



COUR DE CASSATION

N° S1019053

Décision attaquée :

**M. et Mme X... /
Procureur général près la cour d'appel de Paris**

Rapporteur : Agnès Martinel

RAPPORT

L'Assemblée plénière de notre Cour est saisie par la Cour de réexamen des décisions civiles (décision n° 01, n° 17 RDH 001) d'une demande de réexamen du pourvoi en cassation formé par M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux des enfants G... et H... X..., contre l'arrêt rendu le 18 mars 2010 par la cour d'appel de Paris.

I. - Rappel des faits et de la procédure

M. Dominique X... et Mme Sylvie Y... épouse X... ont eu recours à un processus de gestation pour autrui (GPA) aux Etats-Unis. Mme Z... a porté les embryons obtenus *in vitro* avec les gamètes de M. X... et ceux d'une amie du couple.

Par jugement du 14 juillet 2000, la Cour supérieure de l'Etat de Californie a déclaré M. X... "*père génétique*" et Mme Y... "*mère légale de tout enfant qui naîtrait de Mme Z... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000*".

M. X... et Mme Y... se sont mariés le 2 septembre 2000.

Deux filles, G... et H..., sont nées le [...] à [...] (Californie). Deux actes de naissance ont été enregistrés à l'état civil du comté de San Diego.

Le 8 novembre, M. X... a sollicité du consulat général de France à Los Angeles la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français, et s'est vu opposer un refus. Les services consulaires ont transmis le dossier au parquet de Nantes qui a lui-même saisi le parquet de Créteil, les époux X... habitant Maisons-Alfort.

Une information pénale a été ouverte contre M. et Mme X... du chef de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil de l'enfant. Elle s'est terminée par une ordonnance de non-lieu du 30 septembre 2004.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire par le consulat général de France à Los Angeles les actes de naissance litigieux afin d'engager une action en annulation de la transcription. Cette action a été engagée devant le tribunal de grande instance de Créteil, qui a déclaré le procureur de la République irrecevable en sa demande.

Le parquet général a interjeté appel de ce jugement.

La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement le 25 octobre 2007.

La première Chambre civile de la Cour de cassation, le 17 décembre 2008 (1re Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, Bull. 2008, I, n° 289), a cassé l'arrêt au visa des articles 423 du code de procédure civile et 16-7 du code civil au motif que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Par arrêt du 18 mars 2010, celle-ci a déclaré l'action du ministère public recevable, annulé la transcription des actes de naissance sur les registres du service central d'état civil de Nantes et ordonné la transcription de son arrêt en marge des actes de naissance annulés.

Par déclaration du 6 novembre 2010, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, G... et H... X..., ont formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Par un arrêt du 6 avril 2011, la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en jugeant qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français et qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil (1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, Bull. 2011, I, n° 72).

M. Dominique X..., Mme Sylvie X... ainsi que Mlles G... et H... X... ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a déclaré la requête recevable quant aux griefs de l'article 8 pris isolément ainsi que combinés avec l'article 14 de la Convention et irrecevable pour le surplus, a dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des premier et deuxième requérants au respect de leur vie familiale, dit qu'il y a eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée, dit qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 et

condamné la France à verser à chacune des troisième et quatrième requérantes une somme de 5 000 euros pour dommage moral et aux requérants la somme de 15 000 euros pour frais et dépens.

Le 15 mai 2017, M. Dominique X... et Mme Sylvie X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, G... et H... X..., ont saisi la Cour de réexamen des décisions civiles d'une demande de réexamen du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2010.

Par une décision du 16 février 2018 (Cour de réexamen des décisions civiles, 16 février 2018, n° 17 RDH 001), la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande de réexamen du pourvoi en cassation et dit que la procédure se poursuivra devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le 23 mai 2018, Me Spinosi, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de M. Dominique X... et Mme Sylvie X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs filles mineures, G... et H... X..., a déposé des observations complémentaires.

II.- Analyse succincte des moyens

Dans leur mémoire ampliatif, M. et Mme X... ont soulevé, à l'appui de leur pourvoi, objet de la demande de réexamen, un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'avoir annulé la transcription de l'acte d'état civil étranger.

Ce moyen s'articule en cinq branches.

La première branche soutient que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Y... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme Z... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil.

La deuxième branche soutient qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les conjoints X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution.

La troisième branche soutient que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l'article 3 § 1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant.

La quatrième branche soutient qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La cinquième branche soutient que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite convention.

III. - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi formé par M. et Mme X..., objet de la demande de réexamen, pose plusieurs questions :

- La décision étrangère reconnaissant la filiation d'un couple ayant régulièrement conclu à l'étranger une convention de gestation pour autrui est-elle contraire à l'ordre public international qui ne se confond pas avec l'ordre public interne ?

- L'ordre public international fait-il obstacle à la transcription en France de l'état civil des enfants issus de ce contrat de gestation pour autrui alors que l'acte étranger mentionne le père comme "père géniteur" et la mère d'intention "mère légale" des enfants ?

- L'intérêt supérieur de l'enfant prime-t-il sur l'ordre public international au point d'imposer la reconnaissance de cet état civil étranger ?

- L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose-t-il la transcription d'un tel acte dès lors que l'existence d'un lien

familial avec l'enfant se trouve établi? En annulant la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes, la cour d'appel a-t-elle privé les enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard de M. et Mme X... ?

- L'article 14 de cette Convention interdit-il de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, les enfants issus d'une convention de gestation pour autrui réalisée à l'étranger ?

IV. - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

IV.1. - Gestation pour autrui, état civil et filiation : état des lieux

La gestation pour autrui (GPA) désigne le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'un couple. Elle implique donc trois figures: le couple parental, désigné sous le vocable "les parents d'intention", la "mère de substitution"¹ - ou "mère porteuse" - et l'enfant. Le dernier rapport de synthèse du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (Etats généraux de la bioéthique 2017-2018) en donne la définition précise suivante: "*la GPA désigne la situation où une femme assume une grossesse et porte un enfant, en s'engageant à le remettre aux demandeurs, dits "parents d'intention", dès la naissance. Il faut distinguer les situations où il y a eu recours à un don d'ovocytes, impliquant une seconde femme - il s'agit d'une "gestation pour autrui", de celles où la femme qui va porter l'enfant peut être celle qui a donné l'ovocyte: on parle de "procréation pour autrui". Dans les deux cas, les ovocytes sont en principe fécondés par le père d'intention qui est en même temps père biologique.*"

Interdite en France depuis la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (dite loi de bioéthique), la gestation pour autrui fait l'objet, depuis la fin des années 1980 de débats très médiatisés. Il faut dire que c'est à cette époque que les premières initiatives de maternité de substitution sont apparues en France² avec l'action

¹ Ce vocable est issu de la terminologie anglo-saxonne "*surrogate mother*".

² Notons que de nombreux auteurs et rapports soulignent que "*la maternité pour autrui est vieille comme le monde*" (comme l'a notamment rappelé le professeur François Terré, président de l'Académie des sciences morales et politiques, professeur émérite de l'université Paris II, lors de son audition devant le Sénat en 2008).

Ainsi, on lit dans **la Genèse** "Saraï, femme d'Abram, ne lui avait point donné d'enfants. Elle avait une servante égyptienne du nom de Hagar, et Saraï dit à Abram: Voici que le Seigneur m'a empêchée d'enfanter. Va donc vers ma servante, peut être que par elle j'aurai un fils". Abram écouta la proposition de Saraï. Dix ans après qu'Abram se fut établi dans le pays de Canaan, Saraï sa femme prit Hagar, sa servante égyptienne, pour la donner comme femme à Abram son mari. Il alla vers Hagar qui devint enceinte. (...). Hagar enfanta un fils à Abram; il appela Ismaël le fils qu'Hagar lui avait donné." (La Bible l'Ancien Testament, Genèse 16, Livre de Poche édition 1996).

On sait aussi que, dans la **Rome antique**, un citoyen, dont l'épouse était féconde, pouvait la céder à un autre, qui avait une épouse stérile. L'enfant était élevé par le couple infertile.

Par ailleurs, selon Aurélie Damet, maître de conférences à l'université Paris I, "*existaient à Sparte des formes de don de sperme et d'emprunt d'utérus.*" Dans un article paru dans la revue l'Histoire (avril 2018,

d'un certain nombre d'associations, comme l'association "Alma Mater", "Sainte Sarah" et "Les Cigognes". Nous évoquerons plus loin les différents épisodes juridiques marquant la fin de ces années et le début des années 1990.

Dans ces débats sur la gestation pour autrui, deux thèses s'opposent. L'avis n° 110 du Comité Consultatif national d'éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, publié le 1^{er} avril 2010, distingue entre ceux qui plaident en faveur du maintien de la législation actuelle interdisant la GPA, qui insistent sur "*le risque d'instrumentalisation et de marchandisation de la personne inhérent à la GPA*" et l'atteinte au principe du respect de la dignité humaine, et ceux qui plaident pour une autorisation de la GPA, au titre de la solidarité à l'égard des femmes atteintes de formes irrémédiables et incurables d'infertilité et de la volonté de supprimer la discrimination qui existe entre les couples en fonction de la situation matérielle, seuls les plus aisés parmi eux pouvant se rendre à l'étranger pour avoir recours à ce mode procréatif. Le Conseil d'Etat, dans son étude récente sur la révision de la loi de bioéthique fait état de "deux visions" qui s'opposent sur la question.

Pour les tenants du maintien de la prohibition actuelle, la gestation pour autrui est une pratique attentatoire à la dignité humaine. D'inspiration kantienne³ - "*les choses ont un prix, la personne a une dignité*", cette thèse se fonde sur le principe d'indisponibilité du corps humain. Mais ce fondement n'est pas unique. C'est ce qu'explique la philosophe Sylviane Agacinski dans son ouvrage "*Corps en miettes*"⁴, dans lequel elle insiste aussi sur le fait qu'à cette atteinte à la dignité s'ajoute un problème social.⁵ Ce

L'énigme Sparte), intitulé "*drôles de familles!*", elle expose que des auteurs comme Critias, Xénophon, Polybe et Plutarque attestent de l'existence, dans la Sparte antique, de telles pratiques. Chez les Lacédémoniens, elles avaient des visées essentiellement eugéniques. Les historiens évoquent même, s'agissant de Sparte, un eugénisme d'Etat qui apparaît dans les écrits de Plutarque (notamment *Vie de Lycurgue*, XXV, 163 - où Plutarque raconte comment les parents ne sont pas maîtres d'élever leurs enfants et doivent les conduire dans un lieu nommé Lesché, dans lequel les plus anciens de la tribu les observaient. Si l'enfant "*était contrefait ou de faible complexion, ils ordonnaient qu'on le jetât dans un gouffre voisin du mont Taygète qu'on appelait les Apothètes.*").

Selon Hélène Gaumont-Prat, professeur de droit à l'Université Paris VIII, directrice du laboratoire de droit médical, ancien membre du CCNE, la maternité pour autrui se réalisait souvent discrètement au sein d'une famille pour venir en aide à une femme stérile (Audition devant le Sénat Rapport d'information du Sénat n°421 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement pour l'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, p.11).

³ Liée notamment au deuxième impératif catégorique de Kant "*Agis de façon telle que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme fin, jamais simplement comme moyen*", Emmanuel Kant, Fondation de la métaphysique des mœurs, GF-Flammarion - trad. et présentation Alain Renaut p. 108

⁴ Sylviane Agacinski, *Corps en miettes*, Café Voltaire, Flammarion

⁵ A lire aussi Sylviane Agacinski, Audition du 18 mars 2009, Assemblée nationale, "*l'industrie procréative et le marché qu'elle ouvre concerne au premier chef les femmes, et nécessairement les plus pauvres d'entre elles, notamment les chômeuses. Lorsque la gestation est séparée de la fécondation in vitro, l'origine et les traits ethniques ne comptent pas. D'où un large recours au sous-prolétariat des femmes noires aux Etats-Unis et la délocalisation des gestations en Inde. A l'inverse, le marché des*

courant s'est traduit récemment par la parution le 19 janvier 2018 dans le journal Le Monde d'une tribune signée par Sylviane Agacinski, René Frydman et d'autres personnalités, intitulée "*Non au marché de la personne humaine*"⁶. Pour les tenants de cette thèse, la gestation pour autrui est toujours une transaction commerciale et cette marchandisation du corps est d'autant plus grave qu'elle atteint des femmes pauvres dans des pays où se développe une véritable industrie procréative. Ce mode de procréation fait fi de la période de gestation pendant laquelle l'enfant développe de nombreuses interactions avec la mère porteuse. Elle le soumet à un parcours fragmenté entre ses origines génétique, gestationnelle et sociale. Il en résulte qu'il ne peut exister de "GPA éthique".

A l'opposé, ceux qui plaident pour que la loi autorise la gestation pour autrui invoquent la solidarité à l'égard des femmes stériles et l'inégalité entre les couples qui peuvent aller à l'étranger pour bénéficier de ce mode de procréation légalisé et ceux qui ne le peuvent pas. Pour certains, si la GPA est autorisée, elle doit être strictement encadrée. Ainsi, lors de son audition devant le Sénat en 2008, la philosophe Elisabeth Badinter a plaidé en faveur de l'instauration dans la loi d'un "droit au regret" au bénéfice de la mère de substitution. Il s'agit ici d'encadrer la GPA pour la rendre acceptable.

Il existe aussi tout un courant libéral⁷ favorable à la GPA au nom de l'autonomie des acteurs. Chacun des protagonistes de la GPA est perçu comme un individu autonome, libre de ses choix, et notamment doté de la liberté de disposer de son corps⁸. Ce courant n'est pas sans lien avec le courant néo-libéraliste né aux Etats-Unis et au Canada. Il est à l'origine de la législation dans un certain nombre d'Etats américains qui considèrent la GPA comme licite. Il est, en ce qui concerne la GPA, abolitionniste.

En France, depuis un certain nombre d'années, si tous les courants se manifestent dans le débat public, les positions institutionnelles ont, en revanche,

ovocytes, qui requiert des femmes blanches pour les couples occidentaux, fait massivement appel aux caucasiennes qui sont à la fois blanches et bon marché. Celles-ci fournissent en ovocytes non seulement les établissements d'Ukraine et de Chypre, mais aussi des cliniques espagnoles spécialisées en procréation médicalement assistée. C'est en cela que cette pratique me paraît poser un problème social et que ce contexte invite à ne pas tomber dans le piège d'une rhétorique exclusivement sentimentale et passionnelle, qui ne parle que d'aider des couples en détresse. "

⁶ "GPA: *Non au marché de la personne humaine*", tribune publiée dans le journal Le Monde le 19 janvier 2018, signée notamment par S. Agacinski, R. Frydman, D. Sicard et J. Testard.

⁷ Sylviane Agacinski parle, elle, d'idéologie "*hyper libérale*", Corps en miettes op cité p 8

⁸ Ainsi, pour H.T. Engelhardt, le principe d'autonomie prime sur tous les autres: "*puisque se vendre librement à un autre ne viole pas le principe d'autonomie, ces transactions (sur le sang, les organes, les gènes) relèvent de la sphère privée des individus, sphère qu'il faut protéger. En outre, si l'on se vend au juste prix et dans des circonstances appropriées, on peut en tirer le maximum de bénéfices et le minimum de dommages. Mais le point important est que des individus libres doivent pouvoir disposer librement d'eux-mêmes.* (T. Engelhardt, *The foundation of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p.326 cité par Michela Marzano in *L'éthique appliquée*, PUF Que sais-je?, p.34. Elle signale l'existence d'une seconde édition significativement remaniée en 1996 où l'expression "*principe d'autonomie*" est abandonnée en faveur de l'expression "*principe de permission*".)

tendance à se rejoindre dans une analyse défavorable à la gestation pour autrui. Et en dépit des évolutions sociétales et de l'avènement de législations pro-GPA dans un certain nombre d'Etats européens, dans notre pays, l'idée du maintien de la prohibition reste celle qui est encore la mieux partagée. Les rapports et avis sont finalement assez nombreux sur la question et nous n'en citerons que quelques uns.

Ainsi, l'Académie nationale de médecine a rendu un rapport le 10 mars 2009 sur la GPA à l'issue duquel elle a rappelé que *“la GPA déborde les missions de la médecine, interpelle avant tout la société et relève prioritairement de la responsabilité du législateur”* et observé que *“les risques physiques et psychiques à court et à long terme sont encore mal évalués”*. Elle a recommandé que, *“dans le cas où le législateur serait conduit à autoriser la GPA, celle-ci soit assortie d'une démarche d'évaluation des risques rigoureuse, objective, contradictoire et strictement encadrée”*.

Le 18 septembre 2009, le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine a rendu un avis pour attirer l'attention du législateur sur les compétences qu'il pourrait attribuer à l'Agence en la matière et sur les interrogations pratiques soulevées par la GPA.

En 2009, aussi, le Conseil d'Etat a recommandé de ne pas légaliser la gestation pour autrui au regard de sa contrariété *“à l'intérêt de l'enfant et celui de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l'interdiction actuelle”*.

