

A LA RECHERCHE D'UNE EXPLICATION JURIDIQUE DE L'INTERDICTION DE LA GESTATION POUR LE COMPTE D'AUTRUI AU NIGER

Par

Dr ABDOU ASSANE Zeinabou*

*Maître Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université Abdou Moumouni de Niamey*

Résumé

La gestation pour le compte d'autrui, méthode de procréation avec tierce, est une pratique interdite dans plusieurs pays au nom du principe fondamental de l'indisponibilité du corps humain et ses corolaires. Cette méthode de procréation qui entraîne l'abandon de l'enfant par sa mère biologique au profit des parents d'intention, constitue une adoption illégale et entraîne comme conséquence l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant et ses parents (d'intention). La gestation pour le compte d'autrui est non seulement contraire à l'intérêt de l'enfant mais aussi à l'ordre public nigérien. La constitution et le code civil du Niger réfutent tous que le corps humain puisse faire l'objet d'un droit patrimonial. Ce qui induit non seulement la nullité des conventions visant à donner une valeur patrimoniale audit corps, mais aussi la gratuité des cessions d'éléments et produits du corps humain. La législation nigérienne permet de poursuivre les personnes qui procèdent à une suppression d'état civil pour ensuite établir un lien de filiation entre un enfant et une mère qui n'aurait pas accouché

Mots clés : Gestation pour le compte d'autrui, indisponibilité, corps humain, filiation, enfant, ordre public.

INTRODUCTION

Ayant défrayé la chronique tant sur le plan national qu'international pendant plusieurs semaines¹, l'affaire dite des

« bébés importés »² implique des épouses de plusieurs personnalités politiques de

devant les juridictions nigériennes puisque les deux décisions ne tranchent sur le fond.

² L'affaire dite « des bébés importés » est un trafic international d'enfant entre le Niger, le Nigeria et le Bénin. Selon un porte-parole de la police béninoise, cinq personnes ont été arrêtées et écrouées pour avoir pris part à un trafic de nourrissons avec le Nigeria. En effet, cette question a alimenté l'actualité nationale et internationales : Radio France internationale (RFI) est revenue plusieurs fois sur cette affaire notamment le 4 juillet « trafic de bébés, les investigations se poursuivent ; le 21 juillet 2014. Voy. Chemin Anne et Fressoz Françoise "Nadine Morano: Je suis favorable aux femmes porteuses" Le Monde de 24 mai 2009 p.9 ; Chemin Anne "Soixante personnalités et chercheurs lancent un appel pour une légalisation encadrée des mères porteuses", Le Monde de 31 mars 2009

*Mode de citation : Dr ABDOU ASSANE Zeinabou «A la recherche d'une explication juridique de l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui au Niger », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 155-171

¹ Cette affaire a débuté le 18 juin avec l'implication de 30 personnes qui ont été placées en détention, avant d'être mises en liberté provisoires. Deux décisions ont rendues dans cette affaire respectivement par le TGI hors classe et de Niamey (le 30 janvier 2015) et la Cour d'appel de Niamey (le 13 juillet 201). L'affaire suit encore son cours

l'Etat du Niger, lesquelles ont d'ailleurs été inculpées et poursuivies pour plusieurs infractions notamment le délit de supposition d'enfant, le faux et l'usage de faux et l'association de malfaiteurs. L'infraction de supposition d'enfant qui consiste à « attribuer la maternité d'un enfant à une mère qui n'aurait pas accouché »³ fait penser à la question de la maternité de substitution généralement connue sous l'expression de la gestation pour le compte d'autrui.

La gestation pour le compte d'autrui⁴ (communément appelée GPA) encore connue sous l'expression de maternité (ou procréation) de substitution⁵ est une méthode de procréation avec tierce (la mère porteuse ou la gestatrice)⁶. La GPA est généralement appliquée lorsque la femme du couple ne peut porter d'enfant, du fait d'une absence ou d'une malformation de l'utérus. La mère porteuse porte l'enfant d'un couple qui a fourni ses embryons. Elle ne fournit pas de contribution génétique (c'est-à-dire l'ovule), mais prend en charge le développement in utero de l'embryon et à la naissance, remet l'enfant à la mère génétique et à son père. Dans la

p.16 ; Gomez Marianne "Le devenir de cet enfant me souciait" La croix d 17 mars 2009 p.29 ; Hoffner Anne-Bénédicte, Lamoureux Marine et De Sauto Martine "La maternité pour autrui reste un débat sensible" La croix de 3 aout 2009 p.4

³ Cf. art. 248 du code pénal du Niger.

⁴ La gestation (procréation) est une forme de reproduction qui définit l'ensemble des processus par lesquels une espèce se perpétue, en suscitant la naissance de nouveaux organismes. Elle est une des activités fondamentales, avec la nutrition et la croissance, partagées avec toutes les espèces vivantes. En effet, toute espèce doit posséder un système de reproduction efficace, sans quoi, elle est menacée d'extinction.

⁵ On parle également de « maternité de remplacement » parce que cela fait référence à l'idée d'une maternité portée par autrui. Les expressions « maternité de substitution » et celle de « gestation pour autrui » seront utilisées invariablement l'une à la place de l'autre.

⁶Dans le cas de la gestation pour le compte d'autrui, la mère porteuse porte l'embryon des parents d'intention, conçu in vitro.

procréation pour autrui (ci-après dénommée PPA), la mère porteuse fournit l'ovule, et à la naissance remet l'enfant au couple d'intention. Notre étude ne fera pas de distinction entre la gestation pour autrui (GPA) et la procréation pour autrui (PPA)⁷ qui est historiquement, la plus ancienne des méthodes⁸ de lutte contre l'infertilité.

La gestation pour le compte d'autrui est une question qui suscite et suscitera encore de nombreuses controverses. En effet, deux conceptions de la maternité de substitution s'opposent : une maternité de substitution « altruiste » ou « éthique »⁹ et une maternité de substitution commerciale¹⁰. La doctrine elle-même est divisée sur le sujet. Selon Muriel Fabre Magnan « *la souffrance des couples sans enfants ne peut pas être automatiquement source d'un droit à ce que la société leur en fabrique* »¹¹. Sylviane Agacinski partage également cet avis en affirmant que la « *gestation pour autrui constitue des atteintes à l'intégrité et à la dignité des*

⁷ Dans la procréation pour autrui, la mère porteuse est à la fois gestatrice et donneuse d'ovocyte, l'insémination est faite en utilisant le sperme de "père intentionnel".

⁸Au dix-neuvième siècle par exemple, particulièrement dans les familles bourgeoises françaises, on a eu la conception de la famille où un enfant a été procréé avec le frère du mari infertile ou avec la sœur de la femme infertile. Mais à cette époque, la situation était différente puisqu'il avait le rapport sexuel entre une femme fertile et le père intentionnel dont la femme était stérile. Actuellement la médecine a fait du progrès et permet d'éviter le rapport sexuel grâce à la méthode de l'insémination artificielle (IA).

⁹ Dans la GPA altruiste seuls, les frais inhérents liés à la grossesse sont remboursés par les parents intentionnels

¹⁰ Dans la GPA commerciale, la gestatrice reçoit en plus du remboursement des frais, une compensation financière au titre du temps passé pour la grossesse. Aussi, cette dernière soulève de nombreuses objections éthiques notamment réification de la femme et de l'enfant ; impossibilité pour la femme de garder l'enfant même au cas où elle le souhaiterait ; exploitation de la femme et limite de son consentement...

¹¹ Muriel Fabre Magnan, *La gestation pour autrui-Fictions et réalités*, Fayard, 2013, p. 116

personnes »¹². En revanche, Valérie Sebag Depadt¹³ [préconise la légalisation de la gestation pour autrui](#) en instaurant un système comparable à celui de l'adoption en tenant compte des nuances dues à la spécificité de la situation¹⁴. Le point de vue divergent de ces auteurs dénote une fois encore le débat que suscite encore la gestation pour autrui.

La problématique de la GPA soulève de nombreuses questions¹⁵ d'ordre juridique, mais également éthique notamment le risque de marchandage du corps humain ou la négation du lien qui s'établit entre la gestatrice et l'enfant pendant la grossesse. Elle ne doit pas être confondue avec l'assistance médicale à la procréation communément appelée (AMP) qui est légalement autorisée dans plusieurs pays. Mais la GPA qu'elle soit avec tierce personne (par don de gamètes, accueil d'embryon) ou sans tierce personne est interdite dans beaucoup de pays¹⁶ comme au Niger, au Mali, au Sénégal ou encore en France.

