשה כאמור בשל תנאי הנוגע להורים המיועדים, תדון ועדת האישורים בבקשה נוספת שיגישו אותם הורים מיועדים רק לאחר שחלפו שנתיים לפחות ממועד דחיית הבקשה, אלא אם כן חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטת הועדה כאמור.

(2ב) חל שינוי בפרטים שמסרו האם הנושאת או ההורים המיועדים לוועדת האישורים וטרם הושגה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים, יודיעו על כך לוועדת האישורים בהקדם האפשרי.

(ג) ועדת האישורים רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושגה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים.

6. (א) ועדת האישורים רשאית לאשר תנאים בהסכם בדבר תשלומים חודשיים לאם הנושאת לכיסוי הוצאות ממשיות, הכרוכות בביצוע ההסכם, לרבות הוצאות עבור ייעוץ משפטי ודמי ביטוח, וכן לפיצוי על ביטול זמן, סבל, אובדן הכנסה או הפסד זמני של כושר השתכרות, או כל פיצוי סביר אחר.

תשלומים
(תיקון התשע"ח)

(ב) צד להסכם לנשיאת עוברים בישראל או המבקש להיות צד להסכם כאמור, לא יקבל ולא ייתן, תמורה, בכסף או בשווה כסף, בעד ביצוע ההסכם כאמור, למעט תשלומים שאישרה ועדת האישורים לפי סעיף קטן (א).

7. לא יתקשר אדם בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים לפי סעיף 5, ולא יבצע אדם הסכם שלא אושר כאמור או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור.

התקשרות בהסכם
לנשיאת עוברים
וביצועו
(תיקון התשע"ח)

פרק ג': מעמד הילד

8. פרק זה יחול על הריון ולידת ילד שנולד על-פי הסכם לנשיאת עוברים שאושר בהתאם להוראות פרק ב'.

תחולה

9. (א) הורים מיועדים ואם נושאת יודיעו לעובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים על מקום הלידה ועל תאריך הלידה המשוער בתום החודש החמישי להריונה של האם הנושאת; ההודעה תכלול פרטים שייקבעו בתקנות.

הודעה לפקיד הסעד
(תיקון התשע"א)

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

(ב) מיד עם הלידה ולא יאוחר מעשרים וארבע שעות לאחר מכן יודיעו ההורים המיועדים או האם הנושאת לעובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים על לידת הילד.

10. (א) עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו.

(ב) עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שייקבע לכך על ידי עובד סוציאלי ראשי כאמור בסעיף 20(ג); יהיה, בכפוף להוראות סעיף קטן (א), האפוטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד למתן צו הורות או עד למתן צו אחר הקובע את מעמדו של הילד.

(ג) מסירת הילד על ידי האם הנושאת למשמורת¹ ההורים המיועדים תהיה בנוכחות העובד הסוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים ובסמך לאחר הלידה ככל הניתן; לא ימסור אדם למשמורת ולא יקבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים כאמור בסעיף קטן זה.

11. (א) תוך שבעה ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות; לא הגישו ההורים המיועדים בקשה כאמור, תוגש בקשה על ידי עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים באמצעות נציג היועץ המשפטי לממשלה.

(א1) הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) וסבר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שבעניינו הוגשה הבקשה או נודע לעובד סוציאלי כאמור כי האם הנושאת מתכוונת להגיש בקשה לחזור בה מההסכם לפי סעיף 13, יודיע על כך לבית המשפט ובית המשפט לא יחליט בבקשה אלא לאחר קבלת תסקיר מאת העובד הסוציאלי; בית המשפט רשאי לדרוש קבלת תסקיר כאמור בסעיף קטן זה בכל עת לפני ההחלטה בבקשה, אם ראה צורך בכך.

(ב) מצא בית המשפט כי הילד שבעניינו הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) נולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שנעשה ואושר בהתאם להוראות חוק זה, ייתן צו הורות להורים המיועדים, אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שהוגש לפי סעיף קטן (א1), כי הדבר נוגד את טובת הילד; נוכח בית המשפט כאמור ייתן צו לפי סעיף 14.

משמורת,
אפוטרופוסות
ומסירה
(תיקונים: התשע"א,
התשע"ח)

צו הורות
(תיקונים: התשע"א,
התשע"ח)

1. במקור נכתב: "משמורת".

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

- 12.** (א) עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין.
(ב) אין בצו הורות כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושין.
- 13.** (א) ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.
(ב) לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור.
(ג) אישר בית המשפט חזרת אם נושאת מהסכם לנשיאת עוברים, יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; כן רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים או עם אחד מהם.
- 14.** (א) לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפוטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג), אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי הדבר נוגד את טובת הילד.
(ב) לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) והאם הנושאת לא ביקשה כי תוענק לה האפוטרופסות על הילד, או נוכח בית המשפט כי צו לפי סעיף קטן (א) נוגד את טובת הילד, רשאי הוא לקבוע בצו כל הוראה אחרת בדבר מעמד הילד כפי שימצא לנכון בנסיבות הענין.
- 15.** נתן בית המשפט צו לפי סעיפים 13 או 14 רשאי הוא לקבוע תשלום החזר הוצאות לכל אחד מהצדדים להסכם לנשיאת עוברים.
- 16.** (א) צו לפי סעיפים 11, 13 או 14 יירשם בפנקס שינוהל בידי רשם שימנה שר המשפטים.
(ב) פרטי הרישום וצורתו ייקבעו בתקנות שיתקין שר המשפטים באישור ועדת העבודה והרווחה¹ של הכנסת.
(ג) הוראות סעיף 30 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, יחולו לענין זה בשינויים המחוייבים.
- 1.** בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 יהיו סמכויות הוועדה נתונות לוועדת הבריאות של הכנסת (תיקון התשפ"ב).

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

17. דיון לפי חוק זה יהיה בדלתיים סגורות זולת אם ראה בית המשפט לקיימו בפומבי, ואולם רשאי בית המשפט להרשות לאדם או לסוגי בני אדם להיות נוכחים בשעת הדיון, כולו או מקצתו.

סודיות הדיון

פרק ד': הוראות שונות

18. אין בהוראות חוק זה או בהסכם לנשיאת עוברים שאושר על-פיו כדי לפגוע בדרישה לפי כל דין לענין הצורך בהסכמה מדעת לטיפול רפואי, או כדי למנוע מאם נושאת לקבל טיפול רפואי או לבצע בה פעולה רפואית, לפי רצונה, לרבות הפסקת הריון לפי סימן ב' בפרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

שמירת דינים

19. מי שעשה אחד מאלה, דינו - מאסר שנה, ואם הוא תאגיד, דינו - קנס כאמור בסעיף 61(א)4 לחוק העונשין, התשל"ז-1977;

עונשין
(תיקונים: התשע"א,
התשע"ח)

(1) ביצע הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם נושאת או ביצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, בניגוד להוראות סעיף 2;

(2) קיבל או נתן תמורה בעד ביצוע הסכם לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 6(ב);

(3) התקשר בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים או ביצע הסכם שלא אושר כאמור או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור, בניגוד להוראות סעיף 7;

(4) מסר למשמורת או קיבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 10(ג).

19A. לעניין ביצוע התפקידים לפי חוק זה של עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים יחולו הוראות סעיפים 3 עד 6 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955.

סמכויות עובד
סוציאלי
(תיקון התשע"ח)

20. (א) שר הבריאות ממונה על ביצוע פרק ב' והוא רשאי להתקין תקנות לביצועו.

ביצוע, תקנות
ומינוי עובדים
סוציאליים לפי חוק
הסכמים לנשיאת
עוברים
(תיקונים: התשע"א,
התשע"ח)

(ב) שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים ממונה על ביצוע פרק ג' והוא רשאי, בהתייעצות עם שר המשפטים, להתקין תקנות לביצועו.

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

(ג) שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים ימנה לענין חוק זה עובד סוציאלי ראשי וכן עובדים סוציאליים אשר יפעלו לפי הנחיות העובד הסוציאלי הראשי, בדרך כלל או לענין מסוים; חלק עובד סוציאלי על ההנחיות בענין מסוים, ישוב העובד הסוציאלי הראשי ויכריע בדבר לאחר שקיים התייעצות בענין זה עם העובד הסוציאלי ועם גופים אחרים שמצא לנכון.

(ד) שר הבריאות, באישור ועדת העבודה הרווחה והבריאות¹ של הכנסת, רשאי לקבוע, בצו, כי המספר המרבי של הילדים המשותפים לענין הורים מיועדים והמספר המרבי של הילדים הגנטיים לענין אם מיועדת יחידה לפי סעיף 5(א)(ג1)(ב), יהיה שלושה, ובלבד שצו כאמור לא יובא לאישור הוועדה לפני יום י"ד באב התשפ"ג (1 באוגוסט 2023).

20. שר הבריאות ידווח לוועדת העבודה הרווחה והבריאות¹ של הכנסת, אחת לשנה על יישום הוראות פרק ב' בשנה שקדמה למועד הדיווח, לרבות מספר הבקשות לאישור הסכם לנשיאת עוברים שהוגשו לוועדת האישורים, מספר הבקשות שוועדת האישורים אישרה, מספר הילדים שנולדו במסגרת הסכם לנשיאת עוברים ומספר הילדים המשותפים או הילדים הגנטיים לגבי ההורים המיועדים שהגישו את הבקשות.