Un an plus tard, dans un avis n°110 publié le 1^{er} avril 2010, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) pour les Sciences de la Vie et de la Santé, a conclu *“à l'issue d'une réflexion riche et collégiale, que l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de la GPA, même de manière strictement limitée et contrôlée”*. On peut remarquer, toutefois, que, dans une note annexe, sept membres du Comité ont fait valoir une opinion divergente en faveur de l'instauration, à titre dérogatoire dans la loi, d'une GPA encadrée.

Dans un avis n°126 du 15 juin 2017, le même comité a conclu qu'il *“reste attaché aux principes qui justifient la prohibition de la GPA”* et *“qu'estimant qu'il ne peut donc y avoir de GPA éthique, il souhaite le maintien et le renforcement de sa prohibition, quelles que soient les motivations, médicales ou sociétales, des demandeurs.”* Il s'est dit, en outre, *“favorable à l'élaboration d'une convention internationale pour l'interdiction de la GPA”*.

Publiée en juin 2018, l'étude du Conseil d'Etat à la demande du Premier ministre intitulée *“Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain ?”*, relève que, depuis le dernier rapport du Conseil, *“la demande sociale est plus pressante, elle s'inscrit dans un environnement juridique plus favorable aux unions de couples de même sexe, ce qui a pu renforcer les aspirations de couples d'hommes à fonder une famille autrement que par la voie de l'adoption internationale, au demeurant particulièrement étroite.”* L'étude souligne également que *“le débat sur la réforme de l'accès à l'AMP pour les couples de femmes et les femmes seules n'est pas sans résonance sur le débat sur la GPA dont il est souvent dit qu'elle en serait le pendant pour les hommes. En 2017,*

environ 400 couples ou célibataires français auraient eu un enfant issu d'une GPA pratiquée à l'étranger. Ce contexte accentue la visibilité de la GPA mais exacerbe aussi la controverse juridique et éthique."⁹

Le CCNE a, enfin, établi un rapport de synthèse des Etats généraux de la bioéthique qui se sont tenus à la fin de l'année 2017 et au début de l'année 2018. La tendance générale va également dans le sens du maintien de la prohibition.

Dans cette période récente, seule une voix dissonante s'est fait entendre avec le rapport rendu public le 9 avril 2014 par le groupe de travail "*filiations, origines, parentalité*" présidé par la sociologue Irène Théry, qui, s'il ne recommande pas l'autorisation de la GPA, invite clairement à la transcription des actes d'état civil et à la reconnaissance de la filiation des enfants nés dans le cadre d'une GPA à l'étranger.

IV.1.1. - Les textes

IV.1.1.A.- Les textes nationaux

1. - La prohibition de la gestation pour autrui a été introduite dans notre droit par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, dite loi de bioéthique. Ce texte a créé les articles 16-7 et 16-9 du code civil, qui constituent le fondement de la législation dans ce domaine. L'article 16-7 énonce: "*toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*". L'article 16-9 donne un caractère d'ordre public à ces dispositions. Ces deux textes n'ont jamais été modifiés.

Notons que lors de l'examen de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les requérants avaient soulevé devant le Conseil constitutionnel un grief d'intelligibilité des dispositions relatives à l'adoption en faisant notamment valoir qu'en s'abstenant d'apporter les modifications nécessaires aux règles relatives à la présomption de paternité, à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui, les dispositions contestées auraient rendu l'ensemble de ces règles incohérentes et inintelligibles. Le Conseil constitutionnel l'a écarté (Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 37 à 42, JORF n°0114 du 18 mai 2013, page 8281, texte n° 10).

2.- Les règles relatives à la transcription dans les registres français d'état civil d'un acte d'état civil étranger sont prévues à l'article 47 du code civil. Ce texte dispose que "*tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y*

⁹ Conseil d'Etat, Etude à la demande du Premier ministre, *Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?* Etude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, CE Section du rapport et des études

sont déclarés ne correspondent pas à la réalité". A son origine en 1803, il ne comportait qu'une phrase¹⁰, et a été modifié à deux reprises, une première fois par la loi n°2003-119 du 26 novembre 2003 et une seconde, par la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006.

3. - La circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française - convention de mère porteuse - Etat civil étranger-, dite circulaire "Taubira", mérite également d'être citée même si elle n'a pas la même valeur normative. Elle invite les procureurs généraux près les cours d'appel, les procureurs de la République et les greffiers en chef des tribunaux d'instance à veiller, dans l'hypothèse de demandes de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, à ce qu'il soit fait droit à celles-ci dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil." La circulaire appelle l'attention de ces autorités "*sur le fait que le seul soupçon de recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité.*"

Cette circulaire a fait l'objet de plusieurs recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Par une décision du 12 décembre 2014, la Haute juridiction administrative a rejeté ces recours. Le Conseil a ainsi jugé que "*la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire lorsque sa filiation avec un Français est établie; que par suite, en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés, sauf dispositions conventionnelles contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants au sens de l'article 47, la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir*" (CE, ss réunies, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 365779, 367317 et 368861).

La lecture des conclusions de Xavier Domino, rapporteur public, fait clairement apparaître que le Conseil d'Etat s'est inscrit dans la logique des arrêts X... et Labassée de la Cour européenne des droits de l'homme. Les conclusions font, certes, également

¹⁰ Article 47 du code civil - Loi 1803-03-11 promulguée le 21 mars 1803 - *Tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.*

référence au rapport publié en 2009¹¹ par le Conseil d'Etat dans sa fonction consultative à l'occasion de la révision des lois de bioéthique, dans lequel il *“a insisté sur les difficultés rencontrées par les enfants nés de GPA et exploré la piste consistant à dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite.”* Elles citent également la décision du juge des référés du Conseil d'Etat du 4 mai 2011¹² *“qui a confirmé une ordonnance de référé de première instance qui avait enjoint de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés de GPA d'entrer en France en se fondant sur l'article 47 du code civil, dans un cas où l'acte d'état civil n'était pas mensonger et où le père et la mère biologiques souhaitaient que les enfants soient élevés en France.”*

Notons, toutefois, que le rapporteur public prend soin de relever que *“la nationalité d'une personne la concerne au premier chef, qu'elle est, bien qu'elle en soit une sorte de dérivé, sans effet reconnaissant en termes de filiation.”* Cette décision met donc en lumière un droit à la nationalité comme composante du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention. Elle ne tranche en rien la question de la filiation.¹³

IV.1.1.B.- Les textes européens

Il n'existe pas de texte européen spécifique contraignant en matière de gestation pour autrui. Il est vrai que plusieurs initiatives avaient été lancées au sein du Conseil de l'Europe et du Parlement européen - notamment un projet de résolution en 1989, qui avait pour objet d'interdire ce mode de procréation -. Elles n'ont jamais abouti.

Au début des années 1990, la Commission européenne des droits de l'homme avait été saisie par la présidente de l'association Les Cigognes à la suite de la décision rendue par le Conseil d'Etat. Mais, la Commission avait rejeté la requête au motif que la mesure n'était pas disproportionnée au regard de la marge d'appréciation des Etats (Commission européenne des droits de l'homme, 5 juin 1991, n°14223/88).

¹¹ *Etude sur la révision des lois de bioéthique* adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (Doc. Fr. 2009, p. 63 à 66)

¹² CE 4 mai 2011, Ministère des affaires étrangères c/ I..., n°448778, Lebon T. P. 1080

¹³ Xavier Domino, *“Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française . La circulaire du Garde des Sceaux du 25 janvier 2013”* - RFDA 2015 p.163 - *“En l'absence de cet arrêt, vous auriez été en effet confrontés à une redoutable question. Autant il est clair que la jurisprudence de la Cour de cassation déniait tout effet de filiation après une naissance par GPA, autant cela eût été aller encore plus loin de votre part que de dénier la nationalité française aux enfants nés de GPA, alors que la nationalité d'une personne la concerne au premier chef, qu'elle est, bien qu'elle en soit une sorte de dérivé, sans effet reconnaissant en termes de filiation, et alors qu'elle est reconnue comme une composante à part entière de l'identité de la personne, protégée au titre de la vie privée par l'article 8, même lorsqu'elle possède déjà une autre nationalité. (...) Mais dès lors qu'il est jugé par la CEDH, contraire à la Convention de refuser la transcription du lien de filiation lui-même, il serait également contraire à cette même Convention de refuser d'en tirer les conséquences qui s'imposent en termes de nationalité, étant souligné encore une fois que la nationalité ne concerne que les enfants, et non les parents, et qu'elle n'a aucun effet reconnaissant quant à la filiation”.*

Quelques années plus tard, un projet de rapport a été élaboré par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en vue d'autoriser et d'encadrer la maternité de substitution¹⁴. Il n'a jamais vu le jour.

Par conséquent, c'est aux textes de "droit commun" qu'il convient de se référer et notamment aux articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 8 stipule :

Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance./ 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 14 énonce :

Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Au delà, les textes qui existent relèvent plutôt de la "soft law". Ainsi, dans le cadre du Conseil de l'Europe, le comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales a publié, en 1989, un ensemble de principes, dont le quinzième, qui concerne les mères de substitution, est ainsi rédigé:

" 1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.

2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.

3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute autre forme de publicité qui y est relative.

¹⁴ AS/ Soc (2005) 9 révisé 2, 5 juillet 2005, "Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité", Rapporteur Michael Hancock, RU

4. Toutefois, les Etats peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition :

a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération ;

b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant."

IV.1.1.C.- Les textes internationaux

En matière internationale, il n'existe pas non plus de textes spécifiques relatifs à la gestation pour autrui. Nombreux sont ceux qui appellent aujourd'hui à l'élaboration d'un instrument international en matière de gestation pour autrui.

En l'état, les textes applicables sont multiples et hétérogènes.

a. - La Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers

Cette convention internationale a été conclue le 5 octobre 1961. Elle s'applique aux actes publics, tels que définis à son article 1^{er}, qui ont été établis sur le territoire d'un Etat contractant et qui doivent être produits sur le territoire d'un autre Etat contractant.

Ses stipulations principales sont les suivantes :

Article 2

Chacun des Etats contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire. La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur le territoire duquel l'acte doit être produit attestent la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu.

Article 3

La seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'article 4, délivrée par l'autorité compétente de l'Etat d'où émane le document.

Toutefois la formalité mentionnée à l'alinéa précédent ne peut être exigée lorsque soit les lois, règlements ou usages en vigueur dans l'Etat où l'acte est produit, soit une entente entre deux ou plusieurs Etats contractants l'écartent, la simplifient ou dispensent l'acte de légalisation.

Article 4

L'apostille prévue à l'article 3, alinéa premier, est apposée sur l'acte lui-même ou sur une allonge ; elle doit être conforme au modèle annexé à la présente Convention.

Toutefois elle peut être rédigée dans la langue officielle de l'autorité qui la délivre. Les mentions qui y figurent peuvent également être données dans une deuxième langue. Le titre « Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961) » devra être mentionné en langue française.

Article 5

L'apostille est délivrée à la requête du signataire ou de tout porteur de l'acte.

Dûment remplie, elle atteste la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu.

La signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation.

Il résulte du rapport explicatif de cette convention internationale que l'apostille n'atteste pas de la véracité du contenu de l'acte sous-jacent. Cette limitation des effets juridiques a pour but de préserver le droit des Etats signataires d'appliquer leurs propres règles en matière de conflits de lois.

b. - La Convention relative aux droits de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant (Convention de New York) adoptée et ouverte à la signature et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 6 septembre 1990 et publiée par décret n°90-917 du 8 octobre 1990, JO 12 oct.) stipule, dans son article 3.1, 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. - La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale conclue le 29 mai 1993 à La Haye

La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale conclue le 29 mai 1993 à La Haye stipule dans son article 1^{er} que *“la présente Convention a pour objet : a) d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international; / b) d'instaurer un système de coopération entre les Etats contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants ; / c) d'assurer la reconnaissance dans les Etats contractants des adoptions réalisées selon la Convention.”*

d. - La Convention de La Haye du 19 octobre 1996

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants a pour objet, notamment, de déterminer l'Etat dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant (article 1^{er}).

Notons que, lors de la trente-septième session du Conseil des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations-Unies¹⁵, au début de l'année 2018, a été présenté ***le rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant***. Ce rapport aborde la question de la gestation pour autrui. Dans un paragraphe intitulé "problèmes pressants", on peut lire : *"le recours à la gestation pour autrui en tant que pratique de procréation est de plus en plus fréquent. En effet, tandis que les adoptions internationales sont de moins en moins nombreuses et de plus en plus encadrées par des normes internationales, le nombre de conventions de gestation pour autrui à caractère international a rapidement augmenté en l'absence de normes internationales. C'est pourquoi, tout comme l'adoption internationale dans les années 1980 à 1990, la gestation pour autrui est devenu un sujet de préoccupation en tant que système fondé sur la demande qui pourrait compromettre les droits des enfants. Il existe également un "malaise" et des préoccupations quant au fait que le recrutement des mères porteuses dans des Etats dont l'économie est émergente pour porter les enfants de parents d'intention plus riches originaires d'autres Etats revêt des dimensions comparables à celles qui ont été examinées dans les rapports préparatoires sur l'adoption internationale."*

Le rapport note également *"qu'il est fréquent que des parents d'intention qui vivent dans un pays qui interdit la gestation pour autrui commerciale, comme l'Australie, la France ou l'Italie, se rendent dans un pays qui autorise cette pratique, puis cherchent à retourner dans leur pays d'origine avec l'enfant né d'une mère porteuse. En se rendant dans un autre pays, ils contournent intentionnellement des lois prohibitives, ce qui crée des problèmes pour les pays concernés. Les autorités compétentes et les tribunaux doivent souvent valider après coup des conventions de gestation pour autrui à caractère international qui sont illégales dans l'un des pays ou dans les deux pays. La nécessité impérieuse de protéger les droits des enfants nés d'une mère porteuse complique le problème tout comme la compassion que l'on ressent à l'égard des parents d'intention et de leur souhait de fonder une famille. Les inquiétudes relatives à la situation des mères porteuses, surtout de celles qui sont particulièrement exposées à l'exploitation en raison de leur pauvreté, de leur impuissance, de leur manque d'instruction et de formes multiples de discrimination, accentuent les dilemmes auxquels les Etats font face."*

¹⁵ Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Trente-septième session, 26 février-23 mars 2018 - *rapport de la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant*

Le rapport souligne enfin que *“les réseaux de gestation pour autrui commerciale à caractère international passent rapidement d’un territoire à l’autre à mesure que les lois évoluent. En effet, il arrive parfois que la fécondation in vitro et le transfert d’embryons soient effectués dans un Etat, que la mère porteuse soit ensuite conduite dans un deuxième Etat pour y accoucher et que les parents d’intention viennent d’un troisième Etat. La nécessité d’élaborer et de mettre en oeuvre des normes internationales est donc évidente”*.

IV.1.2. - Les évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation

C’est à partir de la fin des années 1980 que la Cour de cassation a été confrontée à la question de la gestation pour autrui (IV.1.2.A). Notre Cour a, pendant des années, adopté une approche très ferme du sujet condamnant, sans concession aucune, les pratiques de gestation pour autrui, que ce soit en France ou à l’étranger (IV.1.2.B). Les arrêts X... et Labassée de la Cour européenne des droits de l’homme ont changé la donne, provoquant un assouplissement significatif de la jurisprudence, qui n’a pas manqué d’ailleurs de faire débat (IV.1.2.C).

IV.1.2.A. - Les prémisses

Pour la Haute juridiction judiciaire, l’histoire a commencé à la fin des années 1980. Par un arrêt du 13 décembre 1989, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a validé la dissolution de l’association “Alma Mater” prononcée par les juges du fond en application de l’article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901, aux motifs que l’objet de cette association était de favoriser la conclusion de conventions portant sur la mise à disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l’enfant à naître et que *“ces conventions contreviennent au principe d’ordre public de l’indisponibilité de l’état des personnes en ce qu’elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l’état ne correspondra pas à sa filiation au moyen d’une renonciation et d’une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère”* (1^{re} Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15.655, Bull. 1989, I, n° 387).

Cependant, un certain nombre de juridictions, parmi lesquelles la cour d’appel de Paris, ont résisté à cette jurisprudence, considérant qu’en l’état des pratiques scientifiques et des mœurs, la maternité pour autrui était licite et non contraire à l’ordre public. Pour mettre fin à ces divergences, le procureur général de la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l’intérêt de la loi à l’encontre de l’un de ces arrêts, qui avait prononcé l’adoption plénière par une femme de l’enfant déclaré sous le seul nom du mari.

Le 31 mai 1991, l’Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie par ordonnance du Premier Président, après avoir entendu en qualité d’*amicus curiae* le Professeur Jean Bernard, président du Comité Consultatif National d’Éthique, s’est

prononcée sur la question de la gestation pour autrui. Au visa des articles 6 et 1128 du code civil, ensemble l'article 353 du même code, notre Cour, après avoir énoncé 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 la 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”*, a censuré l’arrêt qui avait accueilli la demande d’adoption plénière dès lors que celle-ci *“n’était que l’ultime phase d’un processus d’ensemble destiné à permettre à un couple l’accueil à son foyer d’un enfant, conçu en exécution d’un contrat tendant à l’abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, ce processus constituait un détournement de l’institution de l’adoption”* (Ass. Plén., 31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105, Bull.1991, Ass. pl., n°4).