La gestation pour le compte d'autrui est une question récurrente qui ne cesse d'alimenter les débats malgré l'interdiction

absolue faite sur la pratique dans bon nombre de pays. En Europe par exemple, la question de la GPA a suscité beaucoup de débats dans les années 90 où la plupart des Etats n'avaient pas encore légiféré sur la question et plusieurs Etats européens comme la France¹⁷, l'Allemagne, l'Autriche l'Italie, l'Espagne ou encore le Portugal interdisent cette pratique. D'autres pays comme le Danemark, les Pays Bas et la Belgique la tolèrent tandis que certains Etats américains¹⁸ et le Canada l'autorisent ou l'encadrent¹⁹. Enfin, la maternité de substitution est strictement interdite en France par la loi bioéthique de 1994²⁰ qui a confirmé une

¹⁷Le recours à la GPA est interdit en France, mais des débats sont actuellement en cours pour modifier la législation applicable. Les dispositions du code civil français interdisant la GPA sont l'article 16-7 du code civil : «*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*» ; Article 227-12 du code pénal : «*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 7 500 € d'amende.* ». «*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 15 000 € d'amende.*» «*Est puni des peines prévues au deuxième alinéa 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. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.*»

¹⁸ La Californie autorise la GPA.

¹⁹ L'Inde et l'Iran autorisent aussi la GPA. Mais dans ces pays, des femmes pauvres acceptent de louer leur utérus pour satisfaire la demande de couples occidentaux fortunés. C'est qui a fait émerger l'idée de promouvoir une GPA « éthique ».

²⁰ Il s'agit de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Elle repose sur trois principes fondamentaux éthiques à savoir l'inviolabilité du corps humain, l'impossibilité pour le corps humain d'être l'objet d'un droit patrimonial évaluable en argent et l'obligation du consentement. Une 2^{ème} loi a été adoptée le même jour et est relative au don d'organe et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Cette loi a fait l'objet

¹² Sylviane Agacinski, « corps en miettes », Flammarion, 2009, 127 pp.

¹³ [Valérie Sebag-Depadt, Rapport de Terra Nova préconisant la légalisation de la gestation pour autrui](#), consultable sur [tnova.fr](#)

¹⁴ Valérie Sebag Depadt, Le secret de l'AMP avec donneur : naître et ne pas être ; consulté sur [tnova.fr](#) le 9 septembre 2014. L'auteur ajoute d'ailleurs que dans ce système, « tout recours à un don de gamètes ou d'embryons serait autorisé par le juge au travers d'un jugement dont la référence sur l'extrait complet d'état civil de l'enfant permettra à ce dernier d'être informé de l'intervention du tiers dans sa conception.

¹⁵ Muriel Fabre-Magnan, ouvrage précité, 124 pp.

¹⁶ A titre indicatif, on peut relever que la législation malienne prohibe expressément la gestation pour le compte d'autrui à travers l'article 8 de son code des personnes et de la famille du Mali en disposant « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Par cette disposition, le législateur malien interdit toute pratique gestative visant à substituer un enfant à une mère qui n'aurait pas accouché ou à procréer pour autrui.

jurisprudence de la Cour de cassation datant de 1991²¹.

Sur le continent africain, seule l'Afrique du Sud autorise la gestation pour le compte d'autrui. Au Niger, la question de la GPA n'est certes pas nouvelle, mais c'est pour la première fois que le juge nigérien va devoir trancher cette matière relativement à l'affaire dite des « bébés importés ». Pour cela, le juge va sans aucun doute s'appuyer sur le délit de supposition d'enfant prévu et puni par l'article 248 du code pénal du Niger qui implique à la fois une simulation de la naissance d'enfant par des mères fictives et une dissimulation de la maternité des mères réelles. Le juge peut aussi s'appuyer sur les dispositions du code civil interdisant la commercialisation du corps humain pour refuser de reconnaître la filiation des enfants en question. Les dispositions internationales en matière de protection des droits de l'enfant peuvent également servir de cadre légal justifiant l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui. En effet, le droit positif et les conventions relatives aux Droits de l'Enfant ratifiées par l'Etat du Niger en l'occurrence la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE ou CDE) dite "Convention de New York"²² et la Charte Africaine des Droits

d'actualisation le 6 août 2004 et les modifications portaient entre autres, à l'extension du cadre juridique dans la thérapie cellulaire, à l'interdiction du clonage et ouverture limitée de la recherche sur l'embryon humain.

²¹ Dans cette espèce, l'assemblée plénière de la Cour de la cassation a décidé que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-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](#) » ; Cour de cassation, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105.

²² La CIDE a été adoptée par l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Tous les pays du monde ont ratifié cette convention, à l'exception de la Somalie et des Etats Unis. Elle a été ratifiée par l'Etat Niger et publié au journal officiel de la République du Niger (N°17) du 1^{er} septembre 1990. Comme la Déclaration de Genève de 1924 sur les

et du Bien être de l'Enfant (CADBE)²³ traitent tous de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer sur toutes considérations quelles que soient leurs origines. La Constitution du Niger prévoit aussi les droits de l'enfant.

L'affaire dite des « bébés importés » du Niger est un sujet d'actualité comme en témoignent les débats passionnés qui se déroulent dans les médias nationaux et internationaux. C'est une affaire qui présente au surplus des éléments d'extranéité²⁴ à plusieurs égards. D'abord, l'infraction de supposition d'enfant semble avoir été commise à l'étranger (au Nigeria), mais les enfants en question semblent avoir été transportés du Nigeria jusqu'au Niger via le Bénin. Eu égard, à ces éléments étrangers, le juge nigérien demeure compétent pour juger cette affaire comme l'a relevé la Cour d'appel de Niamey dans son arrêt du 13 juillet 2015

droits de l'enfant, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, et la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies en 1959. Mais la CIDE qui est réellement le texte fondateur des droits de l'enfant à l'échelle mondiale, car il fédère les Etats du monde autour d'une même volonté d'assurer la protection de l'enfant, et de le reconnaître comme un sujet de droits.

²³ La CADBE a été adoptée par la 26^{ème} conférence des Chefs d'Etats et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine en Juillet 1990. Elle est entrée en vigueur le 29 novembre après avoir reçu la rectification reçue la rectification de 15 Etats, conformément à son article 47. Elle s'inspire de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant ; de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et du peuple (...). Le Niger a ratifié et déposé la CADBE respectivement le 11 décembre 1999 et le 15 mars 2007.

²⁴ C'est le lieu de rappeler que l'article 644 du code de procédure pénale du Niger dispose « *Tout ressortissant du Niger qui, en dehors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un fait qualifié crime puni par la loi du Niger, peut être poursuivi et jugé par les juridictions du Niger.*

Tout ressortissant du Niger qui, en dehors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi du Niger, peut être poursuivi et jugé par les juridictions du Niger si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. »

en se basant à la fois sur l'article 240 et les articles 642²⁵ et suivants du code pénal : le tribunal correctionnel de Niamey est « compétent pour juger les délits reprochés aux intimés conformément à l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction en date du 14 décembre 2014 ». Par cette réponse, la Cour d'Appel ne tranche pas l'objet même du litige en l'occurrence y- a-t-il eu oui ou non une maternité de substitution ? Il s'agit en effet d'une décision purement formelle qui tranche la question de la compétence des juridictions du Niger pour connaître d'une infraction de supposition d'enfant présentant un élément d'extranéité.

La notion de la gestation pour autrui en droit nigérien présente plusieurs intérêts notamment social, politique²⁶, religieux et juridique. Sous l'angle social, la société nigérienne considère la GPA comme immorale. Sur le plan religieux²⁷, les

²⁵ L'article 642 du code pénal du Niger dispose «*Tout ressortissant du Niger qui, en dehors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un fait qualifié crime puni par la loi du Niger, peut être poursuivi et jugé par les juridictions du Niger.*

Tout ressortissant du Niger qui, en dehors du territoire de la République, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi du Niger, peut être poursuivi et jugé par les juridictions du Niger si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis».