דיווח לוועדה
(תיקון התשע"ח)

21. (תיקון עקיף בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 - התיקון שולב בחוק). האוכלוסין - מס' 7

תיקון חוק מרשם
האוכלוסין - מס' 7

22. (תיקון עקיף בחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995 - התיקון שולב בחוק). משפחה

תיקון חוק בית
המשפט לעניני
משפחה

23. (תיקון עקיף בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 - התיקון שולב בחוק). הלאומי - מס' 10

תיקון חוק הביטוח
הלאומי - מס' 10

24. (תיקון עקיף בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 - התיקון שולב בחוק). נשים - מס' 13

תיקון חוק עבודת
נשים - מס' 13

אורה נמיר	אפרים סנה	
שרת העבודה והרווחה	שר הבריאות	
שבת וייס	שמעון פרס	עזר ויצמן
יושב ראש הכנסת	ראש הממשלה	נשיא המדינה

1. בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 יהיו סמכויות הוועדה נתונות לוועדת הבריאות של הכנסת (תיקון התשפ"ב).

Annexe 3: Surrogacy Agreement Law 2nd Amendment 2018 (Hebrew)

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018*

1. בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן תיקון סעיף 1 – החוק העיקרי), בסעיף 1 –
- (1) במקום ההגדרה "הורים מיועדים" יבוא:
"הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה;
"הורים מיועדים שהם בני זוג" – איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד;
"אם מיועדת יחידה" – אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד;
(2) ההגדרה "ילד" – תימחק;
- (3) בהגדרה "צו הורות", אחרי "על ילד" יבוא "שנולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים";
- (4) אחרי ההגדרה "בית משפט" יבוא:
"תושב ישראל" – אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע, המתגורר בישראל שלוש שנים לפחות מתוך חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים לפי סעיף 4, או 12 חודשים לפחות מתוך 18 החודשים שקדמו להגשת הבקשה כאמור;

* התקבל בכנסת ביום 1 באב התשע"ח (18 ביולי 2018) [בישיבה שהחלה ביום ה' באב התשע"ח (17 ביולי 2018)]; הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הממשלה – 1141, מיום י"א בתמוז התשע"ז (5 ביולי 2017), עמ' 1150.

¹ ס"ח התשנ"ו, עמ' 176; התשע"א, עמ' 84.

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

- החלפת סעיף 2 .2 במקום סעיף 2 לחוק העיקרי יבוא:
- "הפרייה חוץ-גופית 2. לא יבצע אדם הפרייה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית והשתלת ביצית מופרית בהתאם להסכם לנשיאת עוברים
- באם נושאת ולא יבצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, אלא על פי הסכם לנשיאת עוברים שאישרה ועדת האישורים לפי סעיף 5, בהתאם לתנאי האישור ובהתקיים כל אלה:
- (1) הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם אינה של האם הנושאת;
- (2) הזרע המשמש להפרייה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם הוא של האב המיועד, ולעניין אם מיועדת יחידה – הביצית שבה נעשה שימוש במסגרת ביצוע ההסכם היא שלה;
- (3) ההפרייה החוץ-גופית והשתלת הביצית המופרית נעשות במחלקה מוכרת."
- בסעיף 3 לחוק העיקרי – .3
- (1) בסעיף קטן (ב), במקום "שר העבודה והרווחה" יבוא "שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים" ובסופו יבוא "ואחד מבין חבריה לפחות, יהיה עובד המדינה";
- (2) אחרי סעיף קטן (ג) יבוא:
- "(ג) תקופת כהונתם של חברי ועדת האישורים תהיה ארבע שנים, ואפשר לשוב ולמנותם לתקופת כהונה אחת נוספת.;"
- (3) בסעיף קטן (ו), במקום "יהיו סגורות, ופרסומם של דברים שנאמרו או שנמסרו בהן אסור" יבוא "יהיו סגורות; לא יפרסם אדם דברים שנאמרו או שנמסרו בישיבת ועדת האישורים."
- בסעיף 4(א) לחוק העיקרי – .4
- (1) בפסקה (1), אחרי "הצעה" יבוא "בכתב";
- (2) בפסקה (2), אחרי "חוות דעת רפואית" יבוא "של רופא מומחה" ואחרי "ולשאת הריון" יבוא "עקב ליקוי רפואי";
- (3) במקום פסקאות (3) ו-(4) יבוא:
- "(3) חוות דעת רפואית של רופא מומחה ביילוד וגניקולוגיה מטעמה של האם הנושאת, בדבר התאמתה להליך לנשיאת עוברים, וכן חוות דעת רפואית של רופא מומחה אחר, מטעמם של ההורים המיועדים, בדבר התאמתם להליך כאמור;
- (4) הערכה פסיכולוגית של פסיכולוג מטעמה של האם הנושאת, בדבר התאמתה להליך לנשיאת עוברים, וכן הערכה פסיכולוגית של פסיכולוג מטעמם של ההורים המיועדים, בדבר התאמתם להליך כאמור.;"
- (6) בפסקה (6), במקום "התקשרו הצדדים להסכם" יבוא "ביקשו הצדדים להתקשר בהסכם";
- (5) אחרי פסקה (6) יבוא:
- "(7) טופס ויתור על סודיות רפואית של הצדדים להסכם;
- (8) הסכמת ההורים המיועדים לקבלת מידע בעניינם מהמרשם הפלילי;"
- בסעיף 5 לחוק העיקרי – .5

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

(1) בסעיף קטן (א) –

(א) ברישה, במקום "נוכחה ועדת האישורים כי התקיימו כל התנאים המנויים בסעיף 2 רשאית היא, לאחר" יבוא "ועדת האישורים רשאית, לאחר";

(ב) במקום פסקה (1) יבוא:

"(1) האם הנושאת וההורים המיועדים הם תושבי ישראל;

(א1) מתקיימים באם הנושאת כל אלה:

(א) היא אינה נשואה, ואולם ועדת האישורים רשאית לאשר התקשרות עם אם נושאת שהיא אישה נשואה, אם הוכח להנחת דעתה כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה;

(ב) היא אינה קרובת משפחה של אחד מההורים המיועדים;

(ג) היא הרתה וילדה בעבר שלא כאם נושאת, והילדים שילדה כאמור אינם נמצאים מחוץ למשמורתה בהתאם לצו שנתן בית משפט לפי דין;

(ד) היא ילדה ארבע לידות לכל היותר;

(ה) בעת אישור ההסכם לנשיאת עוברים מלאו לה 22 שנים וטרם מלאו לה 39 שנים;

(ו) היא לא היתה אם נושאת יותר מפעמיים ולא ילדה כאם נושאת ביותר מלידה אחת;

(ב1) היתה האם הנושאת נשואה – הוסברו לבן זוגה, בשפה המובנת לו, השלכות ההליך לנשיאת עוברים והסיכונים הכרוכים בביצועו; בן הזוג של האם הנושאת רשאי להביע את עמדתו לפני ועדת האישורים והיא תובא לפני ההורים המיועדים בטרם אישור ההסכם לנשיאת עוברים;

(ג1) מתקיימים לגבי ההורים המיועדים כל אלה:

(א) בעת אישור ההסכם לנשיאת עוברים מלאו להם 18 שנים ולאחד מהם לפחות טרם מלאו 54 שנים; ואולם ועדת האישורים רשאית, במקרים מיוחדים שירשמו, לאשר הסכם לנשיאת עוברים אף אם לא מתקיים לגבי ההורים המיועדים התנאי לעניין הגיל המרבי כאמור בפסקת משנה זו; אין בהוראות פסקת משנה זו כדי לגרוע מהוראות סעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010²;

(ב) לגבי הורים מיועדים שהם בני זוג – אין להם יותר משני ילדים משותפים, ולגבי אם מיועדת יחידה – אין לה יותר משני ילדים גנטיים; לעניין זה, "ילד" – בין שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים ובין שלא;

(ג) ההורים המיועדים לא הורשעו, בישראל או מחוץ לישראל, בעבירה שמפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה יש חשש של ממש לפגיעה משמעותית בטובת הילד שייוולד; מתנהל נגד אחד ההורים המיועדים הליך פלילי, בישראל או מחוץ לישראל, בקשר לעבירה

² ס"ח התש"ע, עמ' 520.

