



QUAND L'ABSOLUTISME DES PRINCIPES NIE LA JUSTICE. À PROPOS DU DÉBAT JURIDIQUE SUR LE STATUT DES ENFANTS NÉS D'UNE CONVENTION DE GESTATION POUR AUTRUI

*WHEN LEGAL ABSOLUTISM DENIES JUSTICE: THE LEGAL DEBATE
ON THE STATUS OF CHILDREN BORN THROUGH SURROGATE
ARRANGEMENT*

RÉSUMÉ

La loi sur l'interruption de grossesse a 40 ans et consacre désormais le droit à l'avortement au moment où le législateur sort la recherche sur l'embryon de son interdiction et reconnaît « le mariage pour tous ». Ce trop de dérégulation de la famille institutionnelle et traditionnelle semble paradoxalement avoir pour contrepartie la volonté de maintenir les enfants nés d'« une mère porteuse » hors le champ du droit, et même, en raison des difficultés auxquelles ils sont affrontés, de la société. Or, le devoir du droit est non d'excommunier mais de maintenir un lien entre tous les membres de la société.

MOTS-CLÉS

Gestation pour autrui, statut des enfants, droit français, droit étranger, justice.

SUMMARY

The law on termination of pregnancy is now 40 years old and sanctions the right to abortion just when the legislator releases research on embryos from its prohibition and acknowledges « marriage for all ». On the other hand, this excess of deregulation of the traditional, institutional family seems paradoxically to want to maintain children born of « a surrogate mother » outside the scope of the law, and even, because of the difficulties they face, of society. However, the duty of law is not to excommunicate but to maintain a link between all the members of society.

KEYWORDS

Surrogate arrangement, children' rights, French law, Foreign law, Justice.

DROIT, SANTÉ,
SOCIÉTÉ
est une série du
JOURNAL DE
MÉDECINE LÉGALE,
DROIT MÉDICAL



La gestation pour autrui n'est pas (encore) un geste anodin, banal. Parce que altruiste ou mercantile, elle rend visible la dissociation de la maternité ou, plus exactement, ses différentes composantes : génétique, gestationnelle et sociale. Si l'on admet, en effet, que la reconnaissance ou l'exercice de la parenté puisse être retirée aux parents biologiques qui socialement ne se comporteraient pas comme des parents, il est symboliquement, voire anthropologiquement plus difficile, de mettre des candidats à la parenté dans une situation de parenté réelle lorsque la génétique et la biologie le leur refusent. Il n'y a pas si longtemps « la procréation artificielle » n'avait pas droit de cité. Médicalisée dans le but de combattre l'infertilité et la transmission de graves maladies à l'enfant, elle a trouvé en France dans l'idée de « projet parental » un modèle social et sa légitimité.

Cependant, très tôt, au nom de la dignité de la personne (de la femme), de l'indisponibilité du corps et du rejet de sa « marchandisation », ce qui était alors qualifié de contrat de « maternité de substitution » a été interdit sans que nul ne s'en émeuve véritablement.

Alors, pourquoi ce qu'on dénomme aujourd'hui la GPA conduit-elle à une vive controverse au point d'avoir brisé la belle apparence d'une « bioéthique à la française », qui serait nécessairement consensuelle ? Et surtout, pourquoi, cette controverse se cristallise-t-elle sur le « statut juridique » en France des enfants nés à l'étranger d'une telle convention ?

La réponse nous semble simple mais lourde de conséquences, notamment pour notre perception de ce qu'est le droit. Fondé sur des valeurs d'autant plus affirmées et fortes qu'elles se veulent universelles, le droit français a, sur ce sujet, construit, depuis le début des années 1990 et sous l'égide de la Cour de cassation, un raisonnement d'une logique implacable : la convention de maternité de substitution est nulle et

tout « couple commanditaire » qui, y ayant eu recours, essaie de faire établir à l'égard de ses membres un lien de filiation avec l'enfant ainsi né, commet une fraude à la loi ou peut se voir opposer, pour entraver ses démarches, la notion d'ordre public. Ainsi ni l'adoption, simple ou plénière, ni la transcription à l'état-civil d'une filiation légitimement établie à l'étranger n'ont résisté à ce rouleau-compresseur juridique. Or, résoudre la délicate situation des enfants vivant en France, dans des familles sans lien de parenté avec eux, ferait tomber cette forteresse juridique et révélerait que, pas plus que l'embargo américain n'a mis fin au régime de F. Castro à Cuba, pas plus le fondamentalisme juridique ne peut cacher l'existence d'une réalité d'autant plus visible qu'elle concerne des enfants dont notre société se vante de reconnaître la primauté de leur « intérêt supérieur » sur tout autre !