²⁶ Sur le plan politique, cette affaire implique des femmes de responsables politiques du Niger d'où sa répercussion sur ces personnes elles-mêmes. En effet, un ministre d'Etat (placé sous mandat de dépôt à Say – situé à 50 km de Niamey- le 23 août 2014) et un député national figurent parmi les personnes impliquées. Le député impliqué dans cette affaire est d'ailleurs le Président de l'Assemblée Nationale dont la levée de l'immunité a fait d'ailleurs l'objet d'un débat judiciaire houleux.

²⁷ La Sharia, base de la loi islamiste, affirme l'importance du mariage de la famille et de la procréation. L'islam admet donc l'AMP intraconjugaux et considère que l'adoption n'est pas une solution acceptable. La religion catholique est contre la gestation pour autrui car elle considère que la procréation est associée à l'acte sexuel qui a une double vocation en l'occurrence la procréation et l'union des époux. Le catholicisme est contre toutes les formes de l'assistance médicale à la procréation. Mais le protestantisme accepte l'AMP

traitements d'Assistance Médicale à la procréation intraconjugaux sont acceptables, mais l'assistance médicale à la procréation avec tierce personne demeure proscrite. Sous l'angle juridique, qui est d'ailleurs l'aspect abordé par la présente étude, aucun texte national ni même international²⁸ contraignant n'a été adopté en la matière malgré que cette dernière relève du ressort des Etats. En effet, l'adoption de règles prohibant la pratique au niveau international peut s'avérer utile dans la mesure où son interdiction au seul niveau national est insuffisante et que les personnes désirant y recourir traversent souvent les frontières de leurs Etats pour pratiquer une GPA.

La question de la gestation pour autrui met en présence plusieurs intérêts dont celui de l'enfant. Cette méthode de procréation est en effet interdite au nom de l'indisponibilité du corps humain et ses corollaires. A ce titre, il est possible de poursuivre les parents d'intention sur le plan pénal pour supposition d'enfant²⁹ comme c'est le cas dans l'affaire dite des « bébés importés ». Dans le cadre de cette affaire le juge nigérien a pu, en se basant sur certaines dispositions pénales, interpellé et inculper vingt trois (23) personnes³⁰ pour supposition d'enfant, faux et usage de faux³¹ et déclarations mensongères. L'affaire « des bébés

intraconjugale et rejette le don de gamètes et la GPA.

²⁸ AU niveau international, plusieurs initiatives avaient vu le jour, notamment au niveau du Parlement européen (un projet de résolution, resté sans suite, visait à l'interdire en 1989).

²⁹ Comparativement, en droit français, la supposition d'enfant a pris la figure de la provocation à l'abandon (art.227-12 al. 1 du code pénal et même d'une substitution entraînant une atteinte à l'état (art. 227-13 du code pénal)

³⁰ Il y a précisément 12 femmes et 13 hommes impliqués dans cette affaire de bébés importés.

³¹ Les infractions de faux et d'usage de faux sont punies par les 152 à 160 du code pénal du Niger. L'article 152 du code pénal sanctionne «*Toute altération de la vérité de nature à causer un préjudice dans un écrit destiné ou apte à faire la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des effets de droit* ».

importés » constitue en outre, un trafic international de bébés entre le Nigeria, où ils sont supposés avoir été conçus, le Bénin (où ils ont transités) et le Niger. Cette affaire soulève par ailleurs une question préjudicielle relative à l'état des personnes. En effet, la question qui se pose ici est de savoir s'il y a eu ou non une suppression d'état concernant les bébés en question. C'est une question qui est normalement de la compétence du juge civil mais essentielle pour la réponse du droit pénal. Cette question peut-elle être tranchée par le juge pénal ? En principe oui car « *le juge de l'action est le juge de l'exception* ». Mais l'article 326 du code civil lui en retire la compétence en prévoyant que seul le juge civil est compétent pour statuer sur les réclamations d'état³².

L'infraction de supposition d'enfant sous-entend qu'il y a eu une suppression d'état et donc un contrat portant sur une gestation pour autrui c'est-à-dire une adoption illégale qui ne répondrait pas aux conditions prévues par la loi. C'est l'article 248 du code pénal du Niger qui traite des cas de supposition en disposant que « *les coupables d'enlèvement, de recel ou de suppression d'enfant, de substitution d'enfant à un autre ou de supposition d'enfant à une femme qui n'aura pas accouché, seront punis d'un emprisonnement de deux à huit ans* ». La lecture de cette disposition fait ressortir que la supposition d'enfant consiste à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui ne l'a pas mis au monde. La situation soumise au juge nigérien entre-t-elle dans le cas d'espèce ? C'est le juge qui le déterminera.

Pour l'heure, cette étude essaiera d'apporter des réponses à la question de

³² Voir à ce sujet l'arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation en date du 5 novembre 1981 qui a décidé de la cassation d'un arrêt qui a condamné une femme pour avoir fait déclarer à l'état civil, comme né d'elle, un enfant dont elle n'aura pas accouché, alors que la réclamation d'état n'a été ni jugée par la juridiction civile, ni portée devant elle.

savoir quelles sont les raisons qui justifient l'interdiction de la GPA au Niger ?

La réponse à cette question nous conduira à examiner dans un premier temps les raisons qui justifient l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui au Niger (I) et de voir dans un second temps le système instauré par le droit nigérien dans le cadre de la protection de divers intérêts relativement à cette matière (II).

I – DU FONDEMENT DE LA PROHIBITION DE LA GPA

L'interdiction de la gestation pour autrui repose sur le respect des valeurs humaines et des droits fondamentaux qui s'attachent à tout être humain. C'est en effet, une pratique qui porte atteinte aux principes fondamentaux du droit positif nigérien en l'occurrence l'indisponibilité du corps humain (A) et celle de l'état des personnes (B).

A - L'indisponibilité du corps humain

L'indisponibilité du corps humain, principe qualifié d'ordre public³³ est contenu dans bons nombres de législations internationales, régionales et nationales. C'est ainsi que le paragraphe 1 du préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)³⁴ consacre « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille

³³ La première chambre civile de la Cour de cassation française a qualifié d'ordre public le principe d'indisponibilité du corps humain en faisant expressément référence l'art. 1128 du code civil pour fonder en partie pour illicéité de son objet a fondation Alma Mater qui a spécialement créée pour favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui « portent tout à la fois à la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et de l'enfant ». Voir JCP 1990. II. 21526.

³⁴ Cf paragraphe 1 du préambule de la DUDH fait partie intégrante de la Constitution du Niger puisque son Niger affirmé son attachement aux principes fondamentaux tels contenus de cette Déclaration.

humaine et leurs droits égaux et inaliénables » au rang de fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. De la lecture de ce paragraphe, il faut retenir que la méthode de procréation pour autrui va à l'encontre de la dignité d'une personne et de son corps. De même, *le droit nigérien assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à sa dignité à travers le principe de l'indisponibilité du corps humain, droit fondamental reconnu également par le droit international, et dont le respect concourt à la sauvegarde de la dignité humaine. En effet, la Constitution nigérienne du 25 Novembre 2010 affirme son attachement, dans son préambule, aux principes fondamentaux définis dans la DUDH. Elle proclame à ce titre, l'indisponibilité du corps humain à travers certaines dispositions. En effet, l'article 11 al.1 de la Constitution du Niger dispose : « la personne humaine est sacrée » et l'article 12³⁵ (Constitution du Niger) prévoit le droit à l'intégrité physique et morale de la personne. Il découle de ces dispositions que personne ne peut disposer librement de son corps ni gratuitement ni moyennant rétribution.*

L'indisponibilité du corps humain repose sur deux fondements juridiques à savoir l'inviolabilité du corps humain et l'impossibilité pour le corps humain d'être l'objet d'un droit patrimonial³⁶. Une telle indisponibilité du corps humain induit la nullité des conventions visant à donner une valeur patrimoniale au dit corps, la gratuité des cessions d'éléments et produits du corps humain. De ce point de vue, le corps humain est inviolable et ses éléments et produits ne peuvent s'insérer dans un droit patrimonial. Relativement à l'affaire dite des bébés importés, le Procureur de la République de Niamey, après avoir rappelé

³⁵ L'art. 12 dispose « Chacun a droit à la vie, à la santé, à l'intégrité physique et morale, à une alimentation saine et suffisante, à l'eau potable, à l'éducation et à l'instruction dans les conditions définies par la loi ».