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

כאמור, רשאית ועדת האישורים לדחות את החלטתה לפי סעיף קטן זה עד לסיום ההליך; לעניין זה, "הליך פלילי" – החל בפתוחה בחקירה על פי דין;

(ד) האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת; ואולם אם כל הצדדים להסכם הם לא-יהודים, רשאית ועדת האישורים לסטות מהוראות פסקה זו בהתאם לחוות דעת של איש הדת חבר הוועדה;

(ה) מתקיימים התנאים האמורים בסעיף 2(1) ו-2(2);

(11) בהסכם לנשיאת עוברים נקבעו הוראות שלפיהן ההפריה החוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם הנושאת, השתלת הביצית המופרית באם הנושאת, נשיאת ההיריון בעבור ההורים המיועדים והלידה, ייעשו בישראל; ואולם ועדת האישורים רשאית לאשר כי חלק מנשיאת ההיריון ייעשה מחוץ לישראל אם יש טעמים המצדיקים זאת ובהתאם לתנאים שתקבע;

(11) כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו;

(ג) בפסקה 2, במקום "או בשלום הילד שייוולד" יבוא "ונקבע בהסכם לנשיאת עוברים כי לא ייעשו יותר משישה ניסיונות להשתלת הביציות המופרות באם הנושאת";

(ד) אחרי פסקה 2 יבוא:

"א2) לא קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שייוולד";

(2) אחרי סעיף קטן (ב) יבוא:

"(ב1) דחתה ועדת האישורים בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, תנמק בכתב את החלטתה; דחתה בקשה כאמור בשל תנאי הנוגע להורים המיועדים, תרון ועדת האישורים בבקשה נוספת שיגישו אותם הורים מיועדים רק לאחר שחלפו שנתיים לפחות ממועד דחיית הבקשה, אלא אם כן חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטת הוועדה כאמור.

(ב2) חל שינוי בפרטים שמסרו האם הנושאת או ההורים המיועדים לוועדת האישורים וטרם הושלתה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים, יודיעו על כך לוועדת האישורים בהקדם האפשרי:

בסעיף 6 לחוק העיקרי, האמור בו יסומן "א" ואחריו יבוא:

6. תיקון סעיף 6

"(ב) צד להסכם לנשיאת עוברים בישראל או המבקש להיות צד להסכם כאמור, לא יקבל ולא ייתן, תמורה, בכסף או בשווה כסף, בעד ביצוע ההסכם כאמור, למעט תשלומים שאישרה ועדת האישורים לפי סעיף קטן (א)."

במקום סעיף 7 לחוק העיקרי יבוא:

7. החלפת סעיף 7

"התקשרות בהסכם 7. לא יתקשר אדם בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים לפי סעיף 5, ולא יבצע אדם הסכם שלא אושר כאמור או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור"

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

8. בסעיף 10(ג) לחוק העיקרי, במקום "ככל הניתן" יבוא "ככל הניתן; לא ימסור אדם למשמורת ולא יקבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים כאמור בסעיף קטן זה".
9. בסעיף 11 לחוק העיקרי –
- (1) אחרי סעיף קטן (א) יבוא:
- "(א) הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) וסבר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שבעניינו הוגשה הבקשה או נודע לעובד סוציאלי כאמור כי האם הנושאת מתכוונת להגיש בקשה לחזור בה מההסכם לפי סעיף 13, יודיע על כך לבית המשפט ובית המשפט לא יחליט בבקשה אלא לאחר קבלת תסקיר מאת העובד הסוציאלי; בית המשפט רשאי לדרוש קבלת תסקיר כאמור בסעיף קטן זה בכל עת לפני ההחלטה בבקשה, אם ראה צורך בכך";
- (2) במקום סעיף קטן (ב) יבוא:
- "(ב) מצא בית המשפט כי הילד שבעניינו הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) נולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שנעשה ואושר בהתאם להוראות חוק זה, ייתן צו הורות להורים המיועדים, אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שהוגש לפי סעיף קטן (א), כי הדבר נוגד את טובת הילד; נוכח בית המשפט כאמור ייתן צו לפי סעיף 14".
10. במקום סעיף 19 לחוק העיקרי יבוא:
- "עונשין 19. מי שעשה אחד מאלה, דינו – מאסר שנה, ואם הוא תאגיד, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א) (4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977³:
- (1) ביצע הפריה חוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם נושאת או ביצע השתלת ביצית מופרית באם נושאת, בניגוד להוראות סעיף 2;
- (2) קיבל או נתן תמורה בעד ביצוע הסכם לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 6(ב);
- (3) התקשר בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידו ועדת האישורים או ביצע הסכם שלא אושר כאמור או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור, בניגוד להוראות סעיף 7;
- (4) מסר למשמורת או קיבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, בניגוד להוראות סעיף 10(ג)".
- החלפת סעיף 19

³ ס"ח התשל"ז, עמ' 226.

המסמך הוכן עבור משרד הבריאות על ידי הוצאת הלכות בע"מ. כל הזכויות שמורות

- הוספת סעיף 19א 11. אחרי סעיף 19 לחוק העיקרי יבוא:
- "סמכויות עובר סוציאלי
סוציאלי
לעניין ביצוע התפקידים לפי חוק זה של עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים יחולו הוראות סעיפים 3 עד 6 לחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955".
- תיקון סעיף 20 12. בסעיף 20 לחוק העיקרי –
- (1) בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג), בכל מקום, במקום "שר העבודה והרווחה" יבוא "שר העבודה והרווחה והשירותים החברתיים";
- (2) אחרי סעיף קטן (ג) יבוא:
- "(ד) שר הבריאות, באישור ועדת העבודה והרווחה והבריאות של הכנסת, רשאי לקבוע, בצו, כי המספר המרבי של הילדים המשותפים לעניין הורים מיועדים והמספר המרבי של הילדים הגנטיים לעניין אם מיועדת יחידה לפי סעיף 5(א)(ג1)(ב), יהיה שלושה, ובלבד שצו כאמור לא יובא לאישור הוועדה לפני יום י"ד באב התשפ"ג (1 באוגוסט 2023)".
- הוספת סעיף 20א 13. אחרי סעיף 20 לחוק העיקרי יבוא:
- "דיווח לוועדה 20א. שר הבריאות ידווח לוועדת העבודה והרווחה והבריאות של הכנסת, אחת לשנה על יישום הוראות פרק ב' בשנה שקדמה למועד הדיווח, לרבות מספר הבקשות לאישור הסכם לנשיאת עוברים שהוגשו לוועדת האישורים, מספר הבקשות שוועדת האישורים אישרה, מספר הילדים שנולדו במסגרת הסכם לנשיאת עוברים ומספר הילדים המשותפים או הילדים הגנטיים לגבי ההורים המיועדים שהגישו את הבקשות".
- תחילה ותחילה 14. (א) תחילתו של חוק זה שלושה חודשים מיום פרסומו.
- (ב) הוראות חוק זה לא יחולו על הסכם לנשיאת עוברים שאושר בידי ועדת האישורים לפי סעיף 5 לחוק העיקרי לפני יום התחילה.

בנימין נתניהו	חיים כץ
ראש הממשלה	שר העבודה והרווחה
ושר הבריאות	והשירותים החברתיים

ראובן ריבלין	יולי יואל אדלשטיין
נשיא המדינה	יושב ראש הכנסת

⁴ ס"ח התשט"ו, עמ' 126.

Annexe 4: Appendix B. Surrogate Motherhood – Agreements Law 5756 – 1996

Appendix B. Surrogate Motherhood Agreements Law 5756–1996

Approval of the Agreement and Status of the Newborn (translated from the Hebrew by Aryeh Greenfield)

Chapter 1. Interpretation

Definitions

1. In this Law—

- “birth mother”—a woman pregnant for intended parents;
- “intended parents”—a man and woman who are spouses and who contracted with a birth mother for the birth of a child;
- “surrogate motherhood agreement”—an agreement between intended parents and a birth mother, according to which the birth mother agrees to become pregnant by implantation of a fertilized ovum and to go through the pregnancy for the intended parents;
- “accredited department”—a hospital department or a clinic accredited by the Director General of the Ministry of Health—by notice in Reshumot and on conditions set by him—for the performance of medical procedures in connection with in-vitro fertilization;
- “relative”—mother, daughter, granddaughter, sister, aunt and first cousin, other than a relative by way of adoption;
- “Approvals Committee”—the committee appointed by the Minister of Health under section 3;
- “Welfare Officer” and “Chief Welfare Officer”—a social worker authorized by the Minister of Labor and Social Welfare in accordance with section 20(c), to be a Welfare Officer for purposes of this Law;
- “child”—a child born to a birth mother in consequence of the implementation of a surrogate motherhood agreement;

220 Appendix B

- “parent/child relationship”—the aggregate of obligations, rights and powers that prevail—under any enactment—between a parent and his child;
- “Court”—the Family Court, and until that is set up, a District Court.

Chapter 2. Approval of Surrogate Motherhood Agreement

Surrogate motherhood agreement

2. No fertilized ovum shall be implanted to make a birth mother pregnant in order to give the child that will be born to intended parents, unless all the following are complied with:
- (1) a written agreement was drawn up between the birth mother and the intended parents, approved by an Approvals Committee under the provisions of this Law;
 - (2) the parties to the agreements are adult Israel residents;
 - (3) the birth mother—
 - (a) is not married, but the Approvals Committee may approve a contract with a birth mother who is a married woman, if it was proven to its satisfaction that the intended parents did not manage—by reasonable efforts—to enter into a surrogate motherhood agreement with a birth mother who is not married;
 - (b) is not a relative of one of the intended parents;
 - (4) the sperm used for in-vitro fertilization is from the intended father, and the ovum is not from the birth mother;
 - (5) the birth mother is of the same religion as the intended mother, but if all parties to the agreement are non-Jews, then the Committee may digress from the provisions of this paragraph, in accordance with the opinion of the religious personality on the Committee.

