



Droit de la famille n° 11, Novembre 2015, étude 15

## La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français

Etude par Claire de LA HOUGUE  
docteur en droit,  
avocat au barreau de Strasbourg

### Sommaire

**La gestation pour le compte d'autrui est un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant et de le remettre au(x) commanditaire(s) à sa naissance. Du côté des commanditaires, on peut parler de gestation *par* autrui. L'expression « maternité de substitution » est également employée, notamment au sein du Conseil de l'Europe. La femme qui porte l'enfant peut être génétiquement sa mère ou non. Dans le premier cas - on parle alors de « procréation pour autrui » - elle est inséminée, le plus souvent, avec le sperme du commanditaire. Dans le second cas, elle est seulement gestatrice de l'enfant conçu par fécondation *in vitro*, soit avec les gamètes des deux membres du couple, soit avec ceux d'un membre du couple et d'un donneur (cas le plus fréquent, avec un don d'ovocyte), soit avec ceux de deux donneurs. Quant à la femme, elle peut être bénévole (avec, le cas échéant, une indemnisation) ou rémunérée.**

**1. -** Le régime juridique de la maternité de substitution varie selon les pays : certains l'interdisent et refusent d'en reconnaître les effets lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger, d'autres l'interdisent en théorie mais l'entérinent sous conditions, certains l'admettent à condition qu'elle ne soit pas commerciale, d'autres l'acceptent pratiquement sans limites, beaucoup enfin ne la réglementent pas.

2. - Contrairement à la Grande-Bretagne qui l'a légalisée sous conditions en 1985 par le *Surrogacy Arrangement Act*, la France a refusé avec constance la gestation pour le compte d'autrui aux motifs qu'elle porte « atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » et constitue « un détournement de l'institution de l'adoption »<sup>Note 1</sup>. Tant la jurisprudence<sup>Note 2</sup> que le législateur<sup>Note 3</sup> ont longtemps maintenu cette position stricte. La Cour européenne des droits de l'homme, sans remettre directement en cause le principe de l'interdiction, exige pourtant la reconnaissance de certains effets au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>Note 4</sup>. Les hautes juridictions françaises ont capitulé après les arrêts du 26 juin 2014. En effet, au nom du dialogue des juges, le Conseil d'État a validé la circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française - conventions de mères porteuses - état civil étranger<sup>Note 5</sup>, puis la Cour de cassation a autorisé la transcription d'actes de naissance étrangers indiquant comme parents le commanditaire et la mère porteuse car « l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et (...) les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité »<sup>Note 6</sup>. Tout récemment, la cour d'appel de Rennes a refusé la transcription d'un acte de naissance indiquant comme parents les commanditaires, au motif qu'il n'était pas conforme à la réalité, la femme commanditaire n'ayant pas accouché de l'enfant<sup>Note 7</sup>.

3. - La maternité de substitution n'est pas vraiment nouvelle mais elle se répand et devient un commerce mondial. Son développement rend nécessaire une réponse juridique. À ce jour, il n'y a d'accord international ou européen ni sur le régime juridique, ni même sur la qualification juridique de la gestation par autrui.

4. - Cette pratique mérite-elle une qualification *sui generis* ou entre-t-elle dans le cadre de dispositions existantes ? Au motif que c'est un phénomène nouveau, certains pensent qu'il lui faudrait une qualification juridique nouvelle, sur mesure. Pourtant, des pratiques existantes - licites ou non - s'en rapprochent, en particulier l'adoption et la vente d'enfant. Le choix d'appliquer ou non à la gestation par autrui les qualifications existantes dépend largement de la volonté de tolérer ou non cette pratique. En effet, les qualifications juridiques existantes s'y opposent.

5. - L'objet de cet article est d'étudier les mécanismes de la maternité de substitution au regard des dispositions du droit interne positif et du droit international : les qualifications existantes sont-elles applicables et, si oui, quelles en sont les conséquences ? Seule la situation des enfants sera examinée en détail. Celle des mères porteuses ne sera qu'effleurée car elle dépend largement des circonstances. Le choix de la qualification est déterminant car c'est de lui que dépendra le régime choisi : encouragement, tolérance ou prohibition. Il s'agit certes d'une opération juridique, mais elle revêt inévitablement une dimension morale et politique car elle reflète une conception de la dignité humaine.

6. - Il est nécessaire d'examiner les mécanismes de la gestation pour le compte d'autrui au regard des dispositions relatives à l'adoption, à la vente d'enfant, à la traite et même, à l'esclavage. En donnant leurs qualifications juridiques à ces mécanismes, nous verrons que, loin d'être anodine, cette

pratique porte gravement atteinte à la dignité et aux droits des enfants concernés, en violation du droit international (1) et du droit pénal français (2).