³⁶ Cf. art. 1128 c.civ. du Niger.

les faits dans un point de presse³⁷ a indiqué qu'il existe contre toutes les personnes arrêtées de nombreux indices concordants³⁸ tendant à leur culpabilité en matière de supposition d'enfant. Il en résulte que ces bébés doivent provenir des mères légitimes qui les ont vendus soit elles-mêmes, soit par personnes interposées. L'enquête diligentée à cet effet devrait permettre de retrouver les mères légitimes de ces bébés et établir le processus par lequel leurs bébés se sont retrouvés dans les bras d'autres femmes qui en principe leur sont étrangères.

Sur la base de ces principes, toute convention portant sur une GPA ou une PPA est nulle, compte tenu du caractère d'ordre public du principe d'indisponibilité du corps humain. D'ailleurs, l'indisponibilité de l'état des personnes est souvent invoquée par la jurisprudence des cours et tribunaux³⁹ (la cour de Cassation française est d'ailleurs inflexible sur la question) qui est constante sur la question de la gestation pour autrui. En effet, la cour de Cassation française a rendu plusieurs arrêts rejetant des demandes de transcription sur les registres français de

³⁷ V. point de presse du samedi 28 juin 2014 du Procureur de la République, consulté sur www.tamtaminfo.fr

³⁸ Parmi les indices tendant à prouver la culpabilité des personnes poursuivies, il rappelle le fait que toutes les femmes n'avaient aucun signe de grossesse apparente avant leur accouchement ; qu'elles avaient toutes accouché au Nigeria et que les enfants se sont vu établir des pièces d'état civil au Niger ».

³⁹ A cet effet, la Cour de cassation française a eu à se prononcer pour la première fois sur la question en 1991 dans un arrêt du 31 mai 1991 où elle a pu décider « Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-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](#)», publié au bulletin sous le numéro 90.20.105. Elle a reconfirmé sa position dans 3 autres arrêts du 6 avril 2011 : Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, pourvois n°09-66. 486, n°10-19. 053 et n°09-17. 130, BICC n°747 du 15 septembre 2011, commentaire SDR, Legifrance.

l'état civil d'actes de naissance rédigés à l'étranger. L'arrêt bien connu du 17 décembre 2008 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation Française illustre assez bien cette nullité : en l'espèce, la Cour a fait droit à la demande du ministère public en lui accordant une rectification de la transcription de l'acte litigieux « *par voie de suppression de la mention de la demanderesse en tant que mère* »⁴⁰. Le ministère public a contesté l'opposabilité en France, des jugements civils validant une gestation pour autrui. Dans ce sens, toute convention portant sur une GPA est illicite en ce qu'elle a un objet interdit par la loi, puisqu'elle porte à la fois sur la mise à disposition du corps de la mère de substitution et sur l'enfant à naître ; toutes choses qui ne sont pas dans le commerce au sens de l'art. 1128 du code civil⁴¹ du Niger. C'est le sens de plusieurs décisions de justice notamment celle du tribunal de grande instance de Paris, en date du 20 janvier 1988 (cf. attendu principal de ladite décision)⁴²

Le respect du principe de l'indisponibilité du corps humain est par ailleurs assuré par un principe corollaire qui est l'indisponibilité de l'état des

⁴⁰ La Cour avait estimé dans ce cas que le refus de transcription par le ministère public est fondé sur la contrariété à l'ordre public international français qui valide cette convention alors qu'il porte atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de faire produire effet à une convention portant sur une GPA, qui fût-elle licite à l'étranger, est en France, nulle d'une nullité d'ordre public. D'autres décisions allant dans le même sens ont précédé ou suivi celles-ci : voir Cass. 1^{ère} Civ., 9 décembre 2003, Bull. 2003, I, n°252; Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2001, BICC n°747 du 15 septembre 2011.

⁴¹ L'art. 1128 du code civil du Niger dispose « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent faire l'objet de conventions* ».

⁴² TGI Paris, 20 janvier 1988 « attendu qu'une telle convention qui porte à double titre sur le corps humain, celui de la mère de substitution et celui de l'enfant, viole le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, principe dérivé de l'art. 1128 c.civ. et sanctionné par l'art. 6 c. civ. » ;

personnes⁴³ qui apparaît d'ailleurs comme le seul moyen permettant la sécurisation de la filiation de l'enfant, et donc le garant de son intérêt.

B- L'indisponibilité de l'état des personnes

Pour être en cohérence avec leurs législations, les Etats qui interdisent la GPA, refusent de reconnaître l'état civil des enfants nés à l'étranger contre leur intérêt. Il en résulte donc une impossibilité juridique de faire reconnaître les parents intentionnels (et plus spécifiquement la mère) comme les parents légaux de l'enfant. En effet, en vertu de l'indisponibilité de l'état des personnes, les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation.⁴⁴

Toutefois, la filiation peut aussi résulter d'un jugement à la suite d'une action en recherche de paternité ou de maternité⁴⁵. La conséquence de cette indisponibilité de l'état des personnes est l'impossibilité d'établir des actes d'état civil pour les enfants nés d'une GPA. Pour contourner cette interdiction certains couples se rendent à l'étranger dans les pays où la GPA est autorisée. Mais, à leur retour, ils rencontrent parfois des **difficultés pour obtenir la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance rédigés à l'étranger, et donc pour faire**

⁴³ L'état des [personnes](#) est considéré en droit comme la situation de la personne entre sa naissance et sa mort, ce qui inclut sa [filiation](#), sa situation matrimoniale, son [âge](#), son [sexe](#) (souvent confondu avec le [genre](#)) et son [nom](#). Selon le principe d'indisponibilité, les actions relatives à l'état des personnes sont dites ne peuvent l'objet de renonciation. Comparativement voir l'art. 323 du code civil français.

⁴⁴ Il existe toutefois au Niger comme ailleurs des exceptions légales à l'indisponibilité de l'état des personnes comme l'adoption. Cette dernière est en effet une exception extraordinaire à ce principe universel.

⁴⁵ Cf. art. 340 du code civil. En pareille hypothèse, les effets de la déclaration judiciaire de paternité remontent à la naissance de l'enfant. V. Cass. civ., 14 février 2006, BICC n°640 du 15 mai 2006.

reconnaître la filiation des enfants nés de la gestation pour autrui. Pour illustrer ces propos, l'on peut citer les espèces bien connues de la Cour de Cassation française du 6 avril 2011⁴⁶ : dans ces arrêts, la première chambre civile de la Cour de cassation a statué sur la question des effets pouvant être reconnus en France, au regard du droit de la filiation, de conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, interdites en France, mais licites dans le pays où elles sont intervenues. Les trois cas soumis⁴⁷ à la Cour de cassation présentent une situation de fait assez proche : des époux français ont conclu, conformément au droit étranger en cause (ici, celui de deux Etats des États-Unis), une convention de gestation pour autrui, homologuée par le juge étranger, prévoyant qu'après la naissance de l'enfant, ils seraient déclarés dans les actes d'état civil étrangers, être les parents de cet enfant. Les actes de naissance étrangers ayant été transcrits sur les registres d'état civil français, le ministère public a demandé l'annulation de cette transcription

⁴⁶ V. Neirinck (C.), La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil de l'enfant qui en est né, *Revue Droit de la famille*, n°5, mai 2011, *Études*, n°14, p. 19 à 21, note à propos des quatre arrêts 1re Civ. - 6 avril 2011.

⁴⁷ Dans le premier dossier, n° D 09-66.486, pour lequel l'enfant est né de l'embryon issu des gamètes des deux époux, le parquet a limité, dès l'origine, sa demande d'annulation à la seule mention relative à la filiation maternelle de l'enfant ; en revanche, dans le dossier n° S 10-19.053, pour lequel le mari a été déclaré « père génétique » de l'enfant et l'épouse « mère légale », le ministère public a demandé l'annulation de la transcription de l'acte d'état civil français en son entier ; enfin, le troisième dossier n° F 09-17.130, est un peu différent : la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant sur les registres français ayant été refusée par le consulat, à leur retour en France, les époux ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de l'enfant à leur égard, dont ils ont demandé en justice la transcription sur les registres des actes d'état civil. Dans ces trois cas, les cours d'appel ont annulé ces transcriptions ou en ont refusé la transcription en France en considérant que l'ordre public français s'y opposait.

pour contrariété à l'ordre public international français.