Approvals Committee

3. (a) The Minister of Health shall appoint an Approvals Committee of seven members, as follows:
- (1) two physicians certified as specialists in childbirth and gynecology;
 - (2) a physician certified as a specialist in internal medicine;
 - (3) a clinical psychologist;
 - (4) a social worker;
 - (5) a representative of the public, who has legal training;
 - (6) a religious personality, in accordance with the religion of the parties to

the surrogate motherhood agreement; the Minister of Health shall appoint the chairman of the Approvals Committee from among its members.

(b) The social worker shall be appointed in consultation with the Minister of Labor and Social Welfare; the representative of the public, who has legal training, shall be appointed in consultation with the Minister of Justice, and the religious personality shall be appointed in consultation with the Minister of Religious Affairs; the composition of the Approvals Committee shall include at least three representatives of each of the sexes.

(c) The Minister of Health shall appoint a deputy to the chairman of the Approvals Committee from among its members, and substitutes for all members of the Approvals Committee, subject to the provisions of subsection (b).

(d) At sessions of the Approvals Committee five members, including the chairman, shall constitute a quorum.

(e) Decisions of the Approvals Committee shall be adopted by a majority of its members; decisions shall be drawn up in writing and shall be signed by the chairman.

(f) Sessions of the Approvals Committee shall be in camera, and the publication of what was said or presented there is prohibited, except for purposes of the implementation of this Law or in connection with the criminal investigation of an offense under it.

Application for approval of agreement

4. (a) An application for approval of a surrogate motherhood agreement shall be submitted to the Approvals Committee together with the following documents:

- (1) the proposed surrogate motherhood agreement;
- (2) a medical certificate that the intended mother is unable to become pregnant and to go through a pregnancy, or that pregnancy is liable to endanger her health significantly;
- (3) a medical opinion that each of the parties to the agreement is suitable for the procedure;
- (4) a psychological evaluation of the suitability to the procedure of each of the parties to the agreement;
- (5) certification from a psychologist or from a social worker that the intended parents received appropriate professional counselling, also about other possibilities for parenthood;
- (6) if the parties to the surrogate motherhood agreement entered into the agreement in consequence of a paid brokerage agreement, then that agree-

222 Appendix B

ment shall be submitted to the Committee together with the broker's particulars.

(b) The Approvals Committee shall examine the documents submitted to it under subsection (a) and shall hear all parties to the agreement; it may also demand any additional material from the parties and it may hear any other person, as it sees fit.

Approval of agreement

5. (a) When the Approvals Committee is satisfied that all the conditions enumerated in section 2 have been met, then it may—after having weighed all the data brought out by the opinions, documents and testimony before it—approve the surrogate motherhood agreement, or approve it conditionally, if it is satisfied that all the following have been complied with:

(1) all the parties entered into the surrogate motherhood agreement by agreement and of their free will, understanding its significance and consequences;

(2) there are no misgivings about the health of the birth mother and the well-being of the child that will be born;

(3) the surrogate motherhood agreement does not include any condition that injures or prejudices the rights of the child that will be born, or the rights of one of the parties.

(b) When the Approvals Committee approved a surrogate motherhood agreement, then the parties to it shall sign it in the Committee's presence; any change in the agreement requires the Committee's approval.

(c) The Approvals Committee may again deal with an approval given by it, if a substantive change occurred in the facts, circumstances or conditions on which its decision was based, as long as the fertilized ovum has not been implanted in the birth mother in accordance with the surrogate motherhood agreement.

Payments

6. The Approvals Committee may approve conditions of the agreement that concern monthly payments to the birth mother in order to cover real expenditures connected with the implementation of the agreement, including costs of legal counseling and insurance, as well as compensation for inactivity, suffering, lost income or temporary loss of earning ability, or any other reasonable compensation.

Implementation of surrogate motherhood agreement

7. In-vitro fertilization shall only be performed and a fertilized ovum shall only be implanted in an accredited department and on the basis of a surrogate motherhood agreement that was approved as aforesaid.

Chapter 3. Status of the Newborn

Effect

8. This Chapter shall apply to pregnancies and to children born under the terms of surrogate motherhood agreements approved under the provisions of Chapter Two.

Notice to Welfare Officer

9. (a) The intended parents and the birth mother shall, at the end of the fifth month of the birth mother's pregnancy, inform the Welfare Officer where and when the child is expected to be born; the notice shall include particulars to be prescribed in regulations.

(b) Immediately after the birth and not later than 24 hours after it the intended parents or the birth mother shall inform the Welfare Officer of the child's birth.

Custody, guardianship and delivery

10. (a) The child shall, from its birth, be in the custody of the intended parents, and they shall bear toward it all the responsibilities and obligations of a parent to his child.

(b) A Welfare Officer designated for that purpose by the Chief Welfare Officer shall—subject to the provisions of subsection (a)—be the child's sole guardian from the time of its birth until a parentage order is made or until another order is made to determine the status of the child.

(c) Delivery of the child by the birth mother into the custody of the intended parents shall be in the presence of the Welfare Officer and as soon as possible after the birth.

Parentage order

11. (a) The intended parents shall, within seven days after the child's birth, apply for a parentage order; if the intended parents did not make a

224 Appendix B

said application, then an application shall be made by the Welfare Officer through the representative of the Attorney General.

(b) The Court shall make a parentage order, unless it concluded—after having received a report from the Welfare Officer—that doing so would contradict the child’s welfare; if the Court concluded as aforesaid, then it shall make an order under section 14.

Effects of parentage order

12. (a) When a parentage order is made, the intended parents shall be the parents and sole guardians of the child, and it shall be their child for all intents and purposes.

(b) A parentage order shall not derogate from rules of prohibition and permission for purposes of marriage and divorce.

Birth mother withdraws from agreement

13. (a) If a birth mother asks to withdraw from a surrogate motherhood agreement and to keep custody of the child, then the Court shall not give its approval thereto unless it is satisfied—after having received a report from the Welfare Officer—that there has been a change of circumstances, which justifies the birth mother’s withdrawal of her consent, and that this is not likely to have an adverse effect on the child’s welfare.

(b) The Court shall not give its approval to an aforesaid withdrawal from a surrogate motherhood agreement after a parentage order has been made.

(c) If the Court approved a birth mother’s withdrawal from a surrogate motherhood agreement, then it shall—by order—determine the birth mother’s status as the child’s mother and guardian and it shall be her child for all intents and purposes; the Court may also—by order—make provisions on the child’s status and on its relationship to the intended parents or to one of them.

Order to determine the child’s status

14. (a) If the Court did not make a parentage order under section 11 (b), and if the birth mother applied for guardianship over the child, then the Court shall make an order as said in section 13(c), unless it concluded—after having received a report from the Welfare Officer—that doing so would contradict the child’s welfare.

(b) If the Court did not make a parentage order under section 11 (b), and if the birth mother did not apply for guardianship over the child, or if the Court concluded that an order under subsection (a) would contradict the

Surrogate Motherhood Agreements Law 225

child's welfare, then it may—by order—make any other provision on the child's status, as it finds appropriate under the circumstances of the case.

Costs

15. If the Court made an order under sections 13 or 14, then it may adjudge a refund of costs to each of the parties to the surrogate motherhood agreement.

Entry in the Register

16. (a) An order under sections 11, 13 or 14 shall be entered in a register to be kept by a Registrar appointed by the Minister of Justice.

(b) Particulars of the registration and its form shall be prescribed in regulation to be made by the Minister of Justice with approval by the Knesset Labor and Social Welfare Committee.

(c) The provisions of section 30 of the Adoption of Children Law 5741–1981 shall apply to this matter, *mutatis mutandis*.

Confidentiality of hearings

17. Hearings under this Law shall be *in camera*, unless the Court found it proper to hold them publicly; however, the Court may permit persons or categories of persons to be present at all or at some of the hearings.

Chapter 4. Miscellaneous Provisions

Saving of enactments

18. The provisions of this Law and of a surrogate motherhood agreement approved under it shall not derogate from requirements under any enactment in respect of informed consent to medical treatment, or shall not prevent a birth mother from receiving medical treatment or any medical procedure to be performed on her according to her desire, including an interruption of pregnancy under Article Two of Chapter Ten of the Penal Law 5737–1977.

Penalties

19. (a) If a person performs the implantation of a fertilized ovum, in order to make a birth mother pregnant and to hand over the child otherwise than in accordance with the provisions of this Law, or in connection with the implementation of a surrogate motherhood agreement that was not

226 Appendix B

approved by the Approvals Committee or in conflict with conditions set by it, then he shall be liable to one year imprisonment.

(b) If a party to a surrogate motherhood agreement or any person on his behalf offers, gives, asks for or accepts any consideration in cash or in kind in connection with the implementation of a surrogate motherhood agreement, otherwise than with the Approvals Committee's approval, then he shall be liable to one year imprisonment.

(c) If a person makes public—without permission from a Court—anything said at sessions of the Approvals Committee or any documents presented to it, or the name, identity or anything else likely to let the birth mother, the intended parents or the child be identified, or the contents of a surrogate motherhood agreement or of documents presented to a Court in these matters, then he shall be liable to one year imprisonment.

(d) If a person hands over or receives a child otherwise than in the presence of the Welfare Officer or otherwise than according to a Court order under this Law, then he shall be liable to one year imprisonment.