## 1. La qualification de la gestation pour le compte d'autrui en droit international

7. - La gestation pour le compte d'autrui est un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant pour quelqu'un d'autre. Une telle convention suppose, d'une part, le transfert physique de l'enfant et, d'autre part, la modification de sa filiation. Par hypothèse, la mère (celle qui accouche) remet l'enfant au(x) commanditaire(s) et disparaît de l'ascendance de l'enfant, dont la filiation sera établie au nom du ou des commanditaires qui « acquièrent » l'enfant. Les différentes qualifications qui peuvent s'appliquer à cette pratique, précisément celles d'adoption (A), de vente d'enfant (B) et d'esclavage (C), doivent être examinées successivement.

### A. - L'adoption

8. - Comme en cas d'adoption, l'enfant est porté par une femme qui disparaît de sa vie, une autre étant déclarée légalement la mère<sup>Note 8</sup>. Comme l'adoption, la gestation par autrui est très souvent internationale. L'adoption internationale est régie par de nombreux traités, en particulier la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993 et, en Europe, la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) de 2008<sup>Note 9</sup>.

9. - La gestation pour le compte d'autrui n'étant guère réglementée, contrairement à l'adoption, il est plus facile et rapide d'obtenir un enfant par ce biais. Pourtant, si l'on examine cette pratique au regard des dispositions relatives à l'adoption, l'incompatibilité de la maternité de substitution avec les règles régissant l'adoption internationale est manifeste. Tant la Convention de La Haye (*Conv. La Haye, 29 mai 1993 sur l'adoption internationale, art. 4*) que la Convention européenne d'adoption (*art. 5*) exigent que le consentement des parents n'ait pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et que le consentement de la mère ait été donné seulement après la naissance de l'enfant. En outre, le droit international relatif à l'adoption interdit les contacts entre familles adoptive et biologique jusqu'à ce que ce consentement ait été donné, donc après la naissance (*Conv. La Haye, art. 29*). La Convention de La Haye (*Conv. La Haye, art. 32*) et la Convention européenne d'adoption (*art. 17*) précisent : « *Nul ne peut tirer indûment un gain financier ou autre d'une activité en relation avec l'adoption d'un enfant* », l'article 21, d) de la Convention relative aux droits de l'enfant veillant quant à lui à ce que « *le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables* ». Toutes ces dispositions sont violées par la gestation pour le compte d'autrui.

La Conférence de La Haye de droit international privé<sup>Note 10</sup> refuse d'appliquer la Convention de 1993 à la maternité de substitution car non seulement celle-ci est contraire à de nombreuses dispositions de ladite convention, mais surtout les buts recherchés sont antinomiques. Alors que l'adoption

a pour but de donner une famille à un enfant qui n'en a plus, dans l'intérêt de l'enfant, la maternité de substitution vise à concevoir un enfant pour le donner à une personne ou un couple, afin de satisfaire le désir des adultes.

**10.** - Le but des conventions relatives à l'adoption est, comme l'affirme l'article 1er de la Convention de La Haye, « *d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant (...) et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* ». Le Comité des droits de l'enfant considère expressément l'adoption internationale irrégulière comme une vente d'enfant<sup>Note 11</sup>. De telles dérives sont malheureusement fréquentes, comme le montre la vigueur avec laquelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est élevée contre elles à plusieurs reprises : « *Aussi l'assemblée s'insurge-t-elle contre la transformation actuelle de l'adoption internationale en un véritable marché régi par les lois capitalistes de l'offre et de la demande, et caractérisé par le flux à sens unique des enfants qui viennent des pays pauvres ou en transition vers les pays développés. Elle condamne fermement tous les actes criminels commis aux fins d'adoption ainsi que les dérives et pratiques mercantiles telles que les pressions psychologiques ou d'ordre économique sur des familles vulnérables, l'adoption directe auprès des familles, la conception d'enfants aux fins d'adoption, les fausses déclarations de paternité, ainsi que l'adoption d'enfants via l'Internet* »<sup>Note 12</sup>.

**11.** - Dans la recommandation 1828 (2008), elle rappelle que « *l'adoption internationale doit lui permettre de trouver une mère et un père dans le respect de ses droits et non permettre aux parents étrangers de satisfaire à tout prix un désir d'enfant. L'assemblée réitère ainsi le principe selon lequel il ne doit pas exister un droit à l'enfant* ». Elle constate « *que les enfants font de plus en plus l'objet d'un véritable marché, régi par l'argent et au détriment des pays pauvres* ». Elle « *condamne la pratique, de plus en plus courante, de l'utilisation de circuits parallèles et de trafic ainsi que tout le commerce et les pressions psychologiques ou économiques qu'elle entraîne* »<sup>Note 13</sup>.