La dernière situation décrit assez bien l'espèce des bébés importés au Niger. Enfin, il peut également arriver, que chacun veuille le garder : c'est-à-dire que la femme qui le portait et en a accouché et l'homme à l'origine du projet reconnaissent l'enfant, et exercent alors en commun l'autorité parentale⁴⁸.

Parlant des difficultés liées à la reconnaissance d'une filiation légale, il faut retenir que nonobstant l'art. 364 al. 2 du code civil qui dispose : « dans les trois mois, le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit, à la demande du représentant légal qui a obtenu le jugement ou de l'une des parties intéressées, sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. Si l'adopté est né à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de la Commune de Niamey », le juge nigérien peut refuser une telle transcription lorsque l'adoption a eu lieu à la suite d'une GPA. Dans l'affaire des bébés importés, les personnes impliquées sont poursuivies du chef de déclaration mensongère pour avoir, selon le procureur de la République, fait des déclarations contraires à la vérité et obtenu ainsi l'insertion sur les registres de l'état civil nigérien, des faits ne rendant pas compte de la réalité. Ce qui suppose qu'il y a eu une suppression d'état concernant les bébés concernés. Il s'agit ici d'une question qui est préjudicielle à l'action publique relative à l'infraction de supposition d'enfant. Mais contrairement à la règle bien connue du « *criminel tient le civil en l'état* »⁴⁹, la loi prévoit que « *l'action criminelle en matière de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question* »⁵⁰ En toute hypothèse, la femme

⁴⁸ La situation s'est produite en France. La femme qui le portait et en a accouché et l'homme à l'origine du projet ont reconnu l'enfant et alors, ils exercent en commun l'autorité parentale.

⁴⁹ Cette règle signifie le juge civil doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge répressif rende sa décision.

⁵⁰ Article 327 du code civil du Niger.

qui accouche d'un enfant, issu ou non de ses propres gamètes, est juridiquement considérée comme sa mère⁵¹. L'enfant ne peut être inscrit à l'état civil que sous le seul nom de sa mère, sous peine de sanctions pénales (supposition d'enfant). La filiation paternelle quant à elle, dépend de l'état civil de la mère porteuse. Si celle-ci est mariée, l'homme du couple intentionnel peut reconnaître l'enfant⁵², quitte à lui, d'en informer son épouse qui pourra ensuite, adopter l'enfant. Les parents d'intention peuvent aussi opter pour une adoption conjointe. Si la mère porteuse est mariée, son conjoint est considéré comme le père de l'enfant en vertu de la présomption de paternité⁵³ qui pèse sur celui-ci conformément à l'adage « parte ris est quem nuptiae demonstrant »⁵⁴. Autrement dit, en cas de GPA, le mari de la mère porteuse est légalement le père de l'enfant, sauf s'il n'a pas donné son accord pour l'insémination de son épouse par le sperme d'un autre homme. Ces règles de filiation obligent la mère porteuse à abandonner l'enfant. Après quoi, le couple d'intention pourra introduire une procédure d'adoption plénière de l'enfant ainsi abandonné⁵⁵.

⁵¹ Cf. l'adage « mater semper certa est ».

⁵² V. TPI Hasselt, (1^{ère} ch.) du 21 mars 2001 ; l'arrêt de la cour de Bruxelles du 1^{er} mars 2007, Rev. Trim. Dr.fam., 2007, p.754

⁵³ Cette présomption peut être contestée par la mère, l'enfant, le père présumé et la personne qui revendique la paternité de l'enfant (art. 312 ; 328 à 330 du Code civil).

⁵⁴ Cf. art. 312 c. civ. du Niger qui dispose « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père la mère. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant il était soit, par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ».

⁵⁵ Par exemple la jurisprudence belge se montre pourtant largement favorable à l'adoption dans ce cas de figure. Voir, par exemple, Trib. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, J.L.M.B., p. 1083 ; Cour d'appel d'Anvers, 14 janvier 2008, R.W., 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN ;

La GPA n'est donc pas juridiquement une méthode de procréation mais une adoption illégale⁵⁶. C'est la raison qui explique le rejet de plusieurs demandes d'adoptions dans le cadre d'une GPA à cause de l'indisponibilité de l'état des personnes. Aussi, l'invocation de l'indisponibilité de l'état des personnes dans le cas d'une gestation pour autrui, comme le remarquait M. Gobert, « ...alors que l'acte de naissance de l'enfant ne comporte aucune indication de la filiation maternelle, suppose qu'elle aurait l'obligation de reconnaître l'enfant »⁵⁷. Refuser l'adoption au motif qu'elle « ferait obstacle à tout établissement ultérieur de la « filiation maternelle véritable » condamnerait toute procédure d'adoption. De la même manière, les juges ont pu affirmer que la GPA prive l'enfant de l'accès à ses origines c'est-à-dire de ses vrais parents. C'est le point de vue de Sylviane Agcinski⁵⁸ qui avance que la GPA empêche l'enfant d'avoir une relation avec sa « vraie mère » et donc « prive ce dernier, d'une façon systématique, de la possibilité d'avoir un lien et donc une relation avec la moitié de sa lignée biologique ». C'est aussi la position de Miriel Fabre Magnan⁵⁹ et de Marc Olivier Padis qui parlent « d'un montage, au sein d'un arrangement privé, d'une fécondation in vitro (FIV), suivie d'un abandon d'enfant et d'une adoption plénière, le tout en détournant ces trois dispositions de leur finalité et en contournant les règles qui les encadrent »⁶⁰. Si la filiation maternelle s'établit de plein droit par la seule indication du nom de la mère dans l'acte

⁵⁶ Sur la question V. Klein, Meulders "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées "dans Revue trimestrielle de droit civil n 4/1987, p.645.

⁵⁷ Gobert Michelle, Réflexion par les sources...,op. cit. p. 522

⁵⁸ Sylviane Agacinski, article précité.

⁵⁹ Miriel Fabre Magnan, ouvrage précité.

⁶⁰ Marc Olivier-Padis, la gestation pour autrui, une déstabilisation éthique, op. cit. p.1 ; consulté sur www.tnova.fr

de naissance de l'enfant⁶¹ et celle du père par la présomption de paternité prévue par l'art. 312 du code civil, elle ne peut, en cas de GPA, être établie que par suite d'une adoption qui reste d'ailleurs aléatoire, sans compter les difficultés liées à une telle procédure. En effet, sur la question des risques liés à la procédure d'adoption et à la filiation, il faut rappeler que l'adoption est toujours subordonnée à l'intérêt de l'enfant⁶². Or dans tous les cas où la GPA impliquerait une telle procédure, (si l'enfant est déjà né) il y a toujours un risque que le juge déclare l'adoption non conforme à son intérêt puisque le droit nigérien ne permet pas, en effet, l'adoption d'un enfant par n'importe qui et dans notre n'importe quelle circonstance⁶³. Donc si la femme ne répond pas aux critères de l'adoption, l'enfant est privé de mère. De même, si au cours de la procédure d'adoption, les deux se séparent, le mari peut refuser de donner son consentement à l'adoption par son épouse. En cas de mère célibataire, infertile recourant à une GPA, l'enfant se retrouverait sans filiation. En cas de stérilité des deux membres du couple à l'origine du projet, donc d'implantation d'un embryon risée via le modèle retenu actuellement pour l'AMP, l'enfant se retrouverait sans aucun lien.

Sur la question des risques liés à un éventuel délaissement ou de revendication

⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-16968, Lexis Nexis, BICC n°7410 du 15 avril 2011 et légifrance

⁶² Cf. art. 343 c. civ. « L'adoption ne peut avoir lieu que s'il y a des justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté ». C'est d'ailleurs en s'appuyant sur cette disposition que les juridictions du Niger ont pu rendre des décisions en d'adoptions. Voir le jugement civil n°445 du TGI hors classe Niamey 02. Octobre 2013 par laquelle les juges ont accordé une légitimation adoptive à des époux en s'appuyant sur l'article 343 du code civil et la CDE. Dans le même sens, voir aussi TGI le jugement civil n°474 du 23 octobre 2013 du TGI hors de Niamey.