Implementation, regulations and appointment of Welfare Officers

20. (a) The Minister of Health is charged with the implementation of Chapter Two and he may make regulations for its implementation.

(b) The Minister of Labor and Social Welfare is charged with the implementation of Chapter Three and he may—in consultation with the Minister of Justice—make regulations for its implementation.

(c) The Minister of Labor and Social Welfare shall—for purposes of this Law—authorize a Chief Welfare Officer and Welfare Officers who shall act under the direction of the Chief Welfare Officer, both generally and on a specific matter.

[Amendments to Other Laws]

21. Amendment of Population Registry Law—No. 7. In the Population Registry Law 5725–1965, insert after section 20:

Registration of child under a surrogate motherhood agreement

(a) When an order has been made under the Surrogate Motherhood Agreements Law (Approval of Agreements and Status of Newborn) 5756–1996, then the particulars stated in the order shall be entered in the Register.

(b) The Minister of the Interior may, in regulations, prescribe rules on the registration procedure, including temporary registration until an order is made by the Court.

Surrogate Motherhood Agreements Law 227

22. Amendment of the Family Courts Law. In the Family Courts Law 5755–1995, in section 1, insert after paragraph (6)(i):

... (j) the Surrogate Motherhood Agreements Law (Approval of Agreements and Status of Newborn) 5756–1996;

23. Amendment of the National Insurance Law—No. 10. In the National Insurance Law (Consolidated Version) 5755–1995—

(1) in the title of Chapter Three, replace “Adoptive Parents” with “Adoptive and Intended Parents”

(2) Insert after section 57:

Benefits for adoptive parents

57A. (a) In this section—

“Surrogate Motherhood Agreements Law”—the Surrogate Motherhood Agreements Law (Approval of Agreement and Status of Newborn) 5756–1996;

“intended mother”—a woman insured under Chapter Eleven, or the wife of a man insured under Chapter Eleven who received a child into their custody as intended parents under the provisions of the Surrogate Motherhood Agreements Law.

(b) Notwithstanding the provisions of section 42, the provisions of Article Two of this Chapter shall apply to an intended mother, *mutatis mutandis* and with adjustments prescribed by the Minister of Labor and Social Welfare with approval by the Knesset Labor and Social Welfare Committee; the day on which an insured woman gave birth shall—in respect of an insured woman who is an intended mother—be deemed the day on which the child was born.

(c) The provisions of Article Three of this Chapter, other than the provisions of sections 48 and 52, shall apply, *mutatis mutandis* and with adjustments prescribed by the Minister of Labor and Social Welfare with approval by the Knesset Labor and Social Welfare Committee; however, the maternity grant shall be paid to the intended mother beginning with the day on which she was given the parentage order under section 11 of the Surrogate Motherhood Agreements Law, or after the end of the period in respect of which she is entitled to maternity grant, whichever is earlier; however, maternity grants shall only be paid for a period during which the child is in her custody under the Surrogate Motherhood Agreements Law. For purposes of this section the determining day shall be the day on which the intended mother received the child into her custody, provided that she

228 Appendix B

is not employed and does not engage in her occupation on the determining day.

24. Amendment of Employment of Women Law—No. 13. In the Employment of Women Law 5714–1954, insert the following after section 6A:

Leave for intended parent

6B. The provisions of section 6 shall also apply, mutatis mutandis and with the adjustments to be prescribed by the Minister of Labor and Social Welfare in regulations with approval by the Knesset Labor and Social Welfare Committee, to a woman employee who received a child into her custody as an intended parent under the provisions of Surrogate Motherhood Agreements Law (Approval of Agreement and Status of Newborn) 5756–1996.

Note

Translation by © Aryeh Greenfield—A.G. Publications, P.O. Box 7422, 31070 Haifa, Israel, Tel./FAX 972-4-825-5104. Reprinted by permission.

Annexe 5: Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022

חוזר המנהל הכללי



משרד הבריאות

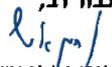
**כ"ע בטבת, התשפ"ב
27 דצמבר 2021
מס': 7/2021**

הנדון: חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילד), תשנ"ו-1996 - הנחת ליישום

הננו מתכבדים להביא בזאת לידיעתכם הנחת בנושא שבנדון.

בהמשך לפסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 781/15 מ'מ: 11/7/2021, יחולו החל מ'מ: 11/1/2022 ש'עוים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (הסכם ומעמד הילד), תשנ"ו-1996 אלהן: "חוק הסכמים" ופרשנותו.

נוהל זה מפרט הנחת הנוגעות לפרק א' ו-ב' בחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

בכבוד רב,

פרופ' נחמן אש

העתק: מר ניצן הורביץ, שר הבריאות
1387057521

1

www.health.gov.il ■ Ministry of health, P.O.B 1176, Jerusalem 91010 ■ 91010 ירושלים ת.ד.1176, משרד הבריאות.

1. רקע:

- בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון בבג"ץ 781/15 מיום: 11/7/2021 יחולו החל מיום: 11/1/2022 שינויים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הסכמים") ובפרשנותו כדלהלן:
- 1.1 תבטלנה הגדרות "הורים מיועדים" ו"אם מיועדת יחידה" שבסעיף 1 לחוק הסכמים כך שהחוק יפורש באופן שאינו מזיר מהסדר הפונדקאות גברים יחידים ובני זוג מאותו מין;
 - 1.2 יש לפרש את יתר הוראות חוק הסכמים והוראות רלבנטיות בחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות), בהתאם לעקרון השוויון ועל פי שתי אמות מידה:
 - א. יש להימנע מפרשנות העומדת בסתירה לזכות לשוויון ולזכות להורות, אשר תחסום את גישתם של בני זוג מאותו מין וגברים יחידים להתקשר בהסדר;
 - ב. יש להחיל את הוראות ההסדר במידת האפשר ובשינויים המחוייבים באופן שוויוני.
 - 1.3 תיקון וביטול ההגדרות מותיר את מכלול ההסדרים הקבועים בחוק הסכמים ובחוק תרומת ביציות על כנם, והרחבת הגישה להסדר הפונדקאות בישראל אינה שוללת את התכלית של הסדרת הליך הפונדקאות בישראל או את תכליתו הרפואית ביחס לנשים.
 - 1.4 הנחיות הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, והטפסים המשמשים לפניה לוועדה, תוקנו ועודכנו בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון והשינויים שלעיל.

2. הגדרות:

- 2.1 "הורים מיועדים" - בני זוג, יחיד או יחידה כאשר לפחות אחד מהם קשר גנטי לילוד;
- 2.2 "תאי רבייה" - ביצית או זרע של לפחות אחד מההורים המיועדים;
- 2.3 "הסכם לנשיאת עוברים" - הסכם בין הורים מיועדים לבין אם נושאת לפיו מסכימה האם הנושאת להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית ולשאת את ההריון עבור ההורים המיועדים;
- 2.4 "מחלקה מוכרת" - מחלקה בבית חולים, או מרפאה, שהכיר בהן המנהל הכללי של משרד הבריאות, בהודעה ברשומות ובתנאים שקבע, לצורך ביצוע פעולות רפואיות הקשורות בהפריה חוץ-גופית;
- 2.5 "קרובת משפחה" - אם, בת, נכדה, אחות, דודה ובת-דוד או בת-דודה, למעט קרבת משפחה בדרך של אימוץ;
- 2.6 "ועדת האישרים" - הועדה שמינה שר הבריאות לפי סעיף 3;
- 2.7 "עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים" - עובד סוציאלי שמונה לעניין חוק זה;
- 2.8 "ייחסי הורות" - מערכת חובות, זכויות וסמכויות הקיימת בין הורה לילדו לפי כל דין;
- 2.9 "צו הורות" - צו בדבר אפוסטרופסות של הורים מיועדים על ילד שנולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים וקיום יחסי הורות ביניהם;
- 2.10 "בית משפט" - בית משפט לעניני משפחה;
- 2.11 "תושב ישראל" - אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע, המתגורר בישראל שלוש שנים לפחות מתוך חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים לפי סעיף 4, או 12 חודשים לפחות מתוך 18 החודשים שקדמו להגשת הבקשה כאמור.