En condamnant le 26 juin 2014 la France pour avoir porté atteinte à la vie privée de ces enfants, la Cour européenne des droits de l'homme nous invite à réfléchir non en terme de souveraineté mais en terme de proportionnalité du droit par rapport à ses objectifs.

En effet, il ne s'agit pas d'une mise en cause de la souveraineté de la France par l'intervention d'une juridiction étrangère, qui, au surplus, serait trop dépendante d'une interprétation utilitariste du droit. D'une part, le droit européen des droits de l'homme n'est pas étranger au droit français dès lors qu'en adhérant à la Convention européenne des droits de l'homme, la France a librement reconnu l'application de celui-ci, à laquelle contribue le juge français, et le rôle de la Cour de Strasbourg. D'autre part, parce que, dans cet arrêt comme dans les nombreux précédents qui concernent le biodroit, cette Cour ne cesse de réaffirmer la large marge d'appréciation qui est celle des États membres pour fixer leur législation en ce domaine sensible.



En l'espèce, que dit la Cour qui puisse soulever le courroux des juristes français :

« Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois... que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté... »

Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance... La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ». Est-ce si loin de ce que dit le Conseil d'État, qui, le 12 décembre 2014, a refusé d'annuler la circulaire du ministre de la justice indiquant que « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de

vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». cette circonstance « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française » ? Écoutons la Haute juridiction administrative, dont le penchant pro-européen ne peut guère être mis en avant :

« La seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenu au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ».

Cette exacerbation des principes juridiques, qui pour des motifs liés à des batailles idéologiques et à la carence des pouvoirs publics, qui ont laissé agir la jurisprudence au lieu de légitimer en temps et en heure, ne peut conduire qu'à une triste et double tragédie : celle du droit, devenu champ de batailles d'enjeux qu'il ne maîtrise pas et celle des enfants ainsi nés, qui se trouvent réduits à un état pire que celui des enfants incestueux puisqu'ils ne peuvent revendiquer le lien biologique et incontestable de filiation existant avec l'un des membres du « couple commanditaire » !

À ceux qui estiment que c'est cela « faire partager le souci du juste », je préfère répondre avec d'Aguesseau que dire la justice, c'est « traiter les affaires humaines humainement ». ■

Christian BYK
Juge à la cour d'appel de Paris



BULLETIN D'ABONNEMENT 2015 / SUBSCRIPTION FORM 2015

LES 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE

6 SERIES OF THE INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE



Six séries

- Série A : Journal des Instituts de Médecine légale
- Série B : Conflits, Catastrophes, Situations humanitaires
- Série C : Criminalistique
- Série D : Dommage Corporel
- Série E : Droit, Santé et Société
- Série F : Médecine Légale du Vivant

Six series

- Series A: Journal of Forensic Medicine Institutes*
- Series B: Conflicts, Disasters, Humanitarian Situations*
- Series C: Criminalistics*
- Series D: Physical Injury*
- Series E: Health, Law and Society*
- Series F: Clinical Forensic Medicine*

JE DÉSIRE M'ABONNER AUX 6 SÉRIES DU JOURNAL DE MÉDECINE LÉGALE - volume 58
I WANT TO SUBSCRIBE TO THE 6 SERIES OF INTERNATIONAL JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE

Nom / Name Prénom / First name

Adresse / Address

Code postal / Zip Code Ville / Town Pays / Country

Email Tel

je joins mon règlement à l'ordre des EDITIONS ESKA SOIT UN MONTANT TOTAL DE.....€ par :
I enclose my payment to the order of ESKA EDITIONS FOR A TOTAL AMOUNT OF.....€ by:

Chèque à l'ordre des Editions ESKA

Virement bancaire aux/Bank transfer to Editions ESKA - BNP Paris Champs Elysees 30004 / 00804 / compte: 00010139858 / 36

Carte de crédit/Credit card Visa Mastercard Date d'expiration/Expiry date :

(Une facture vous sera retornée comme justificatif de vos dépenses)

(An invoice will be sent to you to acknowledge payment).

Bulletin à retourner avec votre paiement à / *Return your payment with this slip to*

Editions ESKA, bureaux et ventes, 12, rue du Quatre-Septembre, 75002 PARIS FRANCE



Editions
ESKA