**12.** - Dans sa résolution 1909 (2012), l'Assemblée s'inquiète de voir que « *certaines enfants deviennent les victimes de pratiques de "blanchiment d'enfant", se traduisant par l'enlèvement et la vente d'enfants, la contrainte ou la manipulation des parents biologiques et de leur milieu familial, la falsification de documents et la corruption* »<sup>Note 14</sup>.

**13.** - Toutes ces dérives qui transforment l'adoption en vente d'enfant sont inhérentes à la gestation pour le compte d'autrui, qui consiste à créer des enfants abandonnés afin de satisfaire le désir des adultes.

## **B. - La vente d'enfant**

**14.** - Le plus souvent, la contrepartie de l'acquisition de l'enfant est une somme d'argent versée soit directement à la mère, soit aux intermédiaires. Or, la vente d'enfants est définie par le Protocole

facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, comme « *tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage* » (Prot., 25 mai 2000, art. 2, a)). La vente ou la traite d'enfants est interdite par le droit international « *à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* » (Conv. relative aux droits de l'enfant, art. 35). La gestation par autrui entre ainsi parfaitement dans la définition de la vente d'enfant prohibée par le droit international<sup>Note 15</sup>.

**15.** - Ses promoteurs soutiennent que « la GPA ne doit pas être assimilée à de la " vente d'enfant " car son objet n'est pas l'enfant à naître, mais les conditions de développement *in utero* d'un embryon déjà existant, issu d'un projet parental »<sup>Note 16</sup>. Lorsque la mère porteuse est également la mère génétique (en cas d'insémination artificielle), l'embryon n'existe pas avant le début de la gestation, cet argument n'est donc pas recevable. Il pourrait à la limite se défendre dans le cas - rare - où l'embryon est créé à partir des gamètes des deux commanditaires. Néanmoins, même dans ce cas où il pourrait s'agir d'une sorte de contrat d'entreprise, l'enfant reste l'objet du contrat, le produit à livrer, qui peut être refusé à la réception en cas de non-conformité. Lorsque l'embryon est conçu *in vitro* avec recours à un donneur, certes il préexiste à la gestation, mais il est l'objet et le résultat d'un sous-contrat, accessoire au principal, celui de gestation. D'ailleurs, la fourniture d'ovocytes fait toujours partie des services proposés par les cliniques ou agences pratiquant la gestation par autrui : les commanditaires concluent en général avec cet intermédiaire un contrat unique incluant la fourniture d'ovocytes et la gestation. Dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*<sup>Note 17</sup>, les commanditaires italiens ont commandé un enfant à la société russe qui a acheté les gamètes, conçu l'enfant *in vitro* et employé une mère porteuse, avant de livrer l'enfant - certificat de naissance désignant les commanditaires comme parents inclus - le tout pour 49 000 euros<sup>Note 18</sup>. L'enfant n'ayant aucun lien avec ses commanditaires, la vente d'enfant était particulièrement caractérisée. Néanmoins, dans tous les cas, quelle que soit l'origine de l'embryon, la mère porteuse livre aux commanditaires l'enfant qu'elle a porté et reçoit en contrepartie une rémunération (parfois nommée, pudiquement, « indemnisation » ou « compensation »), il s'agit donc bien d'une vente selon la définition du Protocole facultatif concernant la vente d'enfant.

### C. - L'esclavage et la traite

**16.** - La mère porteuse (ou plus souvent l'intermédiaire) et les commanditaires « disposent » de l'enfant, ce qui est l'une des composantes du droit de propriété, l'*abusus*. Les parties au contrat s'exercent donc un droit de propriété sur l'enfant. Or, le droit international donne un nom au fait d'exercer un droit de propriété - même partiel - sur une personne : l'esclavage. « *L'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* », dit la Convention contre l'esclavage de 1926. La Convention de 1956 ajoute : « *et l'" esclave " est l'individu qui a ce statut ou cette condition* ». La réduction en esclavage est un crime si grave

qu'il fait partie des crimes contre l'humanité énumérés à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale lorsqu'il revêt un caractère généralisé ou systématique. Le Pacte international sur les droits civils et politiques (*PIDCP*, art. 8) et la Convention européenne des droits de l'homme (*Conv. EDH*, art. 4) affirment aussi que nul ne peut être tenu en esclavage, ni en servitude.