3. תנאים עיקריים להתאמת הורים מיועדים:

- 3.1. ההורים המיועדים הם תושבי ישראל;
- 3.2. גיל הורה מיועד בעת אישור ההסכם לפחות 18 ולאחד מההורים המיועדים לפחות טרם מלאו 54 שנים. ועדת האישורים רשאית, במקרים מיוחדים, לאשר הסכם לנשיאת עוברים אף אם לא מתקיים לגבי ההורים המיועדים התנאי לעניין הגיל המרבי;
- 3.3. לגבי הורים מיועדים שהם בני זוג - אין להם יותר משני ילדים משותפים, ולגבי הורה מיועד יחיד - אין לו יותר משני ילדים גנטיים; לעניין זה, "ילד" - בין שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים ובין שלא;
- 3.4. ההורים המיועדים לא הורשעו, בישראל או מחוץ לישראל, בעבירה שמפאת מהותה, חומרתה או נסיבותיה יש חשש של ממש לפגיעה משמעותית בטובת הילד שיוולד; מתנהל נגד אחד ההורים המיועדים הליך פלילי, בישראל או מחוץ לישראל, בקשר לעבירה כאמור, רשאית ועדת האישורים לדחות את החלטתה עד לסיום ההליך; לעניין זה, "הליך פלילי" - החל בפתחה בחקירה על פי דין;
- 3.5. האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת/אב מיועד; ואולם אם כל הצדדים להסכם הם לא-יהודים, רשאית ועדת האישורים לסטות מהוראות סעיף זה בהתאם לחוות דעת של איש הדת חבר הוועדה;
- 3.6. מצב בריאותם של ההורים המיועדים יובא בשיקולי ועדת האישורים בעת בחינת התאמתם לתהליך;
- 3.7. לפחות אחד מתאי הרבייה של ההורים המיועדים (ביצית ו/או זרע) ישמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ההסכם;
- 3.8. במצב בו שני ההורים המיועדים בעלי תאי רבייה זכריים – הזרע שישמש להפריה יהיה של אחד ההורים המיועדים. לא ניתן לערב זרע משני הורים מיועדים באותה הפריה, ולא יתאפשר להחזיר לרחם עוברים משני אבות מיועדים באותו מחזור טיפול. אם מבוקש לבצע מחזורי טיפול הפרייה נפרדים עם ביציות מופרות בזרע שונה, יש לקבל על כך את הסכמת האם הנושאת מראש ובמסגרת ההסכם;
- 3.9. שימוש בביציות אם מיועדת (או תורמת ביצית) יתאפשר בביציות שנשאבו עד גיל 43.¹

4. תנאים עיקריים להתאמת אם נושאת:

- 4.1. האם הנושאת הינה תושבת ישראל;
- 4.2. גיל המועמדת לאם הנושאת: בעת אישור ההסכם מלאו לה 22 שנים וטרם מלאו לה 39 שנים;
- 4.3. האם הנושאת אינה נשואה, ואולם אם האם הנושאת נשואה, שוכנעה ועדת האישורים כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה, והוסבר לבן זוגה של האם הנושאת את השלכות ההליך לנשיאת עוברים והסיכונים הכרוכים בביצועו והיתה לו הזדמנות להביע את עמדתו לפני ועדת האישורים;
- 4.4. האם הנושאת הרתה וילדה בעבר שלא כאם נושאת, והילדים שילדה לא הוצאו ממשמורתה בהתאם לכל דין;

¹ על פי רשם מחזורי הפרייה חוץ גופית- סיכויי ההשרשה של ביציות שנשאבו לאחר גיל 43 של האישה הינם נמוכים באופן מובהק

- 4.5. לא הייתה אם נושאת יותר מפעמיים ולא ילדה כאם נושאת יותר מלידה אחת, כלומר, לא יאושר הסכם עם אם נושאת באחד משלושת המצבים הבאים:
- 4.5.1. שני הליכי פונדקאות קודמים הסתיימו בלידה;
- 4.5.2. אחד מההליכים הסתיים בלידה והשני במיזוג 6 החזרות של עוברים לרחם;
- 4.5.3. שני ההליכים מוצו ובכל אחד בוצעו 6 החזרות של עוברים לרחם.
- 4.6. מצבה הבריאותי תקין, עברה עד 4 לידות, הלידות היו ללא סיבוכים ובמועד, הילודים במשקל לידה תקין לגיל ההיריון ולא התרחשו סיבוכים רפואיים משמעותיים במהלך ההיריון והלידה;
- 4.7. בשלב הגשת הבקשה המלאה, חלפה לפחות שנה ממועד הלידה האחרון כאשר הלידה הייתה לידה וגינלית או שנה וחצי לאחר ניתוח קיסרי;
- 4.8. האם הנושאת אינה קרובת משפחה של אחד ההורים המיועדים.
5. תנאים כלליים לאישור ההסכם:
- 5.1. בהסכם לנשיאת עוברים נקבעו הוראות שלפיהן ההפריה החוץ-גופית לשם השתלת ביצית מופרית באם הנושאת, השתלת הביצית המופרית באם הנושאת, נשיאת ההיריון בעבור ההורים המיועדים והלידה, ייעשו בישראל; ואולם ועדת האישורים רשאית לאשר כי חלק מנשיאת ההיריון ייעשה מחוץ לישראל אם יש טעמים המצדיקים זאת ובהתאם לתנאים שתקבע;
- 5.2. כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי ובהבנם את משמעותו ותוצאותיו;
- 5.3. לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת ונקבע בהסכם לנשיאת עוברים כי לא ייעשו יותר משישה ניסיונות להשתלת הביציות המופרות באם הנושאת;
- 5.4. לא קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שייוולד;
- 5.5. לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או המקפחים את זכויות הילד שייוולד או את זכויות אחד מהצדדים;
- 5.6. אישרה ועדת האישורים הסכם לנשיאת עוברים, יחתמו עליו הצדדים בפניה. כל שינוי בהסכם טעון אישור הועדה;
- 5.7. דחתה ועדת האישורים בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים, תנמק בכתב את החלטתה;
- 5.8. דחתה בקשה כאמור בשל תנאי הנוגע להורים המיועדים, תדון ועדת האישורים בבקשה נוספת שיגישו אותם הורים מיועדים רק לאחר שחלפו שנתיים לפחות ממועד דחיית הבקשה, אלא אם כן חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטת הועדה כאמור;
- 5.9. חל שינוי בפרטים שמסרו האם הנושאת או ההורים המיועדים לוועדת האישורים וטרם הושתלה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים, יודיעו על כך לוועדת האישורים בהקדם האפשרי;
- 5.10. ועדת האישורים רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם חל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושתלה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים;

- 5.11. לא יתקשר אדם בהסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים, ולא יבצע אדם הסכם שלא אושר בידי ועדת האישורים או שלא בהתאם להוראות ההסכם שאושר או לתנאי האישור;
- 5.12. ועדת האישורים רשאית לאשר תנאים בהסכם בדבר תשלומים חודשיים לאם הנושאת לכיסוי הוצאות ממשיות, הכרוכות בביצוע ההסכם, לרבות הוצאות עבור ייעוץ משפטי ודמי ביטוח, וכן לפיצוי על ביטול זמן, סבל, אובדן הכנסה או הפסד זמני של כושר השתכרות, או כל פיצוי סביר אחר;
- 5.13. צד להסכם לנשיאת עוברים בישראל או המבקש להיות צד להסכם כאמור, לא יקבל ולא ייתן, תמורה, בכסף או בשווה כסף, בעד ביצוע ההסכם כאמור, למעט תשלומים שאישרה ועדת האישורים.

6. תהליך הגשת בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים:

- 6.1. השלב הראשון – ניתן להגיש בקשה לבחינת העמידה של ההורים המיועדים בתנאי הסף בהתאם לדרישת החוק (להלן: בחינת הזכאות). שלב זה הינו רשות, ומיועד לבחינת העמידה של ההורים המיועדים בתנאי הסף בהתאם לדרישות החוק. מטרתו לייעל את תהליך ולהימנע מהשקעת משאבים כלכליים ונפשיים של ההורים המיועדים, הנדרשים לקראת הגשת בקשה מלאה לוועדה לאישור הסכמים. שלב זה מבוצע על סמך בחינת מסמכים.
- הגשת בקשה לבחינת הזכאות לאישור הסכם לנשיאת עוברים תוגש לוועדת האישורים בצרוף המסמכים המפורטים להלן:
- 6.1.1. מכתב פניה של ההורים המיועדים - במכתב תפורט הסיבה לפנייה אל הוועדה, יצוין המעמד האישי (למשל: נשואים או חיים בהסכם חיים משותפים, יחיד/ה המצהיר/ה כי אין לה/לו בן/בת זוג) גיל, מעמד בישראל, ודת ופרטי התקשרות הכוללים: כתובת, טלפון, דואר אלקטרוני.
- 6.1.2. עבור אם מיועדת - חוות דעת רפואית בדבר אי יכולתה להתעבר או לשאת הריון או כי הריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה. חוות הדעת תכתב ע"י רופא מומחה לפריון, מיילדות וגניקולוגיה. במקרה של מחלת רקע יש לצרף בנוסף חוות דעת מהרופא המטפל המומחה בתחום הרלוונטי.
- 6.1.3. אבחון פסיכולוגי של ההורים המיועדים על התאמתם להליך נשיאת עוברים - על חוות הדעת לעמוד באמות המידה לכתבת חוות דעת פסיכולוגית בהתאם לקווים מנחים הנדרשים לכתבת חוות דעת זו, כמפורט באתר משרד הבריאות.
- 6.1.4. אישור של פסיכולוג או עובד סוציאלי כי ההורים המיועדים קיבלו יעוץ מקצועי מתאים, לרבות בדבר אפשרויות הורות אחרות.
- 6.1.5. סיכום מידע רפואי מרופא משפחה לגבי מצב בריאותם של כל אחד מההורים המיועדים.
- 6.1.6. ציון מקור הזרע שישמש להפריה (הורה מיועד או תרומת זרע).
- 6.1.7. עבור הורה מיועד שמזרעו מבוקש לבצע את ההפריה – תוצאות בדיקת זרע עדכניות.
- 6.1.8. ציון מקור הביצית שתופרה (הורה מיועד או תרומת ביצית).
- 6.1.9. כתב ויתור על סודיות רפואית של כל אחד מההורים המיועדים חתום בפני עו"ד.
- 6.1.10. צילום תעודת זהות של ההורים המיועדים - שני צדדים של התעודה וספח עדכני.
- 6.1.11. "תעודת בירור פרטים על נוסע" ל-5 שנים האחרונות.