⁶³ Les conditions de l'adoption sont précises par les articles 344 : il s'agit notamment des conditions relatives à l'âge des adoptants de l'absence d'enfants et de descendants...

par tous, ces derniers peuvent surgir, comme cela a été déjà le cas, que ni le couple d'intention, ni la gestatrice, ne veuillent finalement plus de l'enfant⁶⁴ (enfant malformé ou handicapé). Il peut en effet arriver que le couple se sépare durant la grossesse, ou que l'enfant ne corresponde pas à ce que les parents d'intention espéraient.

L'art. 3 de la DUDH prévoit en outre la liberté de la personne humaine en disposant que « tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». Mais toute la question est de savoir si la mère porteuse conserve sa liberté pendant la grossesse? La réponse est non, parce que cette dernière est contrôlée par les parents demandeurs et qu'elle doit respecter les conditions du contrat. La GPA se heurte non seulement aux principes fondamentaux de la législation interne au Niger, mais renvoie aussi à des difficultés administratives des enfants nés par GPA notamment en matière d'établissement du lien de filiation mais aussi d'établissement des actes de l'état civil.

La diversification des législations et la liberté de circulation des personnes ont créé un cadre favorable à « un tourisme procréatif », lequel pose ensuite aux juridictions le problème de la transcription sur les actes d'état civil d'actes de naissance effectués à l'étranger. Ces difficultés sont dues notamment à l'absence d'un droit international privé concernant les diverses techniques d'assistance médicale à la procréation. Mais, plus que l'indisponibilité de l'état des personnes, ce sont les intérêts surtout ceux de l'enfant qui sont avant tout pris en compte pour interdire une maternité par substitution.

⁶⁴ Il peut également arriver que devant la volonté de la mère, le géniteur refuse de le reconnaître et que de son côté, si la mère est par ailleurs mariée, son mari conteste la filiation.

II - DU SYSTEME PROTECTEUR DE DIVERS INTERETS

Le système juridique nigérien se préoccupe avant tout de l'intérêt supérieur de l'enfant (A), et ceci conformément à nombre de ses dispositions internationales et internes. Mais ce système se soucie surtout de l'ordre public et donc l'intérêt social (B).

A - L'intérêt supérieur de l'enfant

Plus que le principe de l'indisponibilité du corps humain, c'est l'intérêt de l'enfant qui est avant tout pris en compte pour justifier la condamnation de la « maternité par substitution »⁶⁵. L'intérêt de l'enfant s'oppose à ce que des personnes privées décident contractuellement l'attribution des droits et devoirs parentaux, au mépris des lois de la famille. Concernant la GPA, ces arguments sont relativement faibles dans la mesure où en pratique, un jugement intervient toujours pour entériner le préaccord existant entre adultes ; ce jugement peut intervenir avant, en cours de grossesse ou après la naissance. Ce dernier est indispensable à l'établissement de la filiation vis-à-vis des parents intentionnels. La convention seule est donc insuffisante pour dresser l'acte d'état civil, elle doit être validée par une instance judiciaire. C'est justement au nom de cet intérêt, que le droit nigérien doit refuser d'établir une filiation à une mère qui n'aurait pas accouché⁶⁶. C'est le sens de l'art. 248 du code pénal du Niger relatif à la supposition d'enfant.

Au surplus, les conventions internationales ratifiées par l'Etat du Niger, en l'occurrence la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant

⁶⁵ C'est ce qu'explique une circulaire française notamment la circulaire crim. 95-2 F3 du 19 janvier 1995, op. cit., BO justice n°57 du 31 mars 1995, p.96

⁶⁶ V. C. A. de Niamey, 13 juil. 2015 ; Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20436, BICC, n°701 du 1^{er} mai 2009 et cive. 1^{ère}, 19 mars 2014, pourvoi n°13-50005.

(CDE) et la Charte Africaine des Droits et du Bien Etre de l'Enfant (CADBE), font prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent. C'est le sens de l'article 3.1 de la CDE qui dispose en effet 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... ». C'est aussi le contenu de l'art. 4 alinéa 1 de la CADBE qui énonce que « Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale ». Ces dispositions évoquent l'intérêt supérieur de l'enfant sans pour autant le définir. Mais selon, une jurisprudence constante, l'intérêt de l'enfant s'entend du droit pour celui-ci d'avoir des parents⁶⁷. L'intérêt de l'enfant a, en outre, justifié plusieurs décisions d'adoption⁶⁸. Par exemple, la cour d'appel de Paris avait estimé dans un arrêt du 9 novembre 1990⁶⁹ qu'une adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant qui était abandonné à sa naissance et qu'il était éduqué par son père et l'épouse de celui-ci. L'intérêt de l'enfant peut être alors le droit pour celui-ci d'avoir une mère⁷⁰. Cette position sera cependant

⁶⁷ Cass. civ. 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752.

⁶⁸ TGI Versailles 9 juillet 1986 ; CA Paris 15 juin 1990, D. 1990, p.542 ; CA Paris, 9 novembre 1990 n° 1990-025059 ; CA Pau, 19 février 1991, D. 1991, p.380

⁶⁹ CA Paris, 9 novembre 1990 n° 1990-025059 : la Cour d'appel de Paris a estimé que l'abandon d'un enfant par sa mère biologique, manifesté par le refus de reconnaissance de l'enfant, ne réalise pas une cession illicite des droits d'autorité parentale au profit du père biologique, qui, en la circonstance les possède au même titre que la mère et peut les faire consacrer par une reconnaissance volontaire dans le respect de la loi.

⁷⁰ CA Pau, 19 février 1991, D. 1991, p.380 « Attendu qu'en l'espèce, la cour, qui n'est pas saisie de la validité ni de l'existence même d'une

remise en cause définitivement, au nom du même intérêt de l'enfant entendu in abstracto, par la Cour de Cassation. Enfin, l'intérêt de l'enfant, s'entend du droit pour lui d'avoir une nationalité comme le relève le Comité d'experts⁷¹ de la CADBE dans son unique décision⁷². Dans cette espèce, où il était question de l'intérêt supérieur de l'enfant notamment, le droit pour les enfants nubiens⁷³ d'accéder à la nationalité Kényane indépendamment du fait que les certificats de naissance qui leur sont délivrés au Kenya indiquent explicitement que ces derniers ne constituent pas une preuve de la citoyenneté, laissant ainsi les enfants enregistrés dans une situation ambiguë contraire à l'article 6⁷⁴ de la

telle convention, n'a à statuer que sur la requête aux fins d'adoption ».

⁷¹ Le comité d'experts sur les droits et le Bien Etre de l'Enfant est l'organe quasi juridictionnel (de l'Union Africaine) chargé de promouvoir et de protéger les droits consacrés dans la CADBE, d'en suivre l'application et de veiller à leur respect, d'en interpréter les dispositions à la demande des Etats parties, des institutions. En somme il ne tranche que les revendications de type juridique et est indépendant vis-à-vis des membres de la Commission, mais aussi des représentants des Etats au sein de l'Union Africaine. V. art. 42 CADBE.

⁷² Décision n°002/09 : IHRDA et Open Society Justice Initiative (OSJI) (au nom d'enfants d'ascendance nubienne au Kenya) c Kenya.

⁷³ Les Nubiens au Kenya sont originaires des Monts Nouba qui s'élèvent dans une région située maintenant au centre du Soudan. Ils furent enrôlés de force dans l'armée coloniale britannique au début du 20^{ème} siècle alors que le Soudan était sous domination britannique. Lors de leur démobilisation, ils auraient demandé à retourner au Soudan, mais le gouvernement colonial de l'époque refusa et les contraignit à rester au Kenya. Ces autorités coloniales leur allouèrent des terres, y compris le village de *Kibera*, mais ne leur accordèrent pas la citoyenneté britannique. Les plaignants allèguent que, lors de l'accession du Kenya à l'indépendance (1963), le problème de citoyenneté¹ des Nubiens n'a pas été directement abordé et ils ont toujours été traités par le gouvernement du Kenya comme des « étrangers » car, selon le gouvernement, ils n'avaient aucune terre ancestrale au Kenya et, de ce fait, ne pouvaient se voir accorder la nationalité kényane.