Ce principe a été réaffirmé par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en 1994 (1^{ère} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n°92-13.563, Bull.1994, I, n°226). Consacrant cette jurisprudence, le législateur a, dans la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, dite loi de bioéthique, interdit le recours à la maternité de substitution. Le texte a introduit dans le code civil les articles 16-7 et 16-9, qui, nous l’avons vu précédemment, constituent la base de notre législation en la matière.

Sur le fondement de ces textes, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence. Saisie uniquement de demandes de “mères d’intention” tendant à faire établir un lien de filiation adoptive avec l’enfant né d’une mère porteuse, notre Cour a ainsi affirmé de manière constante que *“la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du code civil et aujourd’hui de son article 16-7, réalise un détournement de l’institution de l’adoption”* (Voir par exemple 1^{ère} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n°01-03.927, Bull.civ., I, n°252).

Notons que le Conseil d’Etat avait, dans une décision du 22 janvier 1988¹⁶, pris une position similaire en jugeant qu’était illicite l’objet d’une association visant à faciliter le recours à des mères porteuses. Le refus du préfet d’inscription des statuts de cette association a donc été validé. Si la décision s’est fondée sur les textes de droit pénal, le président Bernard Stirn, alors commissaire du gouvernement, avait fait, dans ses conclusions, explicitement référence au principe de l’indisponibilité du corps humain.

IV.1.2.B. - Un positionnement ferme face à l’internationalisation de la gestation pour autrui

Si, durant les années 2000, le débat a été porté essentiellement sur le terrain de l’adoption par la mère d’intention de l’enfant de la mère porteuse, la situation va peu à peu évoluer vers un déplacement du centre de gravité des demandes. En effet, à la faveur de certaines législations étrangères qui ont commencé à admettre la gestation pour autrui, s’est développé ce que certains appellent un *“tourisme procréatif”*.

¹⁶ CE Ass., 22 janvier 1988, Association “Les Cigognes”, n° 80936, Lebon, p. 37

Les contrats de gestation pour autrui pratiqués dans ces Etats plus libéraux en ce domaine sont devenus un moyen de contourner les législations non permissives. Or, les Etats ayant légalisé ce mode de procréation acceptent de délivrer aux parents d'intention un acte d'état civil, qui peut revêtir diverses formes mais qui, aux Etats-Unis, se présente le plus souvent comme un acte portant la mention du père comme père géniteur et de la mère d'intention comme "mère légale". Sous l'effet de ce nouveau phénomène d'internationalisation de la GPA¹⁷, s'est produite une mutation du contentieux, qui se focalise aujourd'hui autour de la problématique de la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français.

C'est dans ce contexte national et international que la première Chambre civile de la Cour de cassation a statué le 6 avril 2011 dans trois affaires - devenues emblématiques - posant la question de la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers d'enfants nés aux Etats-Unis d'une mère de substitution. Un de ces trois arrêts concerne l'affaire qui nous occupe aujourd'hui.

Dans la première espèce, la première Chambre civile a jugé *"qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français"* (1^{ère} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, Bull.2011, I n° 70). Dans cette affaire, qui concernait les époux Labassée, et qui fera l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, les parents d'intention avaient fait un choix procédural particulier. Ils n'avaient, en effet, pas revendiqué une transcription directe mais avaient fait établir par un juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de l'enfant né de mère porteuse aux Etats-Unis.

Dans la deuxième espèce, elle a affirmé *"qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision, fondée sur la contrariété à l'ordre public international français, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes du droit français; qu'en l'état du droit, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire*

¹⁷ Lors d'un colloque qui s'est déroulé à Paris les 17 et 18 novembre 2016 ("*la gestation pour autrui: resituer la France dans le monde - représentations, encadrements et pratiques*"), le professeur Hugues Fulchiron a qualifié la gestation pour autrui de "*problème juridique global*" en faisant valoir que "*les choix nationaux doivent tenir compte de l'internationalisation du phénomène. Plus généralement, les règles nationales n'ont de sens et d'efficacité que si elles prennent en compte la dimension globale des questions posées (...). Dans un monde globalisé, il existe un marché mondial de la procréation, avec ses modes de régulation liées à l'offre et à la demande, ses effets d'aubaine nés de différences de législations (prohibition, encadrement, autorégulation, loi du marché), ses phénomènes de délocalisation, voire de dumping etc. Le développement de ce marché est favorisé par la facilité des communications terrestres et aériennes, l'extension d'internet avec ses sites spécialisés et les progrès des techniques de PMA qui les rendent praticables par des centres médicaux de plus en plus nombreux. Les enjeux financiers sont, en tout cas, considérables: on parle de plusieurs milliards de dollars*".

produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil " (1^{ère} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-66.486, Bull.2011, I, n°71).

Enfin, dans la troisième espèce, qui avait été portée devant notre Cour par les époux X..., la première Chambre a jugé *"qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* (1^{ère} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°10-19.053, Bull. 2011, I, n°72).

Ces arrêts ont alors fait l'objet de vives critiques. Les titres de diverses chroniques sont, à cet égard, très éloquentes.¹⁸

Pour certains, c'est dans le sillage de ces critiques - et en vue de les prendre en compte - que la Cour de cassation a, dans plusieurs affaires en 2013, changé le fondement de sa motivation. Ce n'est plus, en effet, l'ordre public international qui fonde le refus de transcription sur les registres de l'état civil français d'un enfant né à l'étranger par une gestation pour autrui mais la fraude à la loi. Par un arrêt du 13 septembre 2013, la première Chambre civile de notre Cour a jugé *"qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés ;"* (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176).

Il convient, cependant, de relever que, dans cette espèce - qui est celle du second recours en révision soumis à notre Assemblée plénière-, la GPA avait eu lieu en Inde et il n'était pas contesté - ce que la cour d'appel avait retenu - que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées¹⁹. La même solution a d'ailleurs été reprise par un arrêt du 19 mars 2014 pour deux autres enfants nés en Inde d'une mère porteuse, avec un état civil conforme

¹⁸ Pour n'en citer que quelques-uns: H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, *"Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse"*, D. 2013, chron. 2349 ; M. Farge, *"Les jumelles X... issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible"*, Dr. Fam. 2010, étude 23 ; D. Berthiau et L. Brunet, *"L'ordre public au préjudice de l'enfant"*, D. 2011, chron. 1522 ; P. Murat, *"Gestation pour autrui : les palinodies de la cour d'appel de Paris"*, Dr. Fam. 2009, comm. 75.

¹⁹ En Inde, l'état civil d'un enfant né selon une GPA est transcrit avec le nom du père géniteur et celui de la mère porteuse. Il est donc conforme à la réalité, telle qu'exigée par l'article 47 du code civil.

à la réalité de l'accouchement (1^{re} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50.005, Bull. 2014, I, n° 45).

Ces arrêts ont également été très critiqués. Pour certains auteurs, le sort de l'enfant aurait empiré avec l'utilisation du concept de fraude. Ainsi le professeur Fulchiron et Mme Bidaud-Garon observent-ils : *“comment après avoir ajouté la fraude à l'ordre public pour refuser de transcrire l'acte de naissance ou annuler la reconnaissance, pourrait-on, en fin de compte, déduire que l'acte de naissance étranger fait la preuve d'une filiation susceptible d'être reconnue en France ? Lorsque l'ordre public était le seul fondement invoqué à l'encontre de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés par GPA, son effet atténué aurait pu justifier que la filiation produise ses effets en France. Cela ne semble plus possible avec la fraude, puisque, affirme-t-on, elle corrompt tout.”* Ces mêmes auteurs ont reproché à la Cour *“ la formule selon laquelle la naissance est le résultat d'un processus frauduleux, comme si l'existence d'une personne pouvait être frauduleuse”* et *“d'autre part, les conséquences attachées à cette prétendue fraude”*²⁰.

D'autres auteurs ont fait preuve de davantage d'indulgence. Ainsi, certains²¹ ont-ils fait remarquer que la Cour de cassation s'est fondée non pas sur la notion de fraude en droit international privé mais sur *“le fait d'avoir délibérément recherché une décision à l'étranger, dans le but d'obtenir un résultat, avec ou sans utilisation d'une règle de conflit de lois”*. Le Professeur Jean Hauser²² notera également que les remèdes à une telle situation ne sont pas évidents et que la notion d'intérêt de l'enfant ne résout rien car elle *“peut conduire à tout permettre et à ne rien interdire puisqu'il suffit qu'il soit là”*.

Cela étant, ainsi que de nombreux commentateurs l'avaient anticipé, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui va venir mettre fin à ce débat - du moins à celui-ci car, ainsi que nous le verrons, ses arrêts en ouvriront d'autres -. En effet, par deux arrêts du 26 juin 2014 rendus à la requête des époux X... et B..., la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'égard des enfants X... et B.... Après avoir constaté une ingérence de l'Etat français dans la vie familiale des parents d'intention, tout en précisant que dans ce domaine de la GPA, les Etats disposaient d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne l'autorisation de ce mode de procréation et la reconnaissance du lien de filiation, les juges de Strasbourg ont jugé que si, en ce qui concerne les parents d'intention, l'atteinte portée était proportionnée, la situation ménageant un juste équilibre entre leurs intérêts privés et

²⁰ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, *“L'enfant de la fraude, Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse”*, D. 2014, p. 905 et H. Fulchiron, *“Fraus omnia corrumpit? A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes*, D. 2014, p.1162.

²¹ J. Guillaumé, *“Transcription d'un acte de naissance étranger. – Gestation pour le compte d'autrui. – Filiation. – Acte de naissance étranger. – Transcription. – Convention européenne des droits de l'homme. – Droit au respect de la vie privée. – Intérêt de l'enfant”*, JDI 2014.comm. 16.

²² J. Hauser, *“Etat civil : nom, action en rectification et filiation”*, RTD Civ 2014, p. 618.

ceux de l'Etat, tel n'était pas le cas s'agissant des enfants, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté, la question grave étant posée de la compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la Cour, cette analyse prend un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention est géniteur de l'enfant. A cet égard, en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne du lien de filiation des enfants avec leur père biologique, l'Etat français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

IV.1.2.C. - Les infléchissements de la jurisprudence judiciaire après les arrêts de la Cour européenne

La Cour de cassation a rapidement tiré les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014. Par deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, elle a posé le principe selon lequel *“ il résulte des articles 47 du code civil et 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité”* (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et pourvoi n° 15-50.002, Bull. 2015, Ass. plén, n° 4).

Appliquant ce principe dans une première espèce, l'Assemblée plénière de notre Cour a censuré, pour méconnaissance de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *“une cour d'appel qui, pour refuser la transcription d'un acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française qui l'a reconnu, en qualité de père, et la ressortissante russe qui en a accouché, en qualité de mère, retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité”* (arrêt n° 1, pourvoi n° 14-21.323).

Dans une même logique, elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel, qui, ayant constaté que l'acte de naissance, établi en Russie, d'un enfant né dans ce pays, désignant l'homme de nationalité française l'ayant reconnu, en qualité de père, et la ressortissante russe en ayant accouché, en qualité de mère, n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre les parents ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance (arrêt n° 2, pourvoi n° 15-50.002).

La convention de GPA ne fait plus, en elle-même, obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger, dès lors qu'il a été régulièrement établi par les autorités de

l'Etat étranger et qu'il correspond à la réalité. La Cour de cassation a, dès lors, franchi un grand pas vers une mise en conformité avec l'article 8 de la Convention. Ces arrêts ont été, dans l'ensemble, bien accueillis par la doctrine, qui a souligné le "*changement de cap*" de la Cour de cassation²³. S'il est exact que certains auteurs ont semblé regretter "*un revirement a minima*"²⁴, d'autres ont souligné que la Cour avait opté pour la "*voie du compromis*"²⁵.

Mais, entre-temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait été à nouveau saisie, cette fois-ci par les consorts A... et C..., déboutés de leur demande de transcription par les arrêts de la première Chambre civile du 13 septembre 2013. La Cour européenne prend alors acte du revirement de jurisprudence réalisé par les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, mais constate, néanmoins, que le gouvernement français n'avance aucune garantie quant à la possibilité pour le couple d'obtenir la reconnaissance des liens de filiation. Elle condamne donc à nouveau la France pour violation de l'article 8 par un arrêt du 21 juillet 2016. Quelques mois plus tard, sur le fondement de la même analyse, la Cour européenne condamne à nouveau la France à la requête des époux Laborie (CEDH 19 janvier 2017, Laborie c/ France, n°44024/13).

Prenant acte de ces nouvelles condamnations de la France, la première Chambre civile de notre Cour admet alors la transcription partielle de l'acte de naissance mentionnant le nom du père géniteur et le nom de la mère d'intention. Pour cette dernière, par un revirement, lui aussi salué par une grande partie de la doctrine, elle gomme d'un trait sa jurisprudence très ancienne qui faisait de la GPA un obstacle à l'adoption par les parents d'intention.

Ainsi, par cinq arrêts du 5 juillet 2017 (1^{ère} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-28.597), notre Cour a jugé :

- que "*selon l'article 47 du code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité et que concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement*".

²³ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, "*Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation*", D. 2015, p.1819.

²⁴ A. Gouttenoire "*La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger: un revirement a minima*", la Semaine Juridique Edition Générale, 14 septembre 2015, n° 38, 965.

²⁵ S. Bollée, "*Gestation pour autrui : la voie du compromis*", D. 2015, p.1481.

- *“qu'en fait l'exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la cour d'appel qui, saisie d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger d'un enfant issue d'une gestation pour autrui, refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention”.*

- *“mais que viole ce texte et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, en subordonnant cette transcription à une expertise biologique, alors qu'il résultait des données de fait d'un jugement étranger, non contredites par des éléments de preuve contraires, que le patrimoine génétique du père d'intention avait été utilisé”.*

Enfin, par un arrêt du 29 novembre 2017, ainsi qu'un arrêt du 14 mars 2018, la première Chambre civile est venue réaffirmer que *“s'agissant de la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement et que, par suite, viole ce texte une cour d'appel qui ordonne la transcription, sur les registres français de l'état civil, de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger, en ce qu'il désigne comme mère une femme n'ayant pas accouché”* (1^{ère} Civ., 29 novembre 2017, pourvoi n° 16-50.061 et 1^{ère} Civ., 14 mars 2018, pourvoi n° 17-50.021)

IV.1.3. - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Eu égard à la difficulté du sujet, dont la dimension dépasse le cadre juridique et revêt une large part d'éthique, expliciter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas chose aisée. En outre, s'agissant d'une question touchant à l'ordre public, nous allons aller là où, selon l'expression du professeur Virally, *“le droit international pénètre au coeur même du sanctuaire de la souveraineté”* (M. Virally, Cours général de Droit international public, RCADI, 1983, t.183, p. 124). A cet égard, nous verrons à quel point la Cour européenne aborde cette problématique dans toutes ses nuances et subtilités, ce qui, selon certains auteurs qui ont commenté ces arrêts, ne manque pas de créer quelques ambiguïtés.

Les arrêts X... et B... sont, sans conteste, ceux qui ont fait couler le plus d'encre. Rendus tous les deux le même jour, le 26 juin 2014, ces arrêts concernent le refus de transcription sur les registres de l'état civil français des deux filles des époux X..., et de la fille des époux B..., nées toutes les trois d'une mère de substitution dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui conclue aux Etats-Unis. Les deux affaires ont des ressemblances : même type de procréation avec un ovocyte d'une donneuse anonyme et des gamètes du père d'intention, l'embryon étant porté par une mère de substitution, même type d'acte d'état civil avec l'indication du père géniteur et de la mère d'intention en qualité de “mère légale”, retour en France avec l'enfant après la conception aux Etats-Unis. Elles présentent, en revanche, une différence d'ordre juridique. En effet, si les époux X..., à leur arrivée en France, ont demandé directement la transcription de l'acte d'état civil étranger sur les registres français, les époux B... ont choisi la voie de l'établissement de la filiation par la possession d'état. A cette fin, ils ont

demandé et obtenu un acte de notoriété devant le juge des tutelles. Reste que les deux couples se sont vus refuser la transcription par des décisions successives puis, *in fine*, par la Cour de cassation, dans ses arrêts du 6 avril 2011.

La motivation de la Cour européenne, dans ces deux arrêts, est sensiblement la même. Elle diffère simplement sur la question de la demande initiale formée par chacun des parents d'intention. Après avoir exposé les faits, le droit et la pratique internes, ainsi que les éléments de droit comparé, la CEDH, dans un premier temps, se prononce en faveur de la recevabilité de la requête en rappelant qu'en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, et que cette notion s'apprécie au regard de la réalité concrète de la relation entre les intéressés, - comme, précise-t-elle dans les arrêts X, Y et Z c/ Royaume-Uni (22 avril 1997, §36-37, R. 1997-II) et Wagner et JM WL (§ 117)-, une telle situation étant, dans les deux espèces, caractérisée dès lors que les parents s'occupent des enfants et qu'ils vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la vie familiale dans son acception habituelle (§ 44 à 47, arrêt X...).