**17.** - Même dans les rares cas où la gestation pour le compte d'autrui est effectuée à titre purement gratuit, l'enfant est « donné » aux commanditaires ; or, on ne peut donner que ce que l'on « possède ». La cession, qu'elle soit à titre onéreux ou à titre gratuit, est toujours un acte de disposition, conséquence du droit d'*abusus*, c'est-à-dire du droit de propriété. L'enfant est donné ou vendu comme un bien dont on serait propriétaire. Quelles que soient les conditions du contrat, même en l'absence de rémunération, la gestation pour le compte d'autrui suppose de disposer de l'enfant, autrement dit d'exercer sur lui un attribut du droit de propriété. L'enfant est donc esclave au sens du droit international, indépendamment des intentions des commanditaires.

**18.** - La Convention de 1926 précise que « *la traite des esclaves comprend tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage (...)* ». Cette définition est développée par l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, du 15 décembre 2000 (Protocole traite) et l'article 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005 : « *le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par (...) abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages (...) aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, (...) l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage* ». Les enfants, objets de gestation par autrui, transférés pour de l'argent dans le cadre d'une forme d'esclavage, sont donc victimes de traite. Dans certaines circonstances, ce constat peut également s'appliquer aux mères porteuses, d'autant que ces traités précisent que le consentement de la victime est indifférent s'il a été obtenu par « *la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages* ». La Cour européenne des droits de l'homme elle-même a d'ailleurs reconnu dans l'affaire *D. et autres c/ Belgique*<sup>Note 19</sup>, les liens entre gestation pour le compte d'autrui et traite des êtres humains.

**19.** - Ainsi, non seulement la maternité de substitution viole les normes relatives à l'adoption internationale, mais elle correspond en outre aux qualifications relatives à la vente d'enfant, à l'esclavage et à la traite. À moins de décider que cette pratique constitue une exception nouvelle à ces règles - ce qui n'a pas été fait à ce jour - il faut en conclure qu'elle est donc manifestement incompatible avec le droit international existant. Elle entre sans aucun doute dans la définition de la vente d'enfant, de la réduction en esclavage et de la traite, prohibées par le droit international.

**20.** - Il appartient ensuite à chaque État de mettre en oeuvre ses engagements internationaux à travers son droit interne, notamment pénal. Le droit pénal français dispose des incriminations qui permettraient de sanctionner cette pratique selon ce qu'elle est réellement.

## **2. La qualification de la gestation pour le compte d'autrui en droit pénal français**

**21.** - La gestation pour le compte d'autrui est illégale en France. Non seulement « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », selon l'article 16-7 du Code civil, en ce que l'objet et la cause d'une telle convention sont contraires aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, mais elle est sanctionnée pénalement par l'article 227-12 du Code pénal.

**22.** - En outre, en cas de gestation pour le compte d'autrui, l'identité de l'enfant est délibérément manipulée, tronquée, voire faussée, par l'éclatement de la maternité entre mère génétique, mère porteuse et mère « sociale », l'effacement de la mère génétique et de la mère porteuse parfois au profit de la mère « sociale » ou d'un « second père » ou par d'autres manoeuvres dont le but est de faire passer l'enfant pour celui du ou des commanditaires. Ceci est contraire à l'article 376 du Code civil qui interdit la renonciation ou la cession portant sur l'autorité parentale et constitue un délit, selon l'article 227-13 du Code pénal : « *La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines* ». L'article 345 de l'ancien Code pénal y voyait le crime de « *supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée* ».

**23.** - Dans certaines affaires de recours à une mère porteuse à l'étranger, des poursuites ont été engagées, mais abandonnées, car les faits avaient été commis à l'étranger. En effet, les infractions mentionnées aux articles 227-12 et 227-13 sont des délits. Or, la loi pénale française « *est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* » (C. pén., art. 113-6, al. 2). C'est justement parce que la gestation pour le compte d'autrui n'est pas sanctionnée dans certains pays que des Français s'y rendent.

**24.** - Pourtant, si les infractions concernant spécifiquement la gestation pour le compte d'autrui ne sont actuellement considérées que comme des délits, cette pratique pourrait recevoir une qualification criminelle (A), ce qui aurait des conséquences concrètes importantes (B).

### **A. - Le caractère criminel de la gestation par autrui**

**25.** - Il n'existe pas en France d'incrimination spécifique prohibant la vente d'enfant, telle que définie par le Protocole du 25 mai 2000. Le gouvernement l'a reconnu, dans son rapport d'octobre 2012 au Comité des droits de l'enfant, tout en précisant que les faits entrant dans cette définition

étaient « *incriminés en droit français, dans le cadre de la vente d'enfant, la provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise pour l'abandon ou l'adoption d'enfant, notamment dans le cas des mères porteuses* »<sup>Note 20</sup>. Il reconnaissait donc que la gestation pour le compte d'autrui entrainait dans le cadre de la vente d'enfant, même s'il est surprenant - et manifestement insuffisant - de ne rattacher celle-ci qu'à des délits.