⁷⁴ L'art. 6 de la CADBE dispose « **1.** Tout enfant a droit à un nom dès sa naissance; **2.** Tout enfant est enregistré immédiatement après sa naissance;

CADBE. Le Comité d'experts, a d'abord constaté les multiples violations des droits de l'enfant par le Kenya⁷⁵, a recommandé ensuite « *que le gouvernement du Kenya prenne toutes les mesures législatives, administratives et autres mesures nécessaires afin de garantir que les enfants d'ascendance nubienne au Kenya, qui sont sans cela apatrides, puissent acquérir la nationalité kényane et la preuve de cette nationalité dès la naissance,* » et qu'il « *prenne toutes les mesures pour garantir que les enfants d'ascendance nubienne dont la nationalité kényane n'est pas reconnue puissent systématiquement bénéficier de ces nouvelles mesures à titre prioritaire* ». Cette décision prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant est salutaire et doit être exécutée par l'Etat Kényan, puisque, même s'il s'agit d'une recommandation, elle émane tout de même d'une instance quasi-juridictionnelle⁷⁶.

S'agissant de la situation spécifique du Niger dans le cadre de la mise œuvre de la Charte, le rapport 2012⁷⁷ relève que malgré les dispositions prises et les efforts consentis pour la protection de l'Enfant nigérien, il existe encore des insuffisances

3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité;
4. Les Etats parties à la présente Charte s'engagent à veiller à ce que leurs législations reconnaissent le principe selon lequel un enfant a droit d'acquérir la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel il/elle est né(e) si, au moment de sa naissance, il/elle ne peut prétendre à la nationalité d'aucun autre Etat conformément à ses lois. ».

⁷⁵ Il s'agit des violations des articles 6(2), (3) et (4), de l'article 3, de l'article 14(2)(b), (c) et (g) et de l'article 11(3) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant par le gouvernement du Kenya.

⁷⁶ Sur la question, lire Rachidatou Illa Maikassoua, les effets des décisions de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des peuples, Thèse Paris Sorbonne, 2011 ; cette thèse a donné lieu à une publication par Kartala à Paris en 2013 : La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples : un organe de contrôle au service de la Charte Africaine.

⁷⁷ V. Ministère de la population, de la femme et de la protection de l'enfant, rapport initial sur la mise en œuvre des dispositions de la CADBE au Niger, mai 2008.

telles que « la coexistence de plusieurs sources de droits, la non prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, la persistance des cas d'infanticide et d'abandon d'enfant, ... »⁷⁸. Pour toutes les insuffisances relevées, le Comité a fait des recommandations⁷⁹ concrètes au Niger. En accord avec le Gouvernement, une mission du Comité se rendra au Niger pour le suivi de la mise en œuvre de ces recommandations. C'est le lieu de rappeler qu'en France, devant le débat suscité par la GPA, le Conseil d'Etat saisi dans le cadre de la révision de la loi bioéthique s'est prononcé contre la législation de la GPA au titre « de l'intérêt de l'enfant et de la mère porteuse »⁸⁰. Le Conseil a pris en considération les conséquences psychologiques pour l'Enfant ainsi que les problèmes juridiques et financiers liés à ce processus. Pour autant souligne, le Conseil, une régularisation des problèmes posés par les enfants nés de GPA en France ou à l'étranger s'impose. La proposition concerne la possibilité de filiation paternelle, sa reconnaissance grâce au lien biologique entre l'enfant et le père. La mère intentionnelle pourrait aussi partager l'autorité parentale confiée par le père.

Dans tous les cas, la GPA est interdite pour tous les couples homosexuels et hétérosexuels même si pour ces derniers, le désir d'enfant peut être ressenti comme légitime dans la mesure où les couples hétérosexuels font valoir l'intérêt de l'enfant. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, une partie de la doctrine⁸¹ justifie

la neutralisation de l'interdiction de la GPA pour les couples hétérosexuels. Enfin, l'al. 2 de l'article 6 de la CADBE prévoit : « dans toute procédure judiciaire ou administrative affectant un enfant qui est capable de communiquer, on fera en sorte que les vues de l'enfant puissent être entendues soit directement, soit par le truchement d'un représentant impartial qui prendra part à la procédure, et ses vues seront prises en considération par l'autorité compétente, conformément aux dispositions des lois applicables en la matière ». Le Niger respecte cette disposition comme le décrit le rapport du Ministère de la population. « Le Niger ayant ratifié la CADBE le juge doit toujours se référer à cet intérêt supérieur de l'enfant »⁸². L'intérêt des enfants présentés aux juges est toujours d'avoir des parents alors qu'ils en sont dépourvus. Force est de constater que même si tous ces textes portent une attention particulière à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, des difficultés⁸³ peuvent exister quant à leur application.

Les juges, lorsqu'ils condamnent la pratique, ne contestent pas l'intérêt supérieur de l'enfant : ils ne disent pas que l'adoption serait contraire à l'intérêt de l'enfant, mais qu'il faut réintégrer la pratique dans un processus plus large, lequel à d'autres stades, porte atteinte à l'indisponibilité du corps humain et à l'état des personnes. D'autres juges ont par la suite assumé que la condamnation de la pratique impliquait de refuser le prononcé

⁷⁸ Ministère de la population, de la femme et de la protection de l'enfant, rapport précité, Op. Cit. p.

⁷⁹ Les recommandations faites par le Comité à l'Etat du Niger portent notamment

⁸⁰ Le rapport de Conseil d'Etat de mai 2009 sur la révision des lois des bioéthiques ; (<http://www.conseil-etat.fr> [consulte le 10 septembre 2014]) ; V. aussi Bienvault Pierre, Gomez Marianne et Rouden Celine " Les propositions du Conseil d'Etat sur la bioéthique " La croix, de 6 mai 2009, p.6

⁸¹ Godechot-PATRIS Sara, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit, perspectives de droit international privé », in Au-delà des Codes, Mélanges M-S Payet, Dalloz 2012, p. 308 ; Bydlowsky Monique,

« Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui » in les Cahiers du CCNE, n°63-64, 2010, p. 43.

⁸² V. Ministère de la population, de la femme et de la protection de l'enfant, rapport initial sur la mise en œuvre des dispositions de la CADBE, mai 2008.

⁸³ Les actions des services sociaux restent insuffisantes, notamment pour les plus pauvres et le milieu rural. De même, les actions en matière de santé, d'éducation (Programmes Elargis de Vaccination Développements des services socio-sanitaires, de protection infantile et maternelle), mettant l'accent sur la sauvegarde prioritaire de l'enfant ne peuvent couvrir tous les besoins qui restent énormes dans ce domaine.

de l'adoption parce qu'elle interdirait à la « vraie mère » comme à l'enfant d'établir sa filiation avec celle qui avait accouché, « quand bien même l'intérêt actuel de l'enfant pourrait sembler justifier son prononcé ». Enfin comme le souligne Muriel Fabre Magnan, il est vain de chercher à persuader que cet intérêt réside dans l'accomplissement de la volonté des adultes⁸⁴.

Au demeurant, l'intérêt de l'enfant, valeur prise en compte, est alors réconforté au motif que des valeurs plus importantes entrent en jeu à savoir l'ordre public et les bonnes mœurs.

B - L'ordre public nigérien

Comme le remarque M. Carbonnier, une société moderne confie de préférence la défense de ses intérêts essentiels aux théories de l'ordre public et de la cause illicite qui reflètent une situation juridique plus intellectuelle⁸⁵. C'est sans doute, pour cette raison que la législation du Niger a inclus dans son ordre juridique des dispositions réfutant des conventions portant atteinte à l'ordre public. En effet, l'article 6 du code civil du Niger dispose qu' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Or, il est incontestable que la GPA porte atteinte non seulement à l'ordre public nigérien mais aussi transgresse les valeurs morales de la société nigérienne.

Toute convention portant sur une GPA doit être annulée au nom de l'ordre public nigérien qui veille à la protection de l'ensemble de la population nigérienne contre ce qui est considéré dans le pays comme une atteinte à l'exploitation du corps humain. Il n'est plus question d'indisponibilité, il faut ici éviter que le corps soit objet d'exploitation comme cela a d'ailleurs été relevé par la Cour d'appel de Versailles qui a rejeté la reconnaissance

d'un jugement prononcé à l'étranger au motif que « le jugement prononcé par le tribunal fédéral de première instance du Minnesota [...] qui a pour effet de valider une telle convention, est contraire à la conception française de l'ordre public international [qui...] veille à la protection de l'ensemble de la population contre ce qui est en France considéré comme une exploitation du corps humain »⁸⁶. S'agissant de l'état des personnes et de la famille, il est à la fois régi par le droit civil et par le droit coutumier (islamisé) qui aura certainement une forte influence sur le législateur nigérien puisque la morale religieuse prohibe aussi la GPA.