La Cour considère ensuite, à l'instar des parties, que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analyse en une ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale. Elle constate ensuite, que cette ingérence est prévue par la loi, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par les parties. Ainsi que l'énonce l'article 8.2, cette ingérence, prévue par la loi, *"constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui"*.

L'ingérence doit donc poursuivre un but légitime. Elle doit être ensuite nécessaire dans une société démocratique. Pour la Cour, l'ingérence en question poursuit un but légitime qui n'est, cependant, pas celui avancé par le gouvernement - défense de l'ordre et prévention des infractions pénales -. Le but légitime est, certes, lié à l'interdiction de la gestation pour autrui mais la Cour le formule différemment. Elle *"comprend que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et (...) la mère porteuse. Elle admet, en conséquence, que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention: la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui"* (§ 54, arrêt B...).

Pour apprécier le caractère nécessaire de la mesure dans une société démocratique, la Cour, après avoir observé sur le fondement d'une recherche de droit comparé dans 35 Etats membres du Conseil de l'Europe, *"qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger"*, ce consensus reflétant le fait que la GPA suscite de délicates interrogations d'ordre éthique, estime que *"les Etats doivent en principe se voir accorder une ample marge*

d'appréciation, s'agissant la décision non seulement d'autoriser ou non de ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention" (§57).

Cependant, précise la Cour, les choix opérés par chaque Etat, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle. Or, en l'espèce, dit la Cour, *" il faut également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation"*. C'est ce qui implique une atténuation, dans cette hypothèse, de la marge d'appréciation, la Cour devant *"examiner, dans le cadre de son contrôle, les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus directement touchés par cette solution"* (§ 60, arrêt B...).

Dans l'examen auquel elle s'est livrée, la Cour a fait une distinction entre les requérants-parents d'intention et les requérants-enfants nés d'une gestation pour autrui. En ce qui concerne les premiers, elle a estimé, après avoir constaté que les requérants ont pu s'établir en France peu de temps après la naissance du ou des enfants, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y avait pas lieu de penser qu'il y avait un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français, que *"la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'Etat, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale"* (§71, arrêt B...).

En revanche, s'agissant des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, la Cour adopte une approche différente. Après avoir rappelé que *"le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation"*, elle constate que les enfants se trouvent, à cet égard, *"dans une situation d'incertitude juridique"*, la France leur *"niant la qualité"* d'enfant des parents d'intention *"dans son ordre juridique."* Elle relève, par ailleurs, que la nationalité est un élément de l'identité des personnes et que ces enfants sont confrontés à *"une troublante incertitude de voir reconnaître leur nationalité française"*, *"pareille indétermination étant de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité"*. Elle note également que cette absence d'identification a des conséquences sur leurs droits à succession.

La Cour en déduit que *"s'il est concevable que la France puisse décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire, il résulte de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises, ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté et que se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur de l'enfant, dont le respect doit guider toutes les décisions le concernant."* (§ 78, arrêt B...).

Dans un dernier paragraphe - assez inhabituel -, la Cour précise que “ *cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant. Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun, on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre l’enfant et son père biologique n’a pas été admis à l’occasion des demandes de transcription de l’acte de naissance et de l’acte de notoriété mais encore sa consécration par la voie de la reconnaissance de paternité ou de l’adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation. La Cour estime, compte tenu de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée de l’enfant, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de son lien de filiation à l’égard de son père biologique, l’Etat défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation. Etant donné le poids qu’il y a lieu d’accorder à l’intérêt de l’enfant lorsque l’on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de l’enfant au respect de la vie privée a été méconnu.*”

Cette précision est en réalité le coeur des arrêts. C’est dans ce paragraphe relatif à la filiation biologique, nous le verrons plus loin, que se focalise toute la méconnaissance de l’article 8. Certains auteurs en déduisent que la Cour européenne des droits de l’homme n’a dégagé d’obligation envers l’Etat français qu’à l’égard du père biologique dont la filiation doit être établie, faute pour l’enfant de disposer d’une identité. Tel est le cas notamment du professeur Adeline Gouttenoire²⁶ qui estime “*qu’en se centrant sur la filiation paternelle, la Cour semble en réalité limiter sa condamnation à la non reconnaissance de cette dernière. Ce cantonnement de la condamnation semble impliquer que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle n’est pas, quant à lui, condamné par le juge européen.*” Elle y voit, d’une certaine manière, le refus de la Cour de consacrer un droit à l’enfant.

La même analyse est partagée par le professeur Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon²⁷, selon lesquels “*la Cour ne se prononce que dans le cas de figure qui lui est soumis: la filiation paternelle établie à l’étranger correspond à la réalité biologique et ce lien est vécu et souhaité par les intéressés. Pour les autres cas, la Cour ne dit rien. Plus précisément, elle ne dit pas qu’il n’y ait pas atteinte au droit de l’enfant au respect de son identité et à l’intérêt supérieur de l’enfant. Elle reconnaît implicitement que ces questions entrent dans la marge d’appréciation des Etats. A eux de prendre position en fonction des règles, des principes et des valeurs qui leur sont propres.*”

²⁶ A. Gouttenoire, “*Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la CEDH au nom de l’intérêt supérieur de l’enfant*”, Semaine Juridique Edition Générale, 28 juillet 2014, n° 30-35, 877.

²⁷ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, “*Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts B..., X... et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l’homme*”, Revue critique de droit international privé 2015, p. 1.

Le professeur F. Sudre²⁸, quant à lui, indique clairement que *“prudemment, la Cour, notant par ailleurs que les parents ont librement choisi une modalité de procréation interdite par le droit français en ayant recours à une GPA à l'étranger (§99), ne fait pas droit à leur prétention de bénéficier, au titre de l'article 8, d'un droit à la reconnaissance en droit français du lien de filiation établi avec leurs enfants à l'étranger, notamment du lien de filiation maternelle. C'est, implicitement, fermer la porte à la reconnaissance d'un droit à l'enfant”*.

D'autres - mais ils sont peu nombreux - interprètent les arrêts de manière plus large. Ainsi, Mme C. Brunetti-Pons estime que les décisions rendues par la CEDH *“invitent la France à reconnaître sur son territoire la filiation entre le couple commanditaire d'une gestation pour autrui (GPA) valablement conclue à l'étranger et les enfants qui en sont issus.”*

Si les premières interprétations paraissent plus conformes au raisonnement mené par les juges de Strasbourg, elles ne traduisent cependant pas totalement les incertitudes juridiques qui sont susceptibles de naître. Les arrêts rendus sont sans nul doute *“balancés”*²⁹, ils *“font preuve de mesure”*³⁰. Mais n'ont-ils pas créé des “zones grises” ? Les décisions ultérieures de la Cour européenne ne sont-elles pas venues ensuite ajouter au trouble ? On peut légitimement s'interroger.

C'est d'abord en 2016 que les premiers doutes interviendront. La Cour de cassation avait, contrairement à ce qu'avaient soutenu certains commentateurs³¹, avec ses arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015, apporté un important correctif à sa jurisprudence en posant le principe selon lequel la gestation pour autrui ne pouvait plus faire obstacle à la transcription sur les registres de l'état civil et en admettant celle-ci lorsque l'acte établi à l'étranger est régulier, qu'il n'est pas falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité.

En dépit de l'argumentation développée par le gouvernement français sur ce point, la France est à nouveau condamnée (CEDH 21 juillet 2016, A... et C... c/ France, n° 9063/14 et 10410/14). Certes, la Cour de Strasbourg prend le soin de préciser qu'elle *“prend bonne note des indications du Gouvernement”* sur ce point. Mais elle relève *“que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le troisième requérant et les quatrième et cinquième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou par celle de la possession d'état; il indique à cet égard que ces voies juridiques paraissent aujourd'hui envisageables. Elle relève toutefois le caractère hypothétique de la formule*

²⁸ F. Sudre, *“Droit de la Convention européenne des droits de l'homme”*, Semaine Juridique Edition Générale, 14 juillet 2014, n° 28, doct. 83.

²⁹ F. Sudre, op cité

³⁰ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon

³¹ J. Hauser, *“Etat civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y a rien à voir !”*, RTD Civ. 2015, p. 581.

dont use le Gouvernement. Elle constate en outre que les intéressés contestent cette thèse et que le Gouvernement n'en tire aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de la requête". La Cour en déduit "*considérant les circonstances de l'espèce*", qu'elle "*ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires X... et B...*". Sans doute pouvait-on alors penser que le blocage venait de ce que l'autorité de la chose jugée interdisait à un certain nombre de requérants d'obtenir la transcription de leur acte de naissance sur les registres de l'état civil français, la violation de la Convention se poursuivait. C'est d'ailleurs ce qu'avaient invoqués les consorts A... et C..., et qui avait été relevé par la Cour.

Pourtant, alors que le 18 novembre 2016, l'Etat français vient de promulguer une loi permettant le réexamen des décisions civiles en matière d'état des personnes - ce texte a été d'ailleurs appelé "amendement X..." -, la France est à nouveau condamnée (CEDH 19 janvier 2017, Laborie c/ France, n° 44024/13). Dans ce nouvel arrêt, la Cour reprend les mêmes arguments que dans les affaires A... et C.... Se fondant sur les arrêts X... et B..., et après avoir relevé que "*le droit français a en tout état de cause fait obstacle durant quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique de ce lien de filiation*", elle constate "*qu'elle ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires X... et B...*".

Un arrêt rendu quelques jours plus tard en Grande Chambre (CEDH, 24 janvier 2017, Paradiso et Campanelli contre Italie, n° 25358/12) a suscité de nouvelles interrogations. Dans cette affaire, il était question de la prise en charge par les services sociaux italiens d'un enfant de neuf mois né en Russie à la suite d'un contrat de gestation pour autrui conclu avec une femme russe par un couple italien dont il fut ultérieurement établi qu'ils n'avaient aucun lien biologique avec l'enfant. Après épuisement des voies de recours, les requérants ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Ils ont invoqué l'éloignement de l'enfant et le refus des autorités italiennes de reconnaître, par la transcription du certificat de naissance de l'enfant dans les registres de l'état civil italien, la filiation établie à l'étranger. La Cour a rejeté la requête après avoir conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Dans cette affaire italienne, la Cour a estimé, compte tenu de l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les requérants, la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité juridique des liens entre eux, ce malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, que l'existence d'une vie familiale entre l'enfant et les requérants n'était pas établie. Elle a, toutefois, considéré que les mesures prises par l'Etat relevaient de la vie privée des requérants. Sur ce point, elle a jugé légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'Etat pour reconnaître un lien de filiation -uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière - dans le but de protéger les enfants. Cet arrêt, rendu en Grande Chambre, a également admis que les juridictions italiennes, ayant notamment conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, avaient ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient.

Jusqu'où faut-il aller ? Certains commentateurs commencent à se le demander.

Ainsi, un auteur³² s'interroge " *faudrait-il en déduire que le lien biologique unissant les enfants nés de GPA à leur parents d'intention serait un élément essentiel pour la reconnaissance juridique du lien de filiation ou même pour s'assurer d'avoir le droit de vivre avec l'enfant (pour le cas de l'Italie du moins)? Les faits de l'affaire Paradiso étant très particuliers, rien n'est moins sûr. La décision dans l'affaire Laborie aurait d'ailleurs tendance à aller plutôt dans le sens d'un établissement de la reconnaissance de la filiation à l'égard des parents d'intention, tout du moins pour l'instant, à l'égard du père d'intention. (...)* On peut se demander si, pour se conformer strictement à la jurisprudence Laborie, la France ne devrait pas élargir la jurisprudence en vigueur depuis les arrêts du 3 juillet 2015, en reconnaissant également le lien de filiation à l'égard du père d'intention qui serait établi par les actes de naissance étrangers d'enfants nés de GPA, où les deux parents seraient désignés comme parents."

Le professeur Marguénaud³³ partage cette analyse: "on pourrait donc en déduire que c'est désormais le refus d'établir la filiation juridique à l'égard de chacun des parents d'intention, même s'il n'est pas le parent biologique, qui est contraire au droit au respect de la vie privée de l'enfant. Sous réserve d'une consécration plus explicite de cette reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger que préconise depuis le mois d'avril 2014 le rapport du groupe de travail "filiation, origines, parentalité" présidé par Mme Irène Théry, il faut considérer que le droit à l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée dans un pays où cette méthode d'assistance procréative est légale, fait désormais l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour. L'arrêt Laborie en apporte, de surcroît, la preuve irréfutable puisqu'il s'agit d'un arrêt de comité de trois juges, lequel, aux termes de l'article 26, §1, a, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut justement être rendu sur le fond que si la question à l'origine de l'affaire a fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour."

IV.1.4. - La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée à la question de la gestation pour autrui dans deux affaires, l'une concernant la Grande-Bretagne, qui a légalisé ce mode de procréation, l'autre l'Irlande, qui le prohibe. La question qui lui était posée était celle de savoir si la mère d'intention a droit, en application de la directive n°92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, à un congé de maternité.

³² I. Rein-Lescastereyres, "La CEDH précise sa jurisprudence en matière de gestation pour autrui", Gazette du Palais, 4 avril 2017, n° 14, p. 59.

³³ J.-P. Marguénaud, "Variations européennes sur le thème de la gestation pour autrui", RTD Civ. 2017, p. 335.

Dans deux décisions du 18 mars 2014 (CJUE, 18 mars 2014, C.D, aff. C-167-12 et aff. C-363/12³⁴), elle a dit pour droit :

1) *que la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), doit être interprétée en ce sens que les États membres ne sont pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de cette directive à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement.*

2) *que l'article 14 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, lu en combinaison avec l'article 2, paragraphes 1, sous a) et b), et 2, sous c), de cette directive, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe le fait pour un employeur de refuser d'accorder un congé de maternité à une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse.*

La Cour de justice considère, en effet :

- *que, comme le législateur de l'Union l'a reconnu au quatorzième considérant de la directive 92/85, la travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante se trouve dans une situation spécifique de vulnérabilité qui nécessite qu'un droit à un congé de maternité lui soit accordé, mais qui, spécialement pendant ce congé, ne peut être assimilée à celle d'un homme ni à celle d'une femme qui bénéficie d'un congé de maladie (voir arrêts du 27 octobre 1998, Boyle e.a., C-411/96, Rec. p. I-6401, point 40, ainsi que Betriu Montull, précité, point 49),*

- *que ce congé de maternité dont bénéficie la travailleuse vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports ne soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle (voir, notamment, arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, point 25; Kiiski, précité, point 46, et Betriu Montull, précité, point 50) ;*

- *que par conséquent, il résulte à la fois de l'objectif de la directive 92/85, du libellé de l'article 8 de celle-ci, qui se réfère expressément à l'accouchement, et de la jurisprudence de la Cour citée aux points 32 à 34 du présent arrêt que le congé de*

³⁴ Les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott donnent une interprétation différente de la directive, qui va dans le sens d'une admission du congé de maternité si certaines conditions sont réunies.

maternité prévu à l'article 8 de cette directive a pour but de protéger la santé de la mère de l'enfant dans la situation spécifique de vulnérabilité découlant de sa grossesse ;

- qu'à cet égard, il convient d'ajouter que, si la Cour a jugé que le congé de maternité vise également à assurer la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant, cet objectif, ainsi qu'il résulte des termes mêmes des arrêts cités au point 34 du présent arrêt, ne concerne toutefois que la période postérieure « à la grossesse et à l'accouchement ».

IV.1.5. - Eléments de droit comparé

L'étude de droit comparé réalisée par le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation met en lumière une diversité des législations en Europe (IV.1.5.A) et une tendance jurisprudentielle assez uniforme en dehors de certaines spécificités (IV.1.5.B)³⁵.

³⁵ L'Etude comporte aussi des éléments sur des Etats non européens.

Etats-Unis :

Il existe un cadre prévu par la **loi fédérale sur la filiation (Uniform Parentage Act - "UPA)**, entrée en vigueur en 1973, qui définit les présomptions légales concernant la filiation d'un enfant. Il s'agit d'un cadre uniforme que chaque Etat peut adopter, sauf à édicter sa législation en cette matière. Ce texte a fait l'objet d'amendements en 2002 et 2015 pour prendre en considération les jurisprudences des Cours suprêmes des Etats. Dans sa version de 2002, l'Uniform Parentage Act comportait un article 8 concernant les conventions de gestation pour autrui qui prévoyait que, sous certaines conditions, devant être contrôlées par le juge, une décision judiciaire pouvait valider une convention de gestation pour autrui et établir la filiation à l'égard de l'enfant. La version de 2017 tend à adapter le cadre juridique à la pratique en matière de gestation pour autrui et à clarifier les dispositions concernant les droits des enfants nés d'une procréation médicalement assistée d'avoir accès aux informations médicales et à l'identité des donneurs de gamètes.

La **Cour suprême des Etats-Unis** ne s'est jamais prononcée sur la question de la gestation pour autrui. Toutefois, un recours a été formé le 30 mai 2018 (recours n°17-1487) par une femme - Melissa Kay Cook - qui a porté trois enfants dans le cadre d'une gestation pour autrui et qui a contesté la remise des enfants aux parents d'intention. L'examen de ce recours dépend d'une décision préalable d'admission par la Cour.