## 1° La qualification d'esclavage et de traite

**26.** - Il est possible en l'état du droit interne de qualifier la procréation ou gestation pour le compte d'autrui de crime en appliquant les engagements internationaux pris par la France en matière d'esclavage et de traite des enfants, en particulier en application des Conventions de 1926 et 1956 contre l'esclavage, du Protocole sur la traite (*art. 3*) et la Convention du Conseil de l'Europe sur la traite (*art. 4*). Certes, le Conseil d'État a affirmé que la circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française ne méconnaissait pas ces dispositions<sup>Note 21</sup>. Cette appréciation éminemment contestable ne concernait toutefois que le contrôle de conventionalité de la circulaire ; de surcroît, le Conseil d'État n'a nullement motivé cette affirmation, pas plus que le rapporteur Domino dans ses conclusions.

**27.** - S'agissant de l'esclavage et de la traite, nul besoin de recours direct aux traités internationaux : la France a déjà intégré ces obligations en droit interne, notamment par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013<sup>Note 22</sup>. Les textes existent donc déjà, il ne reste qu'à les appliquer à la maternité de substitution.

**28.** - L'existence d'une loi spéciale concernant l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui n'écarte pas la loi générale plus sévère relative à la traite et à l'esclavage. En effet, les infractions des articles 227-12 et 227-13 du Code pénal ne concernent que l'état civil, alors qu'il s'agirait ici de protéger la liberté et la dignité de la personne humaine. Ceci est d'ailleurs confirmé par le classement du Livre II du Code pénal (Des crimes et délits contre les personnes), du Titre II (Des atteintes à la personne humaine). La réduction en esclavage figure au chapitre IV sur les « *atteintes aux libertés de la personne* » et la traite au chapitre V consacré aux « *atteintes à la dignité de la personne* », alors que les articles susvisés se trouvent au chapitre VII (Des atteintes aux mineurs et à la famille), dans la section consacrée aux atteintes à la filiation. Le législateur a voulu protéger le droit des enfants à la filiation, part importante de l'identité et qui n'est pas protégée ailleurs. En conclure qu'il leur a, de ce fait, retiré le bénéfice de la protection de leur liberté et de leur dignité serait absurde.

**29.** - L'article 224-1 A du Code pénal énonce la même définition que la Convention relative à l'esclavage : « *La réduction en esclavage est le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété. La réduction en esclavage d'une personne est punie de vingt années de réclusion criminelle* ».



**30.** - Comme la Convention, il n'exige aucune maltraitance pour reconnaître l'existence du crime de réduction en esclavage. Il distingue même expressément le crime de « réduction en esclavage » du crime « d'exploitation de la personne réduite en esclavage », puni également de vingt ans de réclusion criminelle (*C. pén., art. 224-1 B*). L'article 224-1 C précise que ces deux crimes sont punis de trente ans de réclusion criminelle s'ils sont commis à l'égard d'un mineur ou d'une personne vulnérable. Par définition, s'agissant de gestation par autrui, c'est sur l'enfant que s'exercent les attributs du droit de propriété, c'est lui qui est réduit en esclavage, la peine encourue est donc de trente ans.

**31.** - Dans la plupart des cas, la gestation par autrui constitue également une vente d'enfant. La cour d'appel de Rennes a souligné, dans un arrêt du 10 janvier 2012<sup>Note 23</sup>, qu'il ne s'agissait « pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public ». En l'absence d'incrimination spécifique de la vente d'enfant, c'est la traite des personnes qui est l'infraction la plus proche et qui devrait s'appliquer.

**32.** - Aux termes de l'article 225-4-1 du Code pénal, qui reprend les dispositions des traités internationaux, « *la traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation (...) L'exploitation mentionnée (...) est le fait de mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions (...) de réduction en esclavage (...). La traite des êtres humains à l'égard d'un mineur est punie de dix ans d'emprisonnement et de 1 500 000 EUR d'amende* ».

**33.** - Le lien entre traite et réduction en esclavage est donc expressément établi par le Code pénal et s'applique parfaitement à la gestation par autrui. L'enfant est mis à la disposition du ou des commanditaires par la mère ou par des intermédiaires, ce qui permet la commission du crime de réduction en esclavage : l'enfant est donné ou vendu comme un bien dont on serait propriétaire. La mère peut, par ailleurs, également, être elle-même victime d'esclavage (on l'utilise, l'*usus*, et on lui prend l'enfant, son *fructus*), de servitude ou de traite par les intermédiaires, ou simplement d'exploitation de sa vulnérabilité par les intermédiaires ou les commanditaires eux-mêmes.