Enfin, dans le cadre d'une gestation, il y a toujours une atteinte à l'intégrité corporelle : « deux femmes vont subir des atteintes corporelles dans cette histoire, contrairement à l'appel d'une femme tierce pour porter l'enfant (avec ses ovules). »⁸⁷ De ce fait, le prélèvement n'est pas un acte anodin et suppose une stimulation ovarienne puis une ponction ovocytaire par voie vaginale sous anesthésie (générale ou locale sur la gestatrice (parfois la future mère, parfois non). C'est le sentiment de J. Hauser qui affirme « le couple qui accepte de réduire en dépendance la mère porteuse pour rémunérer ses facultés procréatives dans un procédé qui rappelle certaines mœurs malsaines proches de l'esclavage, mériterait qu'on s'interroge sur ses convictions »⁸⁸. L'envie du couple désireux d'avoir un enfant ne doit pas l'emporter sur les valeurs morales et religieuses de la société nigérienne.

Par ailleurs, la filiation est un des éléments de l'état civil d'une personne. Or, l'état civil est un ensemble d'éléments qui permet à toute personne d'être identifiée non seulement au sein de sa propre famille,

⁸⁴ Muriel Fabre Magnan, ouvrage précité, p. 121.

⁸⁵ Jean Carbonnier, *Droit*, 4, Les obligations n° 57, p. 118

⁸⁶ CA Versailles, 15 octobre 2009, n° 08/07539.

⁸⁷ Marie-Xavière Catto, la gestation pour autrui : « un problème d'ordre public aux conflits d'intérêts », in séminaire droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, RDH n°3, juin 2013, op.cit. p.

⁸⁸ Cité par Marie-Xavière Catto, article précité, p.

mais aussi au sein de la société. Il relève à ce titre de l'ordre public et ne peut aucunement faire l'objet d'une convention entre des personnes privées qui « disposeraient » ainsi de leur état civil ou de celui de leurs enfants. L'ordre public est indisponible même s'il est permis au juge de le modifier sous certaines conditions comme dans le cadre d'une adoption⁸⁹ par jugement. Pourtant dans le cadre d'une AMP avec tiers, la filiation de l'enfant repose entièrement sur le consentement ; le juge n'intervient ici que pour constater ce consentement⁹⁰ qui à lui seul, suffit à créer un état civil qui laisse croire que l'enfant se trouve biologiquement rattaché à ses parents.

Dans tous les cas, la GPA ou la PPA ou tout simplement la procréation assistée, présentent des limites juridiques et « éthiques » qui se résument selon Sylviane Agacinski sur le droit de l'enfant et non sur un droit à l'enfant : « - droit de l'enfant à ne pas être l'objet d'une convention ou d'un contrat ; - droit de l'enfant, qui est une personne, à n'être pas traité comme une marchandise (ce qui est le cas si sont vendus ou "indemnisés" la grossesse et l'accouchement) ; - droit de l'enfant à connaître les conditions de sa naissance, c'est à dire (même si les parents ne sont pas ou ne peuvent pas être les géniteurs) à savoir de quel homme et de quelle femme ils sont issus ».⁹¹ Ces droits sont reconnus à l'enfant pour avant tout, le protéger et aussi pour lui donner une identité au sein de la société ; tout ceci en vue d'assurer une certaine harmonie sociale qui cadre bien avec une certaine conception naturaliste de la société, chère à

l'ordre social nigérien, bref à l'ordre public tout court.

CONCLUSION

La GPA suppose un réel débat de société et une fois encore, le législateur aura son mot à dire dans l'intérêt de l'enfant, notion chère au Droit et à la Charte Africaine des Droits et du Bien Être de l'Enfant ; il s'agit d'un débat passionné qui s'annonce en perspectives, au regard de la responsabilité morale. Force est de constater qu'en l'état actuel des choses, la pratique des mères porteuses entraîne un contournement de l'institution d'adoption qui est d'ailleurs la seule voie juridique trouvée pour transférer l'autorité parentale au couple d'intention. Au surplus, cette pratique antisociale est fort complexe et entraîne des risques et des difficultés non négligeables au cours de chacune de ses étapes. Aussi, il est temps que le législateur nigérien intervienne pour combler le vide juridique qui existe, en incorporant dans le code civil des dispositions prohibant la GPA et faciliter ainsi l'action des autorités judiciaires en la matière. La supposition d'enfant, délit commis à la suite d'une GPA, fait du coup rejaillir la question de la commercialité ou non du corps humain ; même si les débats semblent incomplètement posés. En effet, la question qui revient souvent dans le débat au niveau international est celui de la légalisation d'une pratique dans laquelle, la gestatrice n'aurait aucun lien génétique avec l'enfant. Mais la protection de l'intégrité corporelle semble être oubliée dans ce cas car seuls la signification génétique et l'accouchement sont pris en considération. La légitimité de la pratique se trouverait alors seulement sur le terrain de la gestatrice et de ce qu'elle implique pour une femme, sans aucune considération morale et juridique.

Dans tous les cas, même en cas d'intervention du législateur pour une interdiction de la GPA, il est impossible de l'interdire totalement et cette interdiction

⁸⁹ Dans une adoption, la filiation de l'enfant vis-à-vis de ses parents adoptifs peut être établie par jugement. V. les dispositions des articles 368 à 370 sur la filiation adoptive.

⁹⁰ Il s'agit ici du consentement des donneurs et des receveurs, qui sont pourtant inconnus, les uns des autres.

⁹¹ Sylviane Agacinski, le corps humain, est-il disponible pour le marché ? op. cit. ; p.2 ; consulté le 9 septembre 2014 sur www.tnova.fr

ne permet d'ailleurs pas de protéger de façon satisfaisante la gestatrice, l'enfant ou les parents intentionnels. Au surplus, le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication rendent illusoire cette prohibition. Celles-ci facilitent la mise en contact des personnes et rendent le recours à la GPA à l'étranger plus facile et plus accessible.

L'ordre public nigérien ne tolérerait pas qu'un enfant puisse naître d'un délit pénal à fortiori avoir une filiation suite à ce délit. Au nom des valeurs de la société nigérienne, de l'ordre public tout simplement, les modifications du Droit positif nigérien qui interdiront une telle pratique s'imposent. De telles modifications doivent prendre en compte les situations spécifiques en la matière. Enfin, une gestation pour autrui même « éthique » est impossible car la loi doit avant tout être forgée en considération du cas général et non pas des cas particuliers.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

1. **Muriel Fabre-Magnan**, La gestation pour autrui- Fictions et réalités, Fayard, 2013, 124 pp.
2. **François Terré**, Dominique Fenouillet, Droit civil, 8^{ème} éd. D., Paris, 2011
3. **Philippe Malaurie**, Droit civil : Famille, 6^{ème} éd., Cujas, Paris 1998
4. **Sylviane Agacinski**, corps en miettes, Flammarion, 2013, 127pp.

Articles

5. **Marie-Xavière Catto**, la gestation pour autrui : « un problème d'ordre public aux conflits d'intérêts », in séminaire droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, RDH n°3, juin 2013, www.revdh.files.wordpress.com/2013/06/7seminairescatto.pdf, consulté le 25 août 2014
6. **Sylviane Agacinski**, le corps humain est-il disponible sur le marché ? ; consulté le 8 septembre 2014 sur www.tnova.fr
8. **Gobert**, Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution, RTD. Civ., 1999, 513, n°25
9. **Kayser**, Les limites morales et juridiques de la procréation artificielles, D., 1987, chron., 193

Textes législatifs et réglementaires

10. La Convention Internationales des Droits de l'Enfant (CIDE ou CDE) du 20 Novembre 1989
11. La Charte Africaine des droits et du Bien Etre de l'Enfant (CADBE) du 29 Novembre 1990
12. La Constitution de la République du Niger (25 novembre 2010)
13. Le Code pénal du Niger (Loi N°61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du code pénal au Niger et ses textes modificatifs subséquents)
14. Code civil du Niger