Inde:

La gestation pour autrui est pratiquée en Inde depuis près de 20 ans dans un cadre libéral, aucune réglementation n'étant prévue pour contrôler l'activité des cliniques offrant des services de gestation pour autrui. Cette absence de législation, les caractéristiques démographiques et les normes sociales dans ce pays - mariage précoce, patriarcat - ainsi que la très grande pauvreté d'une partie de la population ont fait de l'Inde un des principaux "marché" de la GPA commerciale et du tourisme procréatif. Par un **arrêt du 29 septembre 2008 ([2008] INSC 1656)**, la **Cour suprême de l'Inde a admis le caractère légal d'une gestation pour autrui** réalisée à but lucratif concernant un enfant né de Inde à la suite d'une convention conclue avec des parents d'intention résidant au Japon. Dans cette affaire, la mère d'intention japonaise n'a pas souhaité que la filiation soit établie à son égard en raison de sa séparation avec le père donateur. **Le 25 août 2016, une loi relative à la gestation pour autrui a été votée par le Parlement indien (Surrogacy Bill 2016)**. Le texte a pour objet d'encadrer la GPA, qui sera désormais réservé aux couples de nationalité indienne, mariés depuis 5 ans, dont l'un des membres souffre d'infertilité. La mère porteuse

IV.1.5.A. - Une diversité des législations en Europe

L'étude procède en une classification en quatre groupes d'Etats au sein du Conseil de l'Europe.

1. Les Etats ne prévoyant pas d'interdiction en lien avec la gestation pour autrui

Sur 31 Etats membres du Conseil de l'Europe, 13 paraissent autoriser la gestation pour autrui sans interdiction particulière. Il s'agit de la Biélorussie, Chypre, l'Estonie, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, la Pologne, la République tchèque, la Russie, la Slovénie, la Slovaquie et l'Ukraine.

2. Les Etats prévoyant une interdiction de la gestation pour autrui poursuivant un but lucratif

Ces Etats sont au nombre de sept parmi lesquels on dénombre le Danemark, la Hongrie, l'Irlande, la Lettonie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède.

Notons que le Royaume-Uni a instauré en 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008 "HFEA 2008"*) une procédure judiciaire particulière ayant pour objet un transfert de parentalité. Cette procédure se distingue de la procédure d'adoption et de la mise sous tutelle. Elle implique un contrôle du juge sur le processus de fécondation et de gestation - en cas de gestation pour autrui - et dans certaines conditions fixées par le texte (deux requérants majeurs, une fécondation opérée avec au moins les gamètes de l'un d'eux, un consentement libre de la femme qui a porté l'enfant et qui ne doit pas être rémunérée en dehors de la prise en charge de "frais raisonnables" et au regard de l'intérêt de l'enfant), le juge familial rend une "ordonnance parentale", qui a pour objet de transférer la parentalité.

3. Les Etats prévoyant une interdiction de la gestation pour autrui, y compris à caractère non lucratif

Sur les 31 Etats de référence, ils sont dix à avoir posé cette interdiction générale. Il s'agit de l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, l'Italie, Malte, la Norvège, le Portugal, la Suisse et la Turquie.

4. Les Etats prévoyant une interdiction de certaines formes particulières de procréation médicalement assistée

doit être proche du couple, être mariée et avoir déjà un enfant. Elle ne peut être rémunérée sauf pour la prise en charge des frais médicaux d'un montant raisonnable. La GPA fait l'objet d'une certification administrative préalable. Des sanctions pénales sont prévues en cas de non respect des dispositions légales.

Deux Etats ont adopté cette approche particulièrement stricte. Ainsi, en Autriche, l'interdiction des dons d'ovule a une incidence directe sur le recours aux gestations pour autrui. En Finlande, sont prohibées les gestations pour autrui incluant une méthode de fécondation *in vitro*.

IV.1.5.B. - Une tendance jurisprudentielle au refus de la transcription

Dans la plupart des Etats européens dans lesquels la justice a été saisie, la tendance est au refus de la transcription sur les registres nationaux de l'état civil des décisions étrangères désignant les deux parents d'intention comme ayant un lien de filiation avec l'enfant né d'une gestation pour autrui. Seule l'Allemagne fait figure d'exception.

1. **En Allemagne**, la gestation pour autrui est interdite mais elle ne donne pas lieu à des sanctions pénales. En dépit de cette interdiction, le *Bundesgerichtshof* a, par une décision du 10 décembre 2014 (Beschluss XII ZB 463/13), fait droit à la requête en transcription de la filiation de deux parents d'intention, dont un seul avait un lien biologique avec l'enfant issu d'une gestation pour autrui, telle qu'établie par un jugement rendu dans l'Etat de Californie. Ce jugement étranger mentionnait ces deux hommes unis en Allemagne par un partenariat comme père de cet enfant né en Californie d'une gestation pour autrui.

Le *Bundesgerichtshof* a jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'ordre public par la seule attribution de la parenté juridique aux parents d'intention dans un cas de gestation pour autrui dès lors que l'un des parents d'intention a un lien biologique avec l'enfant, cependant que la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant. Se fondant sur les arrêts X... et B... de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges ont relevé notamment que priver l'enfant d'un lien de parenté juridique avec le second parent d'intention, dépourvu de lien biologique avec lui mais disposé, contrairement à la mère porteuse, à assumer des responsabilités parentales à son égard, reviendrait à porter atteinte au droit de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à voir établir un lien juridique avec ses parents, au titre du respect de sa vie privée.

2. **En Espagne**, la chambre civile réunie en plénière du *Tribunal supremo*, par un arrêt du 6 février 2014 (Roj: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247), a rejeté la demande d'inscription de la filiation de deux enfants nés en Californie dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui conclue par un couple marié homosexuel, telle qu'établie par les actes civils étrangers, sur les registres nationaux de l'état civil. Les deux hommes, de nationalité espagnole, s'étaient mariés en 2005 et avaient eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie, qui avait donné naissance en 2008 à deux enfants.

Le *Tribunal supremo* a considéré que l'ordre public espagnol s'opposait à ce qu'une filiation établie par des actes étrangers en vertu d'une loi autorisant le recours à la gestation pour autrui soit transcrite sur les registres espagnols de l'état civil.

En revanche, par deux décisions des 19 octobre et 16 novembre 2016, la chambre sociale du *Tribunal supremo* a adopté une position différente en ce qui concerne le bénéfice de prestations sociales au profit de parents de sexe masculin ou de sexe féminins d'enfants nés par recours à une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Dans le premier cas, il s'agissait d'une salariée qui avait eu, dans le cadre d'une convention de maternité de substitution, un fils qui se trouvait inscrit au registre du consulat d'Espagne de Los Angeles. L'intéressée y était désignée comme la mère et son partenaire masculin comme le père. La seconde affaire concernait un homme de nationalité espagnole qui avait participé, par un don de gamètes, à une procréation médicalement assistée en Inde. La mère gestatrice avait donné naissance à deux filles et accepté que le père génétique assume, de manière exclusive, " toutes les fonctions et obligations découlant de l'autorité parentale". Les enfants avaient été inscrits sur le registre consulaire comme filles des deux parents biologiques (mère porteuse et père géniteur). Une fois rentré en Espagne avec ses filles, le père s'était vu refuser les prestations de maternité par la Sécurité sociale espagnole.

La chambre sociale du *Tribunal supremo* a fait droit à ces demandes de prestations sociales, estimant nécessaires une interprétation globale des normes appliquées et leur examen au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a également rappelé que les prestations de maternité pouvaient également se rapporter à des hypothèses d'adoption ou de placement, que la mère avait la faculté d'en transmettre une partie au père et que, dans certains cas, lorsque la mère biologique ne pouvait pas en bénéficier, elles pouvaient être transmises au père comme c'était le cas en l'espèce.

3. **En Irlande**, la Cour suprême, par des arrêts du 7 novembre 2014 ([2014] IESC 60), a infirmé la décision d'une cour d'appel qui avait accepté la désignation à l'état civil de la mère ayant donné son embryon comme mère d'un enfant né par recours à la gestation pour autrui. Dans cette affaire, les deux femmes étaient d'accord pour la désignation de la mère génétique d'intention comme mère légale. La Supreme Court a rejeté les moyens des parents d'intention, précisant qu'il revenait à l'Oireachtas (Parlement national) de modifier la loi dans ce domaine.

4. **En Italie**, la première section civile de la *Corte suprema di cassazione*, composée de cinq juges, par un arrêt du 11 novembre 2014 (Sentenza 24001/14), a rejeté le pourvoi de deux parents d'intention, qui avaient eu recours à une gestation pour autrui d'un enfant conçu avec les gamètes de donneurs et n'entretenaient pas de lien biologique avec l'enfant. Relevant cette absence de lien biologique, elle a refusé la transcription sur les registres italiens de l'état civil au motif que sa contrariété avec l'ordre public italien, notamment l'atteinte à la dignité humaine que constitue le recours à une mère porteuse, et a confirmé l'absence d'effet en Italie de la filiation indiquée dans les actes dressés en Ukraine, ainsi que le placement en vue d'une adoption, seule institution susceptible de permettre la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant.

5. **En Suisse**, le Tribunal fédéral de Suisse (Bundesgericht/ Tribunale federale), en sa deuxième chambre civile, par un arrêt du 21 mai 2015, 55A748/2014), a décidé que le partenaire enregistré du père biologique d'un enfant né d'une mère porteuse en Californie ne peut être mentionné en qualité de parent de l'enfant dans le registre de l'état civil suisse, la reconnaissance d'un jugement californien établissant cette paternité n'étant pas compatible avec l'ordre public suisse. Il a jugé compatible avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le rejet de la réquisition d'inscription d'un deuxième père dans la mesure où ce rejet ne fait naître aucune insécurité juridique pour l'enfant du point de vue de son droit à une filiation et à une vie familiale, le père biologique étant connu et légalement désigné comme tel.

Dans le même sens, un arrêt de la même juridiction du 14 septembre 2015 a refusé la transcription de la filiation établie par un certificat de naissance suite à la décision d'une juridiction californienne dans une espèce où les enfants issus d'une gestation pour autrui étaient dépourvus de lien biologique avec les parents d'intention.

Enfin, par un arrêt du 21 décembre 2017(54 912/2017), la deuxième chambre civile du Tribunal fédéral a rejeté le recours de demandeurs qui sollicitaient un changement de pratique du droit sur cette question, tiré notamment de l'absence d'incompatibilité manifeste avec l'ordre public suisse du recours à la maternité pour autrui, ainsi que des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

IV.2. - Les conditions d'examen du recours en réexamen en matière civile

La procédure de réexamen en matière civile, qui constitue le fondement de la saisine de notre Assemblée plénière par la Cour de réexamen des décisions civiles, a été instaurée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle (article 42). Ce texte a ajouté un chapitre II au titre V du livre IV du code de l'organisation judiciaire.

IV.2.1 - Les conditions de la demande de réexamen

L'article L.452-1 du code de l'organisation judiciaire, créé par la loi précitée du 18 novembre 2016³⁶ énonce : *“ le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et*

³⁶ L'article provient d'un amendement qualifié “*amendement X...*”.

sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.” Selon l'article L.452-2, 1° du même code, le réexamen peut être demandé *“par la partie intéressée ou, en cas d'incapacité, par son représentant légal.”*

On observera que le terme de *“décision civile définitive”* est impropre, une telle décision étant celle qui s'oppose à une décision provisoire. Il faudrait plus exactement désigner une décision irrévocable. Tel est le cas notamment des décisions qui sont à l'origine d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, qui suppose que le requérant ait épuisé les voies de recours interne.

Il résulte des travaux parlementaires que ce nouveau dispositif s'inspire très largement du régime de réexamen des décisions pénales, créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, puis modifié par la loi n° 2014-640 du 30 juillet 2014. *“Ainsi que le souligne le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale³⁷, “ il est en effet devenu nécessaire de créer dans ce domaine une possibilité que le législateur a introduite depuis plusieurs années en matière pénale et qui a été reconnue de manière prétorienne en matière administrative”³⁸. Ce rapport parlementaire explique que “ le code de l'organisation judiciaire est modifié pour lever l'obstacle résultant de l'autorité de la chose jugée. En effet, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation en 2005, dès lors qu'aucune procédure de réexamen n'existe en droit interne, le caractère définitif du jugement rend irrecevable la demande déjà tranchée par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée ³⁹.”*

Le rapport de la commission des lois du Sénat⁴⁰ rappelle que le dispositif *“est la transposition en matière civile de la procédure qui existe en matière pénale.”* Cependant, il est limité à une partie du droit civil, l'état des personnes.

Notons que, par un arrêt du 5 juillet 2017, la première Chambre civile de notre Cour a précisé, dans la ligne de l'arrêt précité du 30 septembre 2005, *“qu'il ne résulte*

³⁷ AN, n°3726, t.I rapport fait par MM J.M Clément et J.Y Le Bouillonec au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République V. Article 15 septies

³⁸ Le Conseil d'Etat a jugé, dans une décision d'Assemblée du contentieux du 30 juillet 2014 que lorsque la violation constatée par la Cour européenne des droits de l'homme concerne une sanction administrative, pour laquelle ne joue pas l'autorité de la chose jugée, le constat par la Cour européenne d'une méconnaissance des droits garantis par la Convention constitue un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction (CE, Ass., 30 juillet 2014, M. Vernes, n° 358564).

³⁹ Soc. 30 septembre 2005, pourvoi n° 04-47.130, Bull.2005, V, n° 279.

⁴⁰ Sénat, n°839, Rapport de M. Yves Detraigne au nom de la commission des lois, article 15 septies

d'aucune stipulation de la Convention européenne des droits de l'homme ni d'aucune disposition de droit interne en vigueur avant le 15 mai 2017, qu'une décision par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet, en matière civile, de remettre en cause l'autorité de la chose jugée attachée à une décision devenue irrévocable et que, dès lors, la demande de transcription d'actes de naissance étrangers, sur les registres français de l'état civil, présentée après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant constaté une violation de la Convention, mais avant l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de réexamen en matière civile, issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à un arrêt irrévocable ayant déjà rejeté cette demande de transcription" (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-20.052).

Cela étant, la demande en réexamen est encadrée par des délais. L'article L.452-1 du code de l'organisation judiciaire énonce, dans son dernier alinéa, que *"la demande de réexamen peut être demandée dans le délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme"*. Il s'agit d'une condition de recevabilité de la demande. Le président de la Cour de réexamen peut, dans ce cas, rejeter la demande comme manifestement irrecevable par une ordonnance motivée non susceptible de recours (article L.452-4 du code de l'organisation judiciaire).

Des dispositions transitoires prévoient que les demandes de réexamen présentées en application des articles L. 452-1 à L. 452-6 du code de l'organisation judiciaire et motivées par une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme rendue avant l'entrée en vigueur du texte⁴¹ peuvent être formées dans un délai d'un an à compter de cette entrée en vigueur. Pour l'application des mêmes articles L. 452-1 à L. 452-6, les décisions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe rendues, après une décision de la Commission européenne des droits de l'homme, en application de l'article 32 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou du paragraphe 6 de l'article 5 de son protocole n° 11, sont assimilés aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour de nombreux auteurs, l'instauration de ce dispositif doit être salué. Ainsi, le professeur Thierry Le Bars observe que *"s'il pouvait être choquant, avant 2000, de laisser subsister une décision de condamnation pénale prononcée en violation de la Cour européenne des droits de l'homme, la situation que l'on connaît encore aujourd'hui en matière civile est aussi peu satisfaisante. La liberté des justiciables n'est peut être pas en cause mais c'est leur fortune, leur honneur, leur travail ou leur identité qui peuvent être atteints plus ou moins gravement par une méconnaissance de la Convention."*⁴²

⁴¹ La loi prévoyait que le dispositif entrerait en vigueur *"à une date fixée par décret en Conseil d'Etat, et au plus tard six mois après la promulgation de la présente loi"*. Le décret n°2017-396 du 24 mars 2017 portant dispositions diverses relatives à la Cour de cassation a édicté les mesures d'application de l'article 42 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et a fixé leur entrée en vigueur au 15 mai 2017.

⁴² Th. Le Bars, *"Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes: instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile"*, Dr. Fam. 2017, dossier n°12.

Certains auteurs avaient même soutenu que la jurisprudence pourrait - comme cela a été le cas en matière administrative-, suppléer la carence du législateur en imaginant de manière prétorienne un recours en réexamen⁴³. Le professeur François Chénéde fait valoir que cette réforme “ *est symboliquement et pratiquement très importante. Si la jurisprudence de la CEDH a pu justifier différentes évolutions du droit français, notamment en droit des personnes et de la famille (changement de sexe à l'état civil, vocation successorale des enfants adultérins, reconnaissance des enfants nés de GPA), le constat de la violation d'une liberté ou d'un droit garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne permettait pas la remise en cause de la décision civile définitive stigmatisée par la CEDH*”.⁴⁴

IV.2.2 - La procédure de réexamen d'un pourvoi en cassation

Le décret n° 2017-396 du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation prévoit, dans son article 4 (section 2), des “*dispositions particulières aux juridictions de renvoi*”. Dans le cas d'un arrêt de la Cour de cassation prononcé en violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le texte réglementaire tient en un seul article, inséré dans le code de procédure civile. Cet article 1031-22 dispose que “ *lorsque la cour de réexamen fait droit à la demande en réexamen du pourvoi du requérant, la procédure se poursuit devant l'assemblée plénière*”.