## **2° Les auteurs de l'infraction**

**34.** - La gestation par autrui pourrait donc être reconnue comme constituant les crimes de réduction en esclavage et de traite des enfants. La question qui se poserait alors est de savoir qui sont les auteurs du crime : la mère porteuse, les commanditaires, les intermédiaires ? Selon l'article 121-4 du Code pénal, « *Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit* ». Assurément, sont donc auteurs tous ceux qui sont directement impliqués dans les faits constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire les

parties au contrat portant sur l'enfant. Néanmoins, lorsque la mère porteuse est elle-même victime de traite, de servitude ou d'esclavage, elle ne peut pas être auteur faute d'élément intentionnel de l'infraction. Dans les autres cas, elle devrait être le plus souvent exonérée de sa responsabilité, au moins lorsqu'il est établi qu'elle a subi une contrainte physique ou morale, ne serait-ce que la nécessité économique. Ce serait une cause d'irresponsabilité au sens de l'article 122-2 du Code pénal.

**35.** - En revanche, les commanditaires qui ont incité la mère à abandonner l'enfant et utilisé le plus souvent pour cela leur pouvoir financier peuvent être pénalement sanctionnés, soit directement comme auteurs - puisqu'ils ont acheté l'enfant - soit au moins comme complices par instigation. Les intermédiaires peuvent quant à eux être considérés comme les auteurs principaux. Leur sanction pourra être d'autant plus sévère qu'ils n'ont pas l'excuse d'être aveuglés par le désir d'enfant et la souffrance de la stérilité. L'article 225-4-3 du Code pénal leur est applicable et prévoit que « *la traite est punie de vingt ans de réclusion criminelle et de 3 000 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise en bande organisée* ». Il est certain que cette peine serait encourue au titre de l'enfant-victime dont ils ont organisé le transfert, mais elle pourrait aussi l'être selon les circonstances au titre de la mère-victime. Plus généralement, tous les protagonistes, même ceux qui ne sont pas directement parties au contrat portant sur l'enfant, mais qui ont contribué sciemment à sa réalisation, pourraient être sanctionnés pour incitation à l'abandon d'enfant et complicité de crime de réduction en esclavage et de traite des enfants.

## **B. - Les conséquences de la qualification criminelle**

**36.** - Reconnaître à la gestation par autrui la qualification de crimes de réduction en esclavage et de traite des personnes aurait des conséquences pratiques qui dépasseraient largement les peines encourues : cela jouerait à la fois sur l'application de la loi dans l'espace (1°) et sur la prescription (2°). Sans oublier que cela aurait un effet fortement dissuasif pour les candidats à la gestation par autrui et leurs intermédiaires (3°).

### **1° L'application de la loi dans l'espace**

**37.** - Lorsque des poursuites pénales à l'égard des commanditaires ont été engagées, elles ont été abandonnées car il s'agissait de délits commis à l'étranger, en un lieu où ils n'étaient pas punissables. La situation serait différente si la convention de gestation pour le compte d'autrui était qualifiée de crime, car « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République* » (C. pén., art. 113-6), et surtout de traite. En effet, alors qu'en général l'action publique « *doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis* » (C. pén., art. 113-8), en cas de traite, la plainte ou la dénonciation ne sont pas nécessaires (C. pén., art. 225-4-8). Puisque la gestation par autrui constitue une forme de traite des personnes, l'action publique pourrait être dé-

clenchée sans plainte ou dénonciation officielle, dès que les autorités françaises auraient connaissance de faits susceptibles d'une telle qualification.

**38.** - Reconnaître que la convention de gestation pour le compte d'autrui est un crime lèverait donc les obstacles rencontrés jusqu'ici pour les poursuites pénales contre les commanditaires parce que les faits avaient été commis à l'étranger.

## **2° L'application de la loi dans le temps**

**39.** - En outre, cette qualification criminelle changerait radicalement les délais de prescription. Alors que, selon l'article 8 du Code de procédure pénale, la prescription de l'action publique pour les délits est de trois ans, elle est en général de dix ans pour les crimes. En outre, s'agissant de certains crimes particulièrement odieux, notamment la traite des êtres humains à l'égard d'un mineur, la prescription est de vingt ans à partir de sa majorité. Même les délits qui y sont associés voient leur délai de prescription passer à dix ans.

**40.** - Reconnaître que le contrat de gestation pour le compte d'autrui suppose de disposer de l'enfant, c'est-à-dire d'exercer un attribut du droit de propriété sur un enfant (ce qui constitue le crime de réduction en esclavage), ne demande pas de loi nouvelle. Il en va de même pour dire que c'est un cas de traite des enfants. Autrement dit, il n'y aurait pas d'obstacle lié à la non-rétroactivité de la loi pénale nouvelle. Cela signifie que tous les Français ayant eu recours à la gestation par autrui dans les vingt dernières années, en France ou à l'étranger, pourraient être poursuivis pour réduction en esclavage et traite des personnes, encourant jusqu'à trente ans de réclusion criminelle, et pourraient encore l'être pendant vingt ans après la majorité des enfants concernés.