הכרה בעמידה בתנאי הסף שבחוק, אינה מחייבת כי יינתן אישור סופי להסכם לנשיאת עוברים והיא מתייחסת אך ורק לעמידת ההורים המיועדים בתנאי הסף, על פי המסמכים שיוגשו לוועדה.

6.2. השלב השני - הגשת בקשה מלאה לאישור הסכם לנשיאת עוברים:

לאחר קבלת הודעה מוועדת האישורים על עמידה של ההורים המיועדים בתנאי הסף של החוק, כפי שהוגדרו בשלב הראשון בתהליך קבלת האישור ניתן לפעול לאיתור אם נושאת, באופן עצמאי או באמצעות מרכז תיווך.

על האם הנושאת לעמוד בתנאי הסף שצוינו בסעיף 4.

את הבקשה המלאה יש להגיש בצרוף המסמכים הבאים (הטפסים והנחיות מפורטות למסמכים מפורסמים באתר משרד הבריאות):

- 6.2.1. בקשה לאישור הסכם לנשיאת עוברים – מטעם ההורים המיועדים;
- 6.2.2. תצהירים חתומים - לאם המיועדת, לאב המיועד ולאם הנושאת;
- 6.2.3. דרישות רפואיות מהורים מיועדים – בדיקות ומסמכים רפואיים;
- 6.2.4. חוות דעת רפואית אם מיועדת - גניקולוגית, מיילדותית או אחרת;
- 6.2.5. הערכה פסיכולוגית של פסיכולוג מטעמם של ההורים המיועדים בדבר התאמתם להליך;
- 6.2.6. אישור של פסיכולוג או עובד סוציאלי כי ההורים המיועדים קיבלו יעוץ מקצועי מתאים, לרבות בדבר אפשרויות הורות אחרות;
- 6.2.7. חוות דעת רפואית אם נושאת – אישור בדיקת רופא מומחה ברפואת נשים וטופס הסכמה מדעת חתום על ידי האם הנושאת, לאחר קבלת הסבר מהרופא המטפל על התהליך;
- 6.2.8. הערכה פסיכולוגית אם נושאת ואם יש לה בן/בת זוג גם חוות דעת פסיכולוגית עבורם;
- 6.2.9. טיוטת הסכם לנשיאת עוברים;
- 6.2.10. הסכם תיווך בשכר ופרטי המתווך - אם הצדדים התקשרו בהסכם לנשיאת עוברים באמצעות תיווך;
- 6.2.11. טופס ויתור על סודיות רפואית של הצדדים להסכם;
- 6.2.12. הצהרת עורך דין ב"כ האם הנושאת והאם הנושאת – לאחר קבלת הסבר מהעורך דין המייצג על ההסכם, משמעותו ותוצאותיו (יודגש כי על ההורים המיועדים והאם הנושאת להיות מיוצגים על ידי עורכי דין נפרדים);
- 6.2.13. אישור סוכן הביטוח והאם הנושאת על הסבר לגבי ביטוח חיים לאם הנושאת;
- 6.2.14. חתימת הורים מיועדים ואם נושאת על טופס תיאום ציפיות בין הצדדים;
- 6.2.15. חשבון נאמנות – יש לציין נאמן להפקדת כספי התמורה עבור מימוש הסכם הפונדקאות. אין להפקיד את התמורה אלא לאחר אישור ההסכם לנשיאת עוברים על ידי הוועדה ולפני החתימה על ההסכם.

7. תהליך אישור ההסכם לנשיאת עוברים בוועדה:

- 7.1. הוועדה תבחן את כלל המסמכים שהוגשו לעיונה, תשמע את הצדדים להסכם לפי הנדרש ורשאית, לפי שיקול דעתה, לדרוש מהצדדים כל חומר נוסף ולשמוע כל אדם אחר. כמו כן, לעיתים ידרשו הבהרות ותיקונים לטיטת ההסכם טרם אישורו. לאחר קבלת ההסכם המתוקן ואישורו על ידי הוועדה, יקבע מועד לחתימה על ההסכם בפני הוועדה.
- 7.2. הוועדה רשאית לאשר את ההסכם לנשיאת עוברים לאחר שתשקול את כלל המידע העולה מחוות הדעת והמסמכים ואת הדברים שהושמעו בפניה, לאחר שתיווכח כי התקיימו כל התנאים כאמור בנוהל זה.
- 7.3. מעמד החתימה על ההסכם לנשיאת העוברים על ידי הצדדים יהיה בנוכחות חברי הוועדה. במעמד זה ינתן אישור הוועדה לתחילת התהליך.
- 7.4. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים תהיה רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם יחול שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושגלה הביצית המופרית באם הנושאת, כאמור בסעיף 5 לעיל.

רשימת ההנחיות והמסמכים המלאה מפורסמת באתר הרשמי של משרד הבריאות וטרם הפנייה לוועדה יש להתעדכן באתר המשרד, בכתובת:

https://www.gov.il/he/departments/ministry_of_health/govil-landing-page

INDEX

A

adoption plénière, 22, 153, 157, 158, 179, 187, 236, 237, 240, 240

adoption simple, 240

B

bioéthique, 4, 10, 17, 18, 23, 25, 26, 27, 38, 46, 47, 55, 63, 66, 74, 103, 104, 107, 108, 110, 132, 133, 136, 138, 139, 140, 149, 160, 175, 177, 22

7, 235, 238, 248, 260

C

Commission des Lois, 270

consentement, 10, 33, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 79, 80, 81, 85, 89, 91, 93, 120, 132, 141, 157, 174, 176, 198, 201, 216, 220, 231, 259, 262, 268, 279, 283, 284

Contrat, 133, 146, 147, 158, 163, 170, 195, 201, 212, 218, 219, 220, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 237, 239, 242, 243, 244, 248, 249, 270, 271, 273, 278, 282, 283

D

dignité, 64, 65, 67, 69, 98, 100, 103, 104, 105, 106, 122, 125, 133, 143, 226, 228, 230, 232, 235, 236, 241, 257, 260, 261, 264

droit de l'enfant 122, 126, 132, 140, 212

droit à l'enfant 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143

E

embryo carrying agreement, 19, 28, 135, 160, 161

état civil, 4, 23, 24, 25, 26, 27

éthique, 12

exécution forcée, 231, 234,

F

fait accompli, 28,147,184,266

filiation juridique,130,131

filiation biologique, 128,130,131,132,139,140,148,149,150,151,192,195,212,213,251,254

Filiation halakhique 112

G

gestation pour autrui, 11,12,13,14,15,1617,18,20,21,22,23,24,26,28,30,31,32,36,38,39,40,42,43,44,61,63,64,65,66,74,75,82,
83,85,91,95,96,98,99,101,102,103,104,107,108,111,113,115,122,123,127,128,129,130,131,132,133,134,135,136,138,140,
143,144,145,146,150,152,153,155,157,158,160,162,163,164,166,167,168,169,177,178,180,184,185,186,187,188,190,191,
193,196,197,198,201,204,207,208,209,210,211,212,213,215,218,219,220,222,223,224,226,228,229,232,236,239,242,243,
246,248,249,251,252,254,256,257,258,264,268,269,270,271,274,276,277,278,280,281,282,283,284,285

I

identité, 33,50,54,78,80,82,92,105,123,124,125,126,127,128,130,131,132,133,134,139,145,149,162,169,174,175,176,177,186,189
,214,220,239,283

indisponibilité de l'état des personnes, 22,39,102,230,235,236,237,239,240,241,248,251

indisponibilité du corps humain, 12,22,27,28,229,230,235,236,237,238,239,241,248

intérêt général, ,145

intérêt particulier, 145,148,150,151,152

intérêt supérieur de l'enfant, 145,148,154,155,162,182,252,253,267

L

libre disposition de son corps, 251

lois de bioéthique, 5,26 ,27,135,136,137,140,141,142 ,143,152,156,172,174,247,284, 286,287,293,294,295