On peut s'interroger. De quelle procédure s'agit-il? La procédure de réexamen? Le pourvoi en cassation? Nous aurions tendance à considérer que c'est la procédure en réexamen du pourvoi, engagée par la demande formée devant la Cour de réexamen, qui se poursuit devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Il s'agit d'examiner une nouvelle fois le pourvoi avec un nouveau regard éclairé par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Les moyens soulevés au soutien du pourvoi initial demeurent et devront être étudiés à nouveau à la lumière des principes dégagés par la Cour européenne dans ses arrêts X... et B..., mais également dans les décisions qui ont suivi.

Dans ce contexte ainsi défini, se pose la question de la recevabilité des observations déposées par la SCP Spinosi-Sureau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant M. Dominique X... et Mme Sylvie X..., en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs, G... et H... X....

⁴³ P.-Y. Gautier, “*De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*”, D. 2005, p. 2773.

⁴⁴ F. Chénéde, “*Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH*”(interview), AJ Famille 2016, p. 595.

S'agissant de la procédure de réexamen des décisions pénales, notre Assemblée plénière a jugé, à deux reprises, que lorsqu'elle est saisie, en application des articles 626-3 et 626-4 du code de procédure pénale, aux fins de réexamen d'un pourvoi, la Cour de cassation statue en l'état des seuls mémoires déposés lors de l'examen initial de ce pourvoi (Ass. plén., 4 octobre 2002, pourvoi n° 93-81.533, Bull. crim. 2002, n° 1 et Ass. plén., 22 novembre 2002, pourvoi n° 92-82.460, Bull. 2002, Ass. plén. n° 2).

Cette analyse doit-elle être transposée en matière civile? Aucune disposition de la loi du 18 novembre 2016 ni du décret du 24 mars 2017 ne vient régler la difficulté. Notre Assemblée plénière, statuant en matière de réexamen de décisions civiles, pourrait être tentée de suivre les traces de cette jurisprudence. Une telle solution pourrait être justifiée par la volonté marquée par le législateur de créer le régime de réexamen des décisions civiles en matière d'état des personnes à l'image de celui déjà existant pour le réexamen des décisions pénales. Si notre Assemblée retenait cette analyse, les observations déposées par la SCP Spinosi-Sureau devraient être déclarées irrecevables.

Une autre solution pourrait être envisagée. En effet, l'Assemblée plénière pourrait estimer, au contraire, que compte tenu des importantes évolutions jurisprudentielles intervenues sur cette question de la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui, les observations déposées par la SCP Spinosi-Sureau pour M. et Mme X..., dans un contexte de changement des circonstances de droit, devraient être déclarées recevables. Une telle analyse pourrait être fondée sur l'article 16 du code de procédure civile, et sur les règles du procès équitable. Il appartiendra donc à l'Assemblée plénière de trancher entre ces deux analyses et de dire si ces observations doivent être ou non déclarées recevables.

IV.3 - Examen des branches du moyen unique

Le moyen unique du pourvoi s'articule en cinq branches.

IV.3.1. - Sur la première branche : ordre public international et ordre public interne

La première branche soutient que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, qui ne se confond pas avec l'ordre public interne; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Y... « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme Z... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil.

Il n'est pas inutile, compte tenu des évolutions multiples de cette affaire et pour appréhender correctement la signification de cette première branche, de rappeler le raisonnement qui avait été développé par la cour d'appel de Paris sur le fondement de l'ordre public international. Ainsi que l'a souligné le conseiller rapporteur de l'arrêt du 6 juillet 2011, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi de cassation, a retenu que *“les actes d'état civil sont indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale.”*

Rappelant ensuite que la régularité internationale du jugement était soumise à trois conditions, *“à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi”* conformément à l'arrêt D... (1^{ère} Civ. 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, D.2007, p.892, obs. P.Chauvin; D.2007, 115, note L. D'Avout; Rev. Crit DIP, 2007, 420, note B. Ancel et H. Muir Watt), elle a considéré que, la décision ayant été rendue à la suite d'une gestation pour autrui contraire à l'article 16-7, issu de la loi de 1994, non modifié en 2004, et qui est d'ordre public (article 16-9), *“dès lors l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international”*. Elle en a déduit qu'il y avait lieu d'ordonner l'annulation de la transcription sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi avait été réalisée.

La première branche du moyen unique critique ce raisonnement en faisant valoir que la cour d'appel ne pouvait déduire du caractère d'ordre public de la nullité des conventions de gestation pour autrui en droit interne la non-conformité de la décision avec l'ordre public international, lequel est distinct de l'ordre public interne.

Il ne s'agit pas ici pour les requérants de contester le caractère d'ordre public de la prohibition de la gestation pour autrui, qui est au demeurant prévue par la loi (article 16-9 du code civil) mais de soutenir que cette mesure d'ordre public ne fait pas partie de l'ordre public international.

La question est intéressante. Elle est de savoir si la Cour de cassation pouvait, dans cette affaire, utiliser la théorie de l'ordre public atténué, mise en œuvre en 1953 dans l'arrêt E...⁴⁵. La première Chambre civile en avait fait une nouvelle application dans un arrêt du 8 juillet 2010, en jugeant que *“le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français et qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant”* (1^{ère} Civ, 8 juillet 2010, n°08-21.740, Bull. civ., I, n°162). La rapporteure de l'arrêt du 6 avril 2011 en fait mention dans son rapport.

⁴⁵ Civ. 17 avril 1953, E..., Rev crit DIP 1953.412, note Battifol; Clunet 1953.860, note Plaisant; JCP 1953.II.7863, note Buchet.

Pour certains auteurs⁴⁶, cela était envisageable. A leurs yeux, en effet, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes n'est sans doute pas aussi intangible dans notre droit qu'il y paraît. A cet égard, ils ont fait observer que si, en 1994, le législateur, dans les lois sur la bioéthique, a repris l'interdiction de la gestation pour autrui dégagée par l'Assemblée plénière de notre Cour dans son arrêt de 1991, il n'a pas inscrit ce principe dans la loi.

Certes, il est exact que si le principe de l'indisponibilité du corps humain trouve son fondement dans le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne, il n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision du 27 juillet 1994, que *“lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et que l'ensemble des dispositions de ces lois mettent en oeuvre, en les conciliant et sans en méconnaître la portée, les normes à valeur constitutionnelle applicables ;”* (CC Décision n°94-343 et 344 DC, Rec. 122, cons. 18 et 19).

Il est intéressant de relever que, dans son Etude sur la révision de la loi de bioéthique de juin 2018, le Conseil d'Etat souligne *“qu'en l'état de la jurisprudence, rien ne permet toutefois d'affirmer que la légalisation de la GPA serait inconstitutionnelle, alors même qu'elle heurte la substance même du modèle bioéthique français tel qu'il existe aujourd'hui. S'il ne fait pas de doute que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine a valeur constitutionnelle et constitue la matrice des principes bioéthiques (primauté de la personne humaine, respect de l'être humain dès le commencement de la vie, absence de caractère patrimonial du corps humain et intégrité de l'espèce humaine), ces derniers n'ont pas bénéficié de la même consécration constitutionnelle. Il faudrait par conséquent considérer que la GPA constitue par elle-même une pratique contraire à la dignité humaine pour qu'une loi légalisant cette pratique soit regardée comme inconstitutionnelle.”*

Mais pouvons-nous en déduire que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes n'est pas un principe essentiel de notre droit? Notons que les mêmes auteurs⁴⁷ soulignent également *“la possibilité, acquise depuis les arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992⁴⁸ pour un transsexuel d'obtenir dans des conditions précises un changement de sexe sur son état civil”*. Il notent en

⁴⁶ D. Berthiau et L. Brunet, *“L'ordre public au préjudice de l'enfant”*, D. 2011, p. 1522.

⁴⁷ D. Berthiau et L. Brunet, *ouvrage précité*

⁴⁸ Cass., ass. pl., 11 déc.1992, n° 91-11.900; GAJC, 12^{ème} ed., 2007, n° 25-26; RTD Civ.1993, p. 97, obs. J. Hauser ; JCP 1993.II.21991, concl. Jeol et note G.Mémeteau.

outre que *“les noms et prénoms sont aussi objet d’une certaine disponibilité tandis que l’adoption plénière représente bien un mode de disposition des liens de filiation.”*⁴⁹

Cela étant, l’arrêt du 8 juillet 2010 concernait une situation qu’il paraît difficile de comparer avec la problématique de la gestation pour autrui. Ainsi que l’a fait valoir un autre auteur, *“il n’y a rien de commun entre le fait de partager l’autorité parentale en cas d’adoption simple et le fait de recourir à une mère porteuse”*⁵⁰.

On peut observer également que l’interdiction de la gestation pour autrui n’a jamais été remise en cause par le législateur depuis 1994. Elle est toujours pénalement réprimée⁵¹. S’il est exact qu’au Sénat, un groupe de travail, constitué au début de l’année 2008, à l’initiative des présidents de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, Jean-Jacques Hyst et Nicolas About, a fait des recommandations⁵² parmi lesquelles l’autorisation avec encadrement strict de la gestation pour autrui, aucun gouvernement n’a donné suite à une telle initiative. Par ailleurs, le Conseil consultatif national d’éthique demeure fermement opposé à la gestation pour autrui. Est-il possible,

⁴⁹ Selon ces mêmes auteurs, *“il n’est pas certain que l’effet de la position absolue adoptée par la Cour de cassation n’aboutisse pas à un résultat particulièrement choquant. En effet, on sait qu’en dehors de certains pays où la gestation pour autrui est autorisée et particulièrement encadrée, d’autres pays l’admettent dans des conditions que tous dénoncent. Un des arguments invoqués par ses opposants est l’exploitation de la femme. Or, on sait aujourd’hui que certains systèmes ont recours à de telles pratiques avalisées par leur droit national ou, le plus souvent, en l’absence de règles. En ne distinguant pas entre les systèmes qui pourraient recevoir l’approbation, comme celui des Etats-Unis et sur lequel notre droit pourrait se calquer, et ceux qui méritent d’être condamnés en raison de la condition réservée à la femme porteuse, le risque est de favoriser de tels systèmes au détriment des autres. Le jeu de l’ordre public atténué aurait pu permettre une telle distinction.”*

⁵⁰ J. Hauser, *“L’externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui”*, RTD Civ 2011, p. 340.

⁵¹ **Article 227-12 du code pénal - Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002**

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 euros 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 euros 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.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.

⁵² Sénat, n°421, Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commissions des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui par Mme Michèle André, MM. Alain Milon et Henri de Richemont.

dans ces conditions, de considérer que les principes qui fondent l'interdiction ne doivent pas être regardés comme des principes essentiels du droit français ?

Quoiqu'il en soit, ne convient-il pas également de s'interroger sur la pertinence de cette branche en l'état actuel du droit ? En effet, depuis les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, la "grille d'analyse" concernant ces affaires s'est déplacée. Depuis lors, notre Cour, dans toutes ses formations (assemblée plénière et première Chambre) a abandonné ce raisonnement.

Au vu de ces éléments, il appartiendra à l'Assemblée plénière de trancher ces points et de dire, par conséquent, si cette branche est ou non fondée.

IV.3.2. - Sur les deuxième et troisième branches : l'intérêt de l'enfant

La deuxième branche soutient qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, «pour l'heure», la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution.

La troisième branche soutient que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l'article 3 § 1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant.

Selon la formule, désormais célèbre, du doyen Carbonnier⁵³, l'intérêt de l'enfant fait figure de « *formule magique* » au sein du droit de la famille. Ces deux mots illustrent fort bien l'ambiguïté de la notion, qui, pour une grande partie de la doctrine, demeure un concept aux contours indéterminés sinon flous. Certes, l'intérêt de l'enfant peut recouvrir des réalités et des concepts très variés. Les juges peuvent lui donner parfois une fonction arbitrale entre plusieurs revendications, ou bien tout simplement l'opposer à l'exercice d'un droit. Des interrogations peuvent également naître sur l'identification « de » ou « des » enfants concerné(s) par cet intérêt. C'est d'ailleurs une question récurrente dans les différents rapports qui se sont succédé dans cette affaire au fil des pourvois et des renvois. S'agit-il d'apprécier "*l'intérêt de l'enfant*" *in abstracto* ou *in concreto* ? De quel enfant parle-t-on ? De celui en général qui va être conçu par une gestation pour autrui ? De l'enfant à naître ? De celui déjà né par une gestation pour autrui ?

⁵³ J. Carbonnier, Droit civil, 21e éd., Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002, p. 85.

En réalité, la question qui se pose est celle de la primauté de ce principe qui est consacré aujourd'hui dans un certain nombre de conventions internationales. Elle est d'ailleurs soulevée dans le pourvoi par référence à l'article 3.1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, et au principe de primauté du droit international consacré par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Rappelons, en effet, que, par deux arrêts de principe du 18 mai 2005, qui font référence en matière de contrôle de conventionnalité, la 1^{ère} Chambre civile de notre Cour a reconnu l'applicabilité directe des articles 3 §1 et 12 § 2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990. Elle a ainsi jugé que « *viole les articles 3 § 1 et 12 § 2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 388-1, 388-2 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt qui ne se prononce pas sur la demande d'audition de l'enfant formée par lettre, en cours de délibéré, dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant.* (1^{ère} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, Bull. 2005, I, n° 212 et 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, Bull. 2005, I, n° 211). Compte tenu de la rédaction très générale de ce texte international, la solution n'allait pas de soi.

Mais, depuis ces deux arrêts, qui sont souvent cités au titre de la technique utilisée, qui consiste à étudier l'applicabilité directe article par article et non pour la convention internationale dans son ensemble⁵⁴, la Convention de New York a été maintes fois appliquée par les juges judiciaires. Nous verrons aussi qu'elle l'est et l'a aussi été par les juges administratifs. Elle est devenue aussi une référence pour la Cour européenne des droits de l'homme mais aussi pour la Cour de justice de l'Union européenne. On la retrouve dans de nombreuses décisions juridictionnelles dans des Etats qui l'ont ratifiée.⁵⁵

Qu'en est-il dans l'affaire qui est soumise aujourd'hui au réexamen de notre Assemblée plénière? Ce principe suffit-il à passer outre l'illicéité de la gestation pour autrui? Permet-il de contrecarrer les effets de l'ordre public ? Le réexamen auquel nous devons procéder doit se faire à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, celle-ci impose, de manière générale, aux États de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant « *dans toute décision qui concerne les enfants*».

Cette obligation jurisprudentielle est d'ailleurs ancienne, bien antérieure aux arrêts X... et B.... Ainsi, dans l'arrêt Rodriguez da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas du 31 janvier 2006⁵⁶, les juges de Strasbourg ont privilégié « *l'intérêt supérieur de l'enfant à ce que sa mère en situation irrégulière demeure dans le pays d'accueil* ». Dans l'arrêt Mamousseau

⁵⁴ C'est la technique dite du "dépeçage".

⁵⁵ Voir notamment sur une question d'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui, cour d'appel du Québec 10 juin 2014 n°500-08-000409-120 (525-43-006477-125) qui a admis un placement en vue d'une adoption au profit de la mère d'intention de l'enfant (décision de l'honorable Yves-Marie Moricette - qui cite d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation française)

⁵⁶ CEDH, 31 janvier 2006, Rodriguez da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas, n°50435/99

et Washington c/ France du 6 décembre 2007, la Cour a précisé la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dont elle souhaite qu'il « *soit constamment interprété de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée* ». Elle a ainsi expliqué qu'« *en matière de garde d'enfant, par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant peut avoir un double objet : d'une part, lui garantir une évolution dans un environnement sain, et un parent ne saurait être autorisé à prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines* ».

Certains auteurs objecteront que cette notion est trop floue pour venir effacer d'un trait l'interdiction d'ordre public de la gestation pour autrui. Cependant, il convient d'observer que, tel qu'il est conçu par les juges européens, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une notion indépendante et autonome. C'est un standard, un objectif, une ligne de conduite, une notion guide, qui doit éclairer, habiter et irriguer toutes les normes, politiques et décisions internes ainsi que les budgets relatifs aux enfants. Ainsi, selon la Cour, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales reçoivent une application concrète « *à la lumière de l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Les Gouvernements doivent faire de ce principe une « *considération première* », un principe qui, notamment, prime les droits des parents.

S'agissant de l'accouchement sous X, dans son arrêt Odièvre du 13 février 2003⁵⁷, le juge européen a ainsi mis en balance le droit de l'enfant à connaître ses origines et le droit de la femme à accoucher sous X. La Cour de Strasbourg a alors considéré que la loi, en permettant à une femme d'accoucher sous X, avait pour but de protéger la santé et la vie de l'enfant de la femme et de l'enfant en évitant les avortements clandestins ou les abandons. Par conséquent, elle a considéré que l'atteinte au droit de connaître ses origines n'était pas disproportionnée au regard des buts légitimes poursuivis par la loi, buts qui recouvrent notamment l'intérêt de l'enfant.