## **3° Une qualification dissuasive**

**41.** - Savoir qu'elles encourent trente ans de réclusion criminelle pour réduction en esclavage d'un mineur serait assurément dissuasif pour les personnes tentées de recourir à la gestation par autrui ou d'y participer. Certains invoqueraient sans doute l'intérêt de l'enfant pour prétendre que l'emprisonnement n'est pas une peine adaptée. Ceci n'est pas recevable : selon cet argument, il ne faudrait jamais incarcérer les personnes ayant charge d'enfant, quels que soient les crimes et délits commis. Ce ne serait pas exclusif d'autres conséquences, comme l'impossibilité de transcrire la filiation et éventuellement le retrait de l'enfant, si cela est dans son intérêt.

**42.** - D'autre part, les agences étrangères qui recrutent des clients en France (et parfois emploient pour cela des collaborateurs français), n'hésitant pas à organiser des réunions publiques d'information dans les grandes villes de France, seraient sans doute dissuadées par la perspective des trois millions d'euros d'amende pour traite en bande organisée.

**43.** - Au contraire, refuser l'application des qualifications existantes à cette pratique relativement nouvelle, parce que certains voudraient la tolérer, impliquerait de renoncer à l'expérience morale et juridique du passé. Plus encore, refuser de reconnaître l'applicabilité de l'interdiction de la vente d'enfant et de l'esclavage à la maternité de substitution non seulement empêche d'entraver cette pratique, mais fragilise les normes internationales fondamentales qui sont à la fois l'expression et la garantie de « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* », selon les termes du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme. En effet, l'acceptation de la gestation par autrui implique une exception à l'interdiction de la vente d'enfant, de l'esclavage et de la traite, donc sape la cohérence et la portée des dispositions existantes qui s'y opposent. Ces exceptions pourraient être appliquées par analogie à d'autres situations. Cela entraîne une fragilisation générale des normes protectrices existantes. La gestation pour le compte d'autrui devient ainsi un cheval de Troie introduit dans l'édifice de protection des droits de l'homme, en particulier des enfants et des femmes.

**44.** - La gestation pour le compte d'autrui est un marché en pleine expansion. Des intérêts financiers colossaux sont en jeu (pour le seul tourisme reproductif en Inde, on parle de deux milliards de dollars par an<sup>Note 24</sup>), ce qui explique les pressions exercées sur les États qui s'efforcent de légiférer pour limiter les abus, comme l'Inde ou la Thaïlande, et sur ceux qui non seulement interdisent cette pratique chez eux mais refusent de l'entériner lorsque leurs ressortissants y ont recours à l'étranger, comme la France ou l'Espagne. Puisque le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont inclinés devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>Note 25</sup>, la crainte des difficultés à faire transcrire la filiation ne dissuade plus les ressortissants français d'avoir recours à la gestation par autrui à l'étranger<sup>Note 26</sup>. Cette méthode, loin d'être suffisamment efficace, avait en outre le tort de faire peser sur les enfants une large partie des conséquences des méfaits des parents (même si les conséquences concrètes ont été fortement exagérées, notamment en ce qui concerne la nationalité, V. *C. civ., art. 21-12*). Poursuivre les personnes qui ont recours à la maternité de substitution à l'étranger et les intermédiaires, en reconnaissant que cette pratique relève de l'esclavage, de la vente d'enfant et de la traite, serait plus juste et constituerait un moyen de dissuasion plus efficace, donc la meilleure protection de la dignité des femmes et des enfants. [squf]

---

Note 1 *Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105* ; *JurisData n° 1991-001378* ; *JCP G 1991, IV, 287* ; *Bull. civ. 1991, n° 4*.

Note 2 *Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130* ; *JurisData n° 2011-005607* ; *Bull. civ. 2011, I, n° 70* ; *Rev. Lamy dr. civ. juin 2011, n° 83, p. 39, A. Mirkovic* ; *D. 2011, 1585, F. Granet-Lambrechts* ; *ibid. 1228, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke* ; *AJF 2011, 265, B. Hafstel* ; *RTD civ. 2011, 340, J. Hauser*. - *Cass 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138, P+B+R+I* ; *JurisData n° 2013-018928* ; *Cass 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315, P+B+R+I* ; *JurisData n° 2013-018930* ; *Dr. famille 2013, comm. 151, C. Neirinck* ; *JCP G 2013, 985, A. Mirkovic* ; *D. 2013, 2384, M. Fabre-Magnan* ; *Rev. Lamy dr. civ. nov. 2013, n° 109, p. 41, obs. C. Brunetti-Pons*.