O

ordre public, 22,24,39,102,144,146,147,149,182,207,221,222,224,226,227,228,230,237,241,243,246,248,249,251,252,253,
254,257,275

ordonnance parentale, 88,94,200,215,261,268

P

parent d'intention , ,23,26,141,157,164,288,289

procréation médicalement assistée, 9,10,11,12,14,17,18,21,38,40,42,43,44,45,46,47,51,52,58,60,61,62,73,74,75,77,82,104,109,
114,116,137,143,168,169,170, 175,176,184,187,219,251,256,258

parenté, 17,34,91,92,129,137,138,140,141,148,166,167,169,182,199,208,211,220,258,259,260,283

parentalité , 44,99,112,129,166,169,170,202,203,208,211,216,258,259,260,261,262,264,266,268

patrimonialité, 244

possession d'état, 155,156, 205,206,207

post-mortem, 263

R

réalité juridique, 25,26,148,149,160,161

réalité biologique, 141,148,149,152,158,159,164,210,212,213,255

régime juridique, 181,208

réification, 27,108,195

responsabilité civile, 142

responsabilité parentale, 274

T

tourisme procréatif, 135,251,252,271,272,273,286

V

vente d'enfant, 132,142

vie familiale, 134,139,160,240,254

TABLES DES MATIERES

Avertissement.....	2
Remerciements	3
Principales abréviations	6
Sommaire.....	7
Introduction	9
Partie I. La vie	37
Titre I. La GPA : Une Technique	41
Chapitre I. De la PMA à la GPA	42
Section 1. Un souci d'égalité pour la France.....	44
§1. Une égalité revendiquée	44
A. L'épanouissement de la PMA	44
B. La revendication des couples homosexuels masculins : la GPA.....	63
§2. A un principe d'égalité.....	67
A. Les contours du principe	67
B. Application du principe d'égalité.....	72
Section 2. Une PMA pour tous et une GPA pour tous récente en Israël	74
§1. Une procréation médicalement assistée pour tous.....	75
A. Une politique favorable à la PMA pour tous	76
B. Les principes relatifs aux dons de gamètes.....	78
§2. Une gestation pour autrui autorisée pour tous en Israël depuis le 11 janvier 2022	82
A. La loi originelle de 1996 autorisant la gestation pour autrui.....	82
B. Une gestation pour autrui autorisée pour tous	95
Chapitre II. Les fondements de la gestation pour autrui	102
Section 1. Les fondements de l'interdiction de la gestation pour autrui en France	103
§1. Les principes moraux de l'interdiction de la GPA.....	103
A. Le Fondement religieux.....	103

B. L'atteinte à la dignité, principal fondement de l'interdiction de la gestation pour autrui.....	104
§2. Les autres fondements à l'appui de l'interdiction de la gestation pour autrui	107
A. Les arguments philosophiques	107
B. Les arguments scientifiques.....	109
Section 2. Les fondements de la légalisation de la gestation pour autrui en Israël	111
§1. La religion, fondement originel de l'autorisation de la GPA.....	111
A. Le Fondement biblique de la Gestation pour Autrui	111
B. Une politique publique favorisant la GPA	114
§2. L'analyse sociologique de la GPA en Israël.....	114
A. La pratique de la GPA en Israël	115
B. Les problématiques liés à la GPA.....	119
Titre II. Le Droit à la vie-Un Droit.....	122
Chapitre I. Droit de l'enfant ou Droit à l'enfant ?	123
Section 1. Les droits de L'enfant et la gestation pour autrui	123
§1. La protection des droits de l'enfant	123
A. La protection générale des droits de l'enfant.....	123
B. Une protection spécifique à l'enfant au nom de l'intérêt de l'enfant.....	125
§2. La remise en question des droits de l'enfant dans le cas du recours à la GPA	127
A. La construction identitaire	127
B. L'équilibre personnel de l'enfant remis en question dans le cas de la gestation pour autrui	129
Section 2. Le Droit à L'enfant.....	136
§1. Le droit à l'enfant est-il invocable dans le cas de la GPA ?.....	136
A. La nature du droit à l'enfant.....	136
B. L'invocation du droit à l'enfant dans le cas de la gestation pour autrui..	137
§2. L'impossible conciliation du droit à l'enfant avec les droits de l'enfant.....	139
A. La divergence entre « <i>le droit à l'enfant</i> » et les droits de l'enfant	140
B. L'éventuel possibilité d'encadrer cette pratique	142
Chapitre II. L'intérêt de l'enfant.....	145
Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant.....	145
§1. L'intérêt de l'enfant comme fondement à l'interdiction de la GPA	145
A. L'intérêt de l'enfant, un des fondements à l'interdiction de la GPA	146

B. La balance entre ordre public général et l'intérêt de l'enfant en particulier	148
§2. L'intérêt de l'enfant apprécié « <i>in concreto</i> ».....	150
A. La prise en compte de l'intérêt particulier de l'enfant.....	150
B. Les limites à l'appréciation « <i>in concreto</i> ».....	161
Section 2. Un intérêt protégé ou menacé	161
§1. Les conditions exigées par la loi « <i>embryo carrying agreement</i> ».....	161
A. L'intérêt de l'enfant protégé par la loi « <i>embryo carrying agreement</i> » ...	161
B. L'encadrement strict de la loi dans l'intérêt de l'enfant à naître	162
§2. L'intérêt de l'enfant « <i>in concreto</i> ».....	163
A. La protection de l'enfant dès la naissance.....	163
B. Les limites de l'intérêt de l'enfant « <i>in concreto</i> »	164
Partie II. Les Vies	166
Titre I. Une multiplicité d'acteurs dans ce nouveau processus	169
Chapitre I. Plusieurs mères supposées, plusieurs pères supposés	172
Section 1. La mère porteuse, la mère d'intention, la donneuse d'ovules	172
§1. La subdivision du rôle de la mère	172
A. La véritable mère	172
B. La place respective de la mère porteuse et de la mère d'intention.....	193
§2. La protection de la mère porteuse	198
A. Une protection de la mère porteuse incluse dans les « <i>accords</i> »	198
B. Une protection menacée.....	200
Section 2. Le père d'intention, le père génétique, le donneur de sperme, une personne unique.....	204
§1. Un père indivisible, unique et certain.....	204
A. Le père génétique, donneur de sperme	204
B. Une preuve certaine	209
§2. L'intérêt du père d'intention	213
A. Une protection inscrite dans la loi	213
B. Une protection insuffisante	216
Chapitre II. L'intervention de L'État dans ce nouveau procédé.....	218
Section 1. La Publicisation des contrats de GPA.....	218
§1. Un Ordre Public de Protection appliqué en Israël	219
A. L'intervention de l'État dans un accord entre deux femmes.....	219
B. Une intervention insuffisante quant à la protection de la mère porteuse	221

§2. L'implication de l'État.....	222
A. Une implication justifiée	222
B. La légitimité de cette implication	224
Section 2. Un Droit spécifique	228
§1. La GPA : Un contrat ?.....	228
A. La gestation pour autrui et le droit des contrats	229
B. L'indisponibilité du corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes.....	235
§2. Une spécificité alliant Droit des personnes et Droit des Contrats	241
A. Une proximité entre deux femmes révélant une grande dimension humaine	241
B. Une Combinaison entre droit des personnes, droit des contrats et ordre public	243
Titre II. Harmonisation des intérêts	246
Chapitre I : De possibles oppositions d'intérêts.....	248
Section 1. La divergence entre l'intérêt public et l'intérêt privé en France :	249
§1. Deux intérêts par essence opposés :.....	249
A. Deux intérêts contraires.....	249
B. Une prééminence des droits individuels au détriment d'une norme « a priori ».....	250
§2. L'intérêt de l'enfant, une appréciation « <i>in Concreto</i> », une considération primant sur l'interdiction de la GPA	252
A. Un intérêt prévalant sur la prohibition de la gestation pour autrui.....	252
B. L'intérêt de l'enfant au soutien d'une reconnaissance du statut de la mère d'intention	255
Section 2. Convergence des intérêts privés et publics en Israël	257
§1. La gestation pour autrui et l'ordre public : un intérêt commun où intérêts publics et privés se concilient	257
A. Une politique publique favorisant la GPA pour les couples hétérosexuels	257
B. Une politique publique longtemps en opposition avec les intérêts des couples homosexuels	263
§2. L'intérêt de l'enfant « <i>in concreto</i> ».....	266
A. L'importance du fait accompli	266
B. La maternité pour autrui à l'étranger et l'intérêt de l'enfant.....	268
Chapitre II. Une possible résolution des conflits.....	270
Section 1. La nécessité d'un consensus international	271

§1. L'élaboration d'un consensus international	271
A. Un consensus international.....	272
B. La nécessité d'une reconnaissance de la filiation.....	274
§2 La GPA transfrontière en Israël et la nécessité d'un encadrement	276
A L'absence de contrôle de la GPA transfrontière en Israël.....	276
B La nécessité d'un encadrement transfrontière.....	277
Section 2. L'éventualité d'une légalisation de la GPA « stricto sensu », modèle israélien.....	279
§1. L'identification de la gestation pour autrui.....	280
A. L'utilisation d'un lexique confus.....	280
B. L'enjeu de la gestation pour autrui : un équilibre entre la mère d'intention et la mère porteuse.....	281
§2. La solution à cette pratique.....	282
A. Une gestation pour autrui stricto sensu comme en Israël	283
B. L'alternative à la GPA : La Greffe d'utérus ou l'utérus artificiel.....	286
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	288
BIBLIOGRAPHIE.....	303
Table des Annexes.....	320
Annexe 1: Public Board to Consider Legislation Regulating Fertility and Childbirth in Israel (Mor-Yosef Board) (Hebrew).....	320
Annexe 2: Surrogacy Agreement Law 1996 (Hebrew).....	321
Annexe 3: Surrogacy Agreement Law 2nd Amendment 2018 (Hebrew)	329
Annexe 4: Appendix B. Surrogate Motherhood – Agreements Law 5756 – 1996	335
Annexe 5: Amendment to the Surrogacy Arrangement law, January 11, 2022.....	345
INDEX.....	352
TABLES DES MATIERES	356