Dans les arrêts X... et B..., l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas non plus appliqué de manière autonome comme un principe supérieur qui viendrait évincer tout autre norme, mais bien comme un standard articulé avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protège aussi l'enfant dans son droit au respect de la vie privée.

C'est également ainsi que l'a mis en œuvre le Conseil d'Etat dans plusieurs décisions intervenues au sujet d'enfants conçus dans le cadre d'une gestation pour autrui à l'étranger. Nous avons précédemment évoqué la décision du juge des référés du Conseil d'Etat du 4 mai 2011 (CE 4 mai 2011, Ministère des affaires étrangères c/ I..., n°348778, Lebon T. P. 1080) « *qui a confirmé une ordonnance de référé de première instance qui avait enjoint de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés de GPA d'entrer en France en se fondant sur l'article 47 du code civil, dans un cas où l'acte d'état civil n'était pas mensonger et où le père et la mère biologiques*

⁵⁷ CEDH 13 fév. 2003, Odièvre c/ France, n° 42326/98

souhaitaient que les enfants soient élevés en France. “ D'autres décisions ont, depuis lors, été rendues.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a, récemment, jugé, à propos d'un enfant conçu en Arménie d'une gestation pour autrui, que “ *la circonstance que la conception de l'enfant aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation faite à l'administration par les stipulations de l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions le concernant.*” (CE, ord., 3 août 2016, n°401924, Min. Affaires étrangères et Développement international C/ Mme A.)

Le Conseil d'Etat en a fait une application encore plus récente en matière d'entrée et de séjour des étrangers en affirmant qu'il résulte des stipulations de l'article 3.1 de la Convention de New York, “*qui peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions le concernant*” (CE 6^{ème} Ch., 16 mai 2018, Min d'Etat, ministre de l'intérieur c/ M. B., n° 408063).

On peut donc s'interroger sur le point de savoir si ces deux branches peuvent en elles-mêmes conduire à la cassation.

Au vu des éléments qui précèdent, il appartiendra donc à l'Assemblée plénière de dire si, en statuant ainsi, la cour d'appel a jugé qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne et a méconnu l'article 3.1 de la Convention de New York, ainsi que le soutiennent les époux X... dans ces deuxième et troisième branches du moyen unique.

IV.3.3. - Sur la quatrième branche: le respect de la vie privée

Cette branche soutient qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce grief est le coeur de cette affaire. Ainsi que cela a été précédemment rappelé, il fonde pour une grande partie les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014.

Notons, par ailleurs, que cette affaire présente une particularité: l'inscription à l'état civil de Californie résulte d'une décision juridictionnelle, un jugement du 14 juillet

2000 de la Cour supérieure de l'Etat de Californie. A cet égard, il convient de rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence ancienne et constante de notre Cour, les décisions étrangères rendues en matière d'état des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*⁵⁸.

Cette efficacité n'est toutefois définitive que lorsque la régularité de la décision a été contrôlée, soit à titre principal lors, par exemple, d'une action en reconnaissance dite encore action en opposabilité puisque l'*exequatur* n'est pas nécessaire pour tirer les conséquences de la situation juridique nouvelle créée par le jugement étranger⁵⁹, soit à titre incident, au cours de toute instance lors de laquelle la décision étrangère est évoquée.

La doctrine distingue, dans la reconnaissance de la décision étrangère, d'une part, l'autorité de chose jugée de la décision étrangère et, d'autre part, l'efficacité substantielle qui modifie le rapport de droit concerné. Indépendamment de la reconnaissance de l'efficacité substantielle, qui découle de la réunion des conditions de régularité internationale, le juge français peut apprécier souverainement la valeur probante des appréciations portées par le juge étranger sur les faits contestés⁶⁰.

Selon D. Holleaux, la notion de force probante avait été étendue et déformée par la jurisprudence afin de faire bénéficier de l'efficacité substantielle des jugements dont l'autorité de chose jugée n'était pas reconnue faute d'*exequatur*⁶¹. Le jugement est alors considéré comme apportant la preuve de l'état de droit qu'il impose⁶².

Les conditions de l'efficacité des décisions étrangères en droit commun ont été dégagées par la jurisprudence⁶³:

- compétence indirecte du juge étranger telle que l'arrêt F... l'a fixée (existence d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige, absence de fraude et de compétence exclusive française), (Civ. 1ère, 6 février 1985, pourvoi n° 83-11.241, Grands arrêts du droit international privé, n°70),

⁵⁸ Civ. 28 février 1860, B. Ancel, Y. Lequette, Grands arrêts du droit international privé, Dalloz, 2001, n° 4.

⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourrel, P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, 10ème éd., 2013, n° 912 et s.

⁶⁰ D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de La Pradelle, Droit international privé, Masson, 1987, pp. 419 et s.

⁶¹ D. Holleaux, Compétence des tribunaux étrangers et reconnaissance des jugements, Dalloz, 1970, pp. 74 et s.

⁶² P. Callé, L'acte public en droit international privé, Economica, 2004, n° 394.

⁶³ D. Bureau et H. Muir-Watt, Droit international privé, t. 1, PUF, 2ème éd. 2010, pp. 267 et s.

- conformité à l'ordre public de fond (Civ. 17 avril 1953, Grands arrêts du droit international privé, op. cit. n°26) et de procédure (Civ. 1ère, 19 septembre 2007, Rev. crit. DIP 2008.617, note E. Pataut, JDI 2008.153, note C. Chalas).

La difficulté dans l'affaire soumise aujourd'hui à notre Assemblée plénière vient de ce que les deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 semblent avoir, sur ces règles de droit international privé, un effet neutralisant⁶⁴.

Mais on peut observer que la Cour précise, dans son arrêt X... c. France que l'approche du juge interne "se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé" et "qu'elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle" (CEDH X... c. France §84). Elle explique ensuite "qu'il lui faut néanmoins vérifier si, en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants - dont l'intérêt supérieur des enfants - à jouir pleinement de leurs droits au respect de la vie privée et familiale".

Ainsi que le souligne le professeur Louis d'Avout " *prudemment motivés, ce dont on leur saura gré, les arrêts X... et B... n'obligent nullement à la reconnaissance, directe et obligatoire, des rapports de filiation consécutifs à une gestation pour autrui menée à l'étranger. L'exception tirée de la fraude ou de l'ordre public continue à constituer le motif possible d'un refus de coopération aux politiques étrangères et à l'action des autorités publiques étrangères, à condition d'être maniée avec prudence à la lumière des droits fondamentaux. En toute circonstance, l'intérêt de l'enfant à la préservation de son identité et de sa vie privée pourrait obliger désormais les juges français, sollicités à cette fin, à mettre en œuvre leurs règles de conflits de lois, afin que l'enfant ne soit pas privé sans raison suffisante du droit d'établir sa filiation biologique.*" ⁶⁵

Au vu de ces éléments, il appartiendra donc à l'Assemblée plénière de dire si cette branche est ou non fondée.

IV.3.4. - Sur la cinquième branche : le principe de non-discrimination combiné avec le respect de la vie privée

Cette branche soutient que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière

⁶⁴ Dans l'arrêt X..., on peut lire dans le §84: " *La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants - dont l'intérêt supérieur des enfants - à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.*"

⁶⁵ L. d'Avout, "La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts X... et B..." , D. 2014, p. 1806.

différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite convention.

Cette question n'a pas été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme. On peut penser que c'est en application du principe d'économie des moyens que la Cour a écarté celui fondé sur l'article 14 après avoir conclu à la violation de l'article 8 en ce qui concerne les enfants. Elle n'a pas davantage statué sur ce grief dans les affaires dont elle a été saisie postérieurement.

De manière générale, si la violation combinée de l'article 14 de la Convention avec l'article 8 est souvent invoquée par les requérants en matière de bioéthique, elle n'est pas retenue par la Cour. Il arrive même qu'elle ne statue pas sur la combinaison de ces textes alors qu'elle n'a pas retenu une violation sur l'article 8. Ainsi en est-il, par exemple, dans l'affaire S.H et autres contre Autriche qui concernait deux couples autrichiens qui souhaitaient avoir un enfant par fécondation *in vitro* (FIV). L'un avait besoin d'un don de sperme, l'autre d'un don d'ovules. Or, le droit autrichien interdit le don de sperme dans le cadre d'une FIV et le don d'ovules en général. La Cour a conclu à une non-violation de l'article 8 mais n'a pas ensuite répondu sur l'article 14 (CEDH 3 novembre 2011, S.H et autres c. Autriche, n° 57813/00). Elle a néanmoins rappelé "*que la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des circonstances actuelles (Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, § 47, série A no 106). Bien qu'elle ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des Etats contractants (Christine Goodwin, précité, § 74, et Stafford c. Royaume-Uni [GC], n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV)*".

En revanche, depuis son arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme a fait une application combinée de l'article 14 et de l'article 8 de la Convention s'agissant de l'égalité en matière de droits civils entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage (CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n°6833/74 et CEDH 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95 et CEDH 13 juillet 2004 *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01 et CEDH 28 mai 2009, *Brauer C. Allemagne*, n°3545/04).

Dans ce même type d'affaires, l'article 8 est également parfois combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention (CEDH 1^{er} février 2000 *Mazurek c. France*, n° 34406/97)

Une partie de la doctrine considère aujourd'hui que rien ne permet de comparer les enfants nés de gestation pour autrui et les enfants adultérins (Voir notamment J. Hauser cité précédemment). Il est vrai que l'interdiction de la gestation pour autrui relève

de la loi pénale, ce qui n'était plus le cas de l'adultère qui, au moment où ces décisions européennes sont intervenues, n'était plus pénalisé.⁶⁶

Au vu de ces éléments, il appartiendra à notre Assemblée plénière de dire si cette branche est ou non fondée.

IV.4. - Eléments de solutions

Par un arrêt du 15 avril 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que " *les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation*" (Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.316, Bull. crim. 2011, Ass. plén., n° 4).

Par conséquent, il convient de déterminer quelles sont les solutions qui permettent aujourd'hui d'assurer le respect des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014. Si la cassation est envisagée, elle pourra l'être avec renvoi à une cour d'appel, ou sans renvoi, la Cour de cassation statuant au fond sur le litige.

Par ailleurs, il appartiendra à l'assemblée plénière de dire si, ainsi que le sollicitent les requérants, un avis consultatif doit être demandé à la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement du Protocole n°16.

IV.4.1. - La cassation avec renvoi

Rappelons que l'arrêt attaqué a annulé la transcription sur les registres de l'Etat civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. Dominique X... et Mme Sylvie Y... en qualité de père et mère des enfants G...X... et H.. X....

Pour ordonner cette annulation de la transcription, l'arrêt retient :

- que les actes de naissance ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui a déclaré M. X... 'père génétique' et Mme Y... 'mère légale' de tout enfant devant naître de Mme Z... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000 ; que ces actes d'état civil sont donc indissociables de la décision qui en constitue le soutien et dont l'efficacité demeure subordonnée à sa propre régularité internationale ;

⁶⁶ C'est la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 qui a dépénalisé l'adultère en droit français.

- que la reconnaissance, sur le territoire national, d'une décision rendue par une juridiction d'un Etat qui n'est lié à la France par aucune convention est soumise à trois conditions, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ;

- qu'en l'espèce, il est constant que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme Z... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. X... et d'une tierce personne et qui ont été remis aux époux X... ;

- que, selon l'article 16-7 du code civil, dont les dispositions, qui sont issues de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et qui n'ont pas été modifiées par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ; qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent Mme X... comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés ;

- que les époux X..., qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne ; qu'en effet, les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider *a posteriori* un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif ; qu'en outre, l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux X... par le droit californien.

Selon une première analyse, l'arrêt pourrait être censuré sur le fondement des troisième et quatrième branches en considérant qu'en retenant que les époux X..., qui ne peuvent sérieusement prétendre ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable, ne sont pas davantage fondés à soutenir qu'une telle mesure contrevient à des dispositions inscrites dans des conventions internationales et des textes de droit interne et que les notions qu'ils invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre, en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider *a posteriori* un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif, la cour d'appel a méconnu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui implique que les enfants puissent voir établir leur filiation, et à tout le moins leur filiation biologique, qui est un élément de leur identité, ainsi que l'article 3.1 de la Convention de New York, qui impose que soit pris en considération pour toute décision le concernant l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais l'Assemblée plénière pourrait également envisager de relever d'office le moyen tiré de l'application de l'article 47 du code civil, tel qu'il est actuellement interprété par la jurisprudence de notre Cour depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015. En effet, le jugement de la Cour supérieure de Californie a constaté que le patrimoine génétique de M. Dominique X... avait été utilisé pour la fécondation *in vitro* qui avait précédé la gestation pour autrui. Il en résulte donc que sa désignation dans l'acte de naissance comme père des enfants était conforme à la réalité. Cette analyse pourrait conduire à censurer l'arrêt, le moyen étant de pur droit. La cour d'appel, en refusant de transcrire partiellement l'acte de naissance californien en ce qui concerne la filiation biologique à l'égard du père, aurait ainsi méconnu l'article 47 du code civil et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il s'agirait ici de s'inscrire dans la suite de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 et de l'arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 5 juillet 2017 (n° 15-28.597), ce dernier se situant dans la même configuration que notre affaire (un acte d'état civil et un jugement californien).

Cependant, si la mission première de la Cour de cassation est d'assurer l'unification dans l'interprétation des règles de droit en matière judiciaire, et qu'elle est principalement un juge du droit, les évolutions législatives récentes lui permettent désormais, à l'instar du Conseil d'Etat, de statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie (deuxième alinéa de l'article L.411-3 du code de l'organisation judiciaire modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016).

L'affaire qui est soumise aujourd'hui à notre Assemblée plénière constitue un des nombreux épisodes de ce contentieux qui a débuté au cours de l'année 2002. Les deux enfants du couple X..., nées le [...], vont, dans près de deux mois, atteindre l'âge de la majorité. Dans ces conditions, la Cour de cassation pourrait s'interroger sur l'éventualité d'une cassation sans renvoi avec règlement au fond de l'affaire.

IV.4.2. - La cassation sans renvoi

La cassation sans renvoi serait envisageable dans les deux hypothèses de cassation décrites précédemment. Elle conduirait la Cour à trancher les questions de manière plus précise et complète. Les solutions seraient différentes selon que la cassation reposerait sur une des branches du moyen unique ou sur un moyen relevé d'office.

IV.4.2. A. Dans l'hypothèse d'une cassation sur les troisième et quatrième branches

Dans cette hypothèse, deux solutions seraient possibles, selon que l'on interpréterait la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de manière plus ou moins large.

a. - Une interprétation large des arrêts X... et B... conduirait à admettre la transcription des deux parents d'intention

La double transcription trouverait son fondement dans les paragraphes 96 et suivants de l'arrêt X... de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour, après avoir rappelé que *"le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation"*, relève que G... et H... X... *"se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique"*, la France leur niant dans son ordre juridique la qualité qui est reconnue dans le jugement californien. Selon la Cour, *"pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française"*.

La Cour relève ensuite que *"bien que leur père biologique soit français, elles sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil"* et que *"pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité"*.

Enfin, la Cour constate que le fait pour ces deux jumelles *"de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci"*, leurs droits successoraux étant calculés comme s'ils étaient un tiers à la succession, c'est-à-dire moins favorablement que dans le cas des descendants directs.

De tout ce qui précède, elle déduit que *"les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celles des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté"*.

Il ne s'agirait pas d'occulter la fin de l'analyse qui se focalise sur la seule filiation biologique et qui en déduit *"qu'en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur est allé au delà de ce que permettait sa marge d'appréciation"*. Il serait simplement question de donner à l'arrêt la portée la plus grande en élargissant les garanties pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger.

La seule reconnaissance à l'égard du père (biologique) permet, en droit français, à l'enfant de disposer d'un état civil. Mais l'absence de reconnaissance de la filiation

maternelle, alors que l'enfant vit avec sa mère d'intention, ne peut-elle pas être une source de difficultés ? Que se passerait-il si le père venait à décéder ? L'enfant devrait-il alors être remis à sa mère biologique qui a, elle aussi, conclu un contrat (certes licite dans son pays) par lequel elle a abandonné l'enfant ? Qui exercerait l'autorité parentale dans une situation qui peut être provisoire d'un père dans le coma ? Il est vrai, cependant, que les règles de l'autorité parentale sont aujourd'hui très flexibles, avec la possibilité de délégation, de désignation d'un tuteur testamentaire.

La double transcription - père et mère- serait, en outre, la garantie d'une égalité entre les deux parents d'intention. L'idée d'une adoption par la mère d'intention ne pose aucune difficulté en termes juridiques. Mais quelle serait la solution si le père biologique refusait finalement de donner son consentement à l'adoption ?

Toutefois, une double transcription ne heurterait-elle pas le principe même de l'interdiction de la gestation pour autrui, fondement de notre droit de la bioéthique ? Le *Bundesgerichtshof* a dépassé cette interdiction et reconnu la filiation du père biologique et de son compagnon, père d'intention, en prenant ancrage dans le respect au droit à la vie privée tel que défini par l'article 8 de la Convention et explicité dans les arrêts X... et B... mais aussi dans l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par l'article 3.1 de la Convention de New York.