Note 3 L. n° 94-653, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain (créant notamment C. civ., art. 16-7). - L. n° 94-654, 29 juill. 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. - L. n° 2004-800, 6 août 2004, relative à la bioéthique. - L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, relative à la bioéthique : *Journal Officiel* 8 Juillet 2011.

Note 4 CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et n° 65941/11 : *JurisData* n° 2014-015212 et CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11 : *JurisData* n° 2014-015214 ; *Rev. Lamy dr. civ. sept.* 2014, 118, p. 47 C. Brunetti-Pons, p. 78 G. Puppincq et C. de La Hougue. - CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *JurisData* n° 2015-000832 ; *Rev. Lamy dr. civ. mai* 2015, 126, G. Puppincq et C. de La Hougue.

Note 5 CE, 12 déc. 2014, n° 365779 : *JurisData* n° 2014-030462 ; *Dr. famille* 2015, comm. 30, C. Neirinck ; *JCP G* 2015, I et II, 32, note A. Gouttenoire ; *Rec. CE* 2014.

Note 6 Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323 : *JurisData* n° 2015-015881 ; *JurisData* n° 2015-015879 ; *LPA* 2015, n° 201, dossier M.-A. Frison-Roche, p. 4 et s.

Note 7 CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321 et n° 14/05537 : *Éd. législatives*, 13 oct. 2015, A. Mirkovic : [www.editions-legislatives.fr/aboveille/actucontinue/unarticle.do?attId=172875&forward=viewarticle](http://www.editions-legislatives.fr/aboveille/actucontinue/unarticle.do?attId=172875&forward=viewarticle).

Note 8 S'il n'y a pas de femme commanditaire, l'enfant n'aura pas de mère légale mais un, voire deux « pères ».

Note 9 STCE n° 202.

Note 10 La Conférence de La Haye travaille sur le statut des enfants et les questions de filiation liés aux conventions de maternité de substitution internationales depuis 2011 : [www.hcch.net/index\\_fr.php?act=text.display&tid=178](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178).

Note 11 CRC/C/OPSC/FRA/CO/1, § 18.

Note 12 *Cons. Europe, recomm.* 1443(2000), 26 janv. 2000, § 2.

Note 13 *Cons. Europe, recomm.* 1828(2008), 24 janv. 2008, § 3.

Note 14 *Cons. Europe, rés.* 1909(2012), 30 janv. 2012, § 4.

Note 15 V. aussi OIT, conv. n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999, art. 3.

Note 16 V. Comité de soutien pour la légalisation de la gestation pour autrui et l'aide à la reproduction assistée (CLARA), avis.

Note 17 CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *JurisData* n° 2015-000832 ; *Dr. famille* 2015, alerte 27, J. Couard ; *JCP G* 2015, 194, F. Sudre ; *Procédures* 2015, comm 194, M. Douchy-Oudot.

Note 18 La deuxième section de la Cour EDH a délibérément fermé les yeux sur les circonstances d'acquisition de l'enfant et admis que l'article 8 de la Convention s'appliquait. Autrement dit, elle a fondé un droit à la vie familiale sur le crime d'achat d'enfant. L'arrêt n'est toutefois pas définitif car l'affaire a été renvoyée devant la grande chambre qui tiendra son audience le 9 décembre 2015.

Note 19 CEDH, 8 juill. 2014, n° 29176/13, *D. et a. c/ Belgique* : *AJF* 2014, p. 559, E. Viganotti.

Note 20 CRC/C/FRA/5, § 588.

Note 21 CE, 12 déc. 2014, n° 365779, *préc.*

Note 22 V. M. Fabre-Magnan, *Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot* : *D.* 2014 p. 491.

Note 23 CA Rennes, 6e ch., sect. A, 10 janv. 2012, n° 11/01846 : *JurisData* n° 2012-001532 ; *Dr. famille* 2012, comm. 67, C. Neirinck ; *D.* 2012, p. 1432, F. Granet-Lambrechts.

Note 24 Selon la Confédération indienne de l'industrie (CII) :

<http://beta.dawn.com/news/788596/wombs-for-rent-indian-surrogate-mothers-tell-their-tales>.

Note 25 CE, 12 déc. 2014, n° 365779, préc. - Cass. ass. plén. 3 juill. 2015, préc.note 6.

Note 26 V. JCP G 2013, n° 7, act. 161, Libres propos J.-R. Binet ; Dr. famille 2013, comm. 3, C. Neirinck.