La Cour de cassation française pourrait elle aller aussi loin ? Une transcription de l'acte de naissance en ce qu'il mentionne la mère d'intention comme mère légale n'aurait-elle pas pour conséquence d'anéantir tous les effets de l'interdiction légale de la gestation pour autrui lorsque celle-ci est pratiquée à l'étranger ? En outre, une telle solution n'imposerait-elle pas de poser des exigences strictes en ce qui concerne les conditions dans lesquelles se déroulent les GPA à l'étranger et ne reconnaître la parenté d'intention que dans les cas où la GPA a été pratiquée dans des conditions légales strictes, clairement définies et qui ne portent pas atteinte à la dignité des mères de substitution ?

b. - Une interprétation plus restrictive des arrêts X... et B... amènerait à ne reconnaître que la transcription du père biologique

Nous l'avons évoqué précédemment. Les arrêts X... et B... peuvent être compris comme n'imposant aux Etats qu'une reconnaissance de la filiation biologique des enfants nés d'une gestation pour autrui. Aux yeux d'une part importante de la doctrine, c'est l'interprétation qui paraît s'imposer. Ainsi que le soulignent le professeur Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon⁶⁷, "*cette seconde interprétation semble devoir s'imposer. D'une part, elle correspond à la méthode classique utilisée par la*

⁶⁷ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, "*Reconnaissance ou reconstruction*", Revue critique de droit international privé, 2015, p. 1.

cour, avec la balance des droits et intérêts en présence. D'autre part, poser un principe général de reconnaissance de l'état tel que constitué à l'étranger au motif que cet état est une part de l'identité serait tout à fait excessif, qu'il s'agisse de nom, de mariage, de filiation, de partenariat ou de toute autre composante de l'état des personnes. Dans l'hypothèse de la gestation pour autrui, une telle obligation conduirait à valider les pires dérives: que l'on songe à certaines GPA indiennes ou thaïlandaises (...)".

Cette analyse conduirait à une cassation de l'arrêt, puis à une transcription partielle de l'acte de naissance. Cette transcription partielle pose-t-elle des difficultés juridiques, ainsi que le soutiennent les requérants dans leurs observations ?

Lors de son audition par l'Assemblée nationale⁶⁸, dans le cadre de la mission d'information de la révision des lois de bioéthique, M. Pierre Lecat, alors vice-procureur chargé du service de l'état civil du parquet du tribunal de grande instance de Nantes, répondant à une question sur la possibilité de transcrire au moins la paternité, avait indiqué: *" en fait, la transcription se fait ou ne se fait pas : ni l'officier consulaire, ni le parquet de Nantes ne sont autorisés à faire le tri dans l'acte étranger, qui est un acte authentique, dont toutes les données doivent être reprises."*

On peut noter, en effet, que l'article 7 du décret n°62-921 du 3 août 1962, alors en vigueur, énonçait : *" les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires./ Seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant./ Lorsque par suite de la rupture des relations diplomatiques ou de la fermeture du poste territorialement compétent la transcription ne peut être faite dans les conditions prévues aux alinéas précédents, celle-ci sera effectuée et mise à jour, sur la demande des intéressés, par le service central d'état civil qui pourra délivrer des copies ou des extraits conformément aux dispositions du titre II. Les actes pris en dépôt par le ministère des affaires étrangères conformément aux dispositions antérieures à l'entrée en vigueur du décret n° 97-852 du 16 septembre 1997 seront transcrits selon les mêmes modalités à la demande des intéressés. Dès que les circonstances le permettront, ce service adressera l'original des actes transcrits et les pièces annexes au représentant français à l'étranger ainsi que les actes restés en dépôt aux fins de transcription dans les conditions précitées."*⁶⁹

Questionné par les sénateurs, M. Pierre Lecat avait précisé que certains tempéraments étaient apportés à cette obligation de reprise en intégralité de l'acte :

⁶⁸ Rapport AN n°2235, Rapport d'information fait au nom de la mission d'information de la révision des lois de bioéthique Président, Alain Claeys et rapporteur, Jean Leonetti, députés, au nom de la Commission des lois, p 177

⁶⁹ Ce décret du 3 août 1962, qui avait été modifié en 1997, a été abrogé par le décret n°2017-890 du 6 mai 2017 - art. 59 (VD). Ces règles figurent désormais à l'article 24 de ce texte réglementaire.

- *“ tout d’abord, le contenu des actes de l’état civil étant déterminé par la loi (article 57 du code civil), l’officier d’état civil français ne peut assortir les actes concernant des étrangers d’énonciations prévues par la loi personnelle étrangère mais non admises par notre droit, comme la race, la nationalité ou la religion; ainsi des indications prohibées, inconnues du code civil ou contraires à l’ordre public international français mais qui ne sont pas essentielles à l’acte ou sont détachables de l’acte peuvent être expurgées par l’officier d’état civil, qui se tient à une application stricte des énonciations devant être contenues dans les actes de l’état civil français,*

- *“de plus, le contenu de l’acte étranger ne doit pas être contraire à l’ordre public français: l’indication d’une information essentielle de l’acte qui serait considérée comme une violation de l’ordre public international autorise en effet l’officier d’état civil, après avis du procureur de la République à en refuser la transcription (par exemple en cas d’adoption frauduleuse) et à ne transcrire que le contenu de l’acte conforme au droit français.”*

Il avait également ajouté, à propos des enfants nés de gestation pour autrui à l’étranger: *“ s’agissant de la paternité, le parquet se fonde sur le principe selon lequel on ne fait pas le tri dans l’acte d’état civil étranger dont on opère la transcription. De toute façon, au moment où on lui demande s’il faut ou non transcrire l’acte étranger, il a rarement en main la décision juridictionnelle étrangère qui désigne le père et la mère. En général, la filiation s’établit par rapport à la loi de la mère, mais de la mère connue comme ayant accouché. Il faudrait donc que le parquet sache si la loi américaine désigne comme étant le père celui qui se présente comme tel. Cela suppose une analyse juridique que le parquet estime ne pas pouvoir ni devoir faire au moment où il est saisi. Il considère qu’il appartient aux juridictions qui seront éventuellement saisies soit par lui-même, soit par un autre parquet, soit par les parents français, de se prononcer sur une question.”*

Autrement dit, si la pratique ne va pas dans le sens d’une transcription partielle, aucun texte ne l’interdit formellement et *in fine*, c’est la juridiction qui se prononce. Saisie, dans la plupart des cas, par une demande en annulation de la transcription par le parquet, il lui appartient de décider ce qui doit être transcrit.

Il convient néanmoins de préciser que, quoi qu’il en soit, la transcription à l’état civil n’a qu’une valeur probatoire de la filiation. Elle pourra toujours faire l’objet d’une contestation ultérieure - action en contestation de paternité, action en recherche de paternité ou de maternité-. Toutes les mentions de l’acte de l’état civil peuvent être contestées en vue d’établir une autre filiation. Ainsi que le soulignent deux auteurs⁷⁰, *“ l’acte de l’état civil doit être distingué de l’état de la personne : il en est, en l’état actuel du droit, uniquement le mode de preuve . Il ne fait que prouver que tel événement (faits ou actes juridiques) intéressant l’état des personnes dont il atteste sera reconnu en France. Certes, des vérifications sont effectuées avant la transcription d’un acte étranger, mais en dehors du cas particulier du mariage des Français à l’étranger, il ne s’agit pas d’un contrôle approfondi de l’acte et encore moins de l’état*

⁷⁰ H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon, *“Reconnaissance ou reconstruction”*, Revue critique de droit international privé, 2015, p. 1.

des personnes qu'il contient. En particulier ces contrôles n'ont rien de commun avec ceux effectués lors de la procédure d'exéquatour d'une décision étrangère, procédure qu'il est impossible d'intenter, en l'état actuel du droit, les actes de l'état civil n'étant pas considérés comme des actes décisionnels."

Telles sont les données juridiques qui justifieraient la transcription partielle. Celle-ci pourrait également résulter d'une cassation fondée sur un moyen relevé d'office. En effet, dans un souci de cohérence jurisprudentielle, l'Assemblée plénière pourrait relever un moyen d'office tiré de l'article 47 du code civil et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en déduire les mêmes conséquences que dans les affaires du 5 juillet 2017.

IV.4.2 B. - Dans l'hypothèse d'un moyen relevé d'office

Il s'agirait ici de s'inscrire dans la suite de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 et de l'arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 5 juillet 2017 (n° 15-28.597), cette dernière décision concernant une affaire qui se présentait dans la même configuration que l'affaire qui nous est soumise aujourd'hui (un acte d'état civil et un jugement de la Cour supérieure de Californie). Pour ce faire, il conviendrait de relever d'office le moyen tiré de ce que le jugement californien énonçait que le patrimoine génétique de M. Dominique X... avait été utilisé, ce dont il résultait que sa désignation dans l'acte de naissance comme père des enfants était conforme à la réalité. Ainsi, en refusant de transcrire partiellement l'acte californien en ce qui concerne la filiation biologique à l'égard du père, la cour d'appel aurait méconnu l'article 47 du code civil et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ensuite, il pourrait être envisagé de statuer au fond, en raison notamment de l'ancienneté de l'affaire et de l'âge de G... et H... X.... Se poserait alors la question de la transcription de l'acte à l'égard des deux parents. Dans la suite logique des arrêts du 5 juillet 2017, il conviendrait alors de constater, en application de la règle *Mater semper certa est*, que l'acte de naissance ainsi que le jugement de la Cour supérieure de Californie ne traduisent pas la réalité de l'accouchement, la mère désignée dans ces deux actes étant la mère d'intention et non la mère qui a accouché.

Il conviendrait ensuite de procéder au contrôle de conventionnalité au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme cela résulte des précédents du 5 juillet 2017. Dans ces arrêts, la première Chambre de notre Cour a considéré que le refus de transcription de la filiation maternelle de l'enfant ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et de la vie familiale des enfants au regard du but légitime poursuivi, qui tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager la pratique de gestation pour autrui à l'étranger.

La 1^{ère} Chambre civile a, en effet, considéré que "*ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale*

des enfants, au regard du but légitime poursuivi ; qu'en effet, d'abord, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises, qui délivrent des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ; qu'ensuite, en considération de l'intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle ; qu'enfin, l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse de leur père ;”(1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n° 15-28.597).

Cette décision, qui a été, dans l'ensemble, accueillie favorablement par la doctrine, veille à traduire un équilibre entre l'interdiction de la gestation pour autrui et la protection de l'enfant. Certes, certains auteurs ont déploré *“une abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil”*⁷¹. Mais d'autres ont relevé la difficulté de concilier les impératifs en présence (respect du principe d'ordre public de l'interdit de la gestation pour autrui en France et nécessité de conférer un statut à l'enfant)⁷².

Le professeur Hugues Fulchiron conclut son commentaire en soulignant que *“ la solution retenue par la Cour de cassation dans les arrêts du 5 juillet 2017 ne satisfera sans doute ni les adversaires de toute forme de reconnaissance, directe ou indirecte, de la GPA (à quoi sert de rappeler la prohibition de la GPA au nom de la protection de l'enfant et de la mère porteuse, si on permet aux parents commanditaires de valider la situation illégalement créée grâce à une adoption ?), ni les partisans d'une reconnaissance de principe de la parenté d'intention (est-il acceptable de créer une parenté à deux vitesses, celle du père biologique et celle de l'homme et de la femme qui a construit le projet parental ?). Elle permet cependant de concilier l'interdiction de principe de la GPA et la protection de l'enfant. L'équilibre jurisprudentiel n'est certainement pas parfait. Au législateur de prendre ses responsabilités.”*⁷³

Si l'étude réalisée par le Conseil d'Etat à la demande du Premier ministre⁷⁴ fait apparaître certaines difficultés liées à cette solution, elle aboutit cependant à cette même conclusion. Elle relève en effet *“que le fait de devoir recourir à l'adoption pour le parent dépourvu de lien biologique, certes contraignant, n'est pas inadapté, qu'en*

⁷¹ F. Chénédy, *“De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil”*, AJ Famille 2017, p. 375.

⁷² Pour n'en citer que quelques uns, M.-Ch. Le Boursicot, *“Autorisation donnée par la Cour de cassation à l'adoption de l'enfant issu d'une GPA par le parent d'intention époux (se) de son père génétique”*, RJPF, septembre 2017, p. 29 ; A. Dionisi-Peyrusse, *“Gestation pour autrui : l'acte de naissance n'a pas à être transcrit en ce qu'il désigne la mère d'intention mais l'adoption par le parent d'intention peut être envisagée! Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 5 juillet 2017”*, AJ. Famille 2017, p. 482.

⁷³ H. Fulchiron, *“La Cour de cassation consacre la parenté d'intention”*, D. 2017, p. 1737.

⁷⁴ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Etude à la demande du Premier ministre, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?*, Etude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, p. 87.

outre les contrôles que cette procédure implique apparaissent nécessaires pour éviter de faire produire des effets aux pratiques de GPA les plus inacceptables. Aussi, la solution actuelle semble respecter un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et le souci du maintien de l'interdiction de la GPA."

Une seule question demeurerait cependant, celle des incertitudes engendrées par cette solution au regard du refus de transcrire la parenté d'intention.

IV.4.3. - La demande d'avis dans le cadre du Protocole n° 16

Notre Cour va être amenée à réexaminer les affaires X... et C... dans un contexte tout à fait nouveau qui constitue un pas supplémentaire pour le développement du dialogue des juges. En effet, le 1er août 2018, est entré en vigueur le Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme pour les 10 États membres qui l'ont signé et ratifié : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, la Lituanie, Saint-Marin, la Slovénie et l'Ukraine. Dix autres pays ont signé le Protocole, mais ne l'ont pas à ce jour ratifié : Andorre, la Bosnie-Herzégovine, la Grèce, Italie, la Norvège, les Pays-Bas, la République de Moldova, la Roumanie, la Slovaquie et la Turquie.

Le Protocole n° 16 permet à de hautes juridictions telles que désignées par les États membres concernés d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Ces avis consultatifs, qui seront rendus par la Grande Chambre, seront motivés et non contraignants. Ces demandes peuvent intervenir dans le cadre d'affaires pendantes devant la juridiction nationale. Le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Guido Raimondi, a récemment déclaré dans un communiqué de la Cour: "*l'entrée en vigueur du Protocole n°16 va renforcer le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions supérieures nationales. C'est une étape fondamentale dans l'histoire de la Convention européenne des droits de l'homme et un développement majeur de la protection des droits de l'homme en Europe. C'est aussi un nouveau défi pour notre Cour*".

Deux questions se posent cependant. La saisine pour avis est-elle recevable lorsqu'elle est posée par une haute juridiction statuant elle-même sur une demande de réexamen après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ? (A). Une saisine pour avis serait-elle justifiée dans les deux affaires qui nous sont soumises aujourd'hui, ainsi que le soutiennent les époux X... (B) ?

IV.4.3. A. - Les conditions de saisine de la Cour européenne en application du Protocole n° 16 sont-elles réunies ?

a. - la genèse du Protocole n° 16

C'est lors de la Conférence de Brighton (19-20 avril 2012) que s'est concrétisée l'idée d'élargir la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme jusqu'ici très restreinte. Les articles 47 à 49 de la Convention lui permettaient, en effet, de rendre des avis consultatifs à la demande du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur "*des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles*". Cette possibilité était donc très restreinte.

La déclaration adoptée à l'issue de cette Conférence souligne que "*l'interaction entre le Cour EDH et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la cour, que les Etats parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres Etats parties.*" On notera cependant que l'idée, assez ancienne, avait été relancée par le rapport du Groupe des Sages, mis en place dans le cadre du plan d'action adopté lors du Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe (Varsovie, 16-17 mai 2005) "*pour examiner la question de l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la CEDH*".

Le Protocole n° 16 a ainsi été ouvert à la signature des Etats parties à la Convention le 2 octobre 2013. Conformément aux stipulations de son article 8, paragraphe 1^{er}, il est entré en vigueur le 1^{er} août 2018, après avoir été ratifié par dix Etats. La France, dixième et dernier Etat à l'avoir ratifié le 12 avril 2018, est, en même temps, celui qui permet son entrée en vigueur.

Ce Protocole présente la particularité d'être "*doublement optionnel*"⁷⁵. Il est d'abord facultatif pour les Etats. Il n'impose, ensuite, aucune obligation aux juridictions nationales de demander un avis consultatif à la Cour. Ainsi que le souligne le professeur Sudre, "*visant, à long terme, à réduire le flux de requêtes individuelles portées devant la Cour par le mécanisme préventif qu'il instaure, le Protocole n°16 s'inscrit dans la logique du principe de subsidiarité.*"⁷⁶ En ce sens, la procédure diffère de celle de renvoi préjudiciel applicable devant la Cour de justice de l'Union européenne (article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Les juridictions nationales "*peuvent*" adresser à la Cour une demande d'avis consultatif (article 1, § 1). On observera enfin que l'avis n'a pas de caractère contraignant.

Le Protocole n° 16 a pour objectif d'instaurer une relation de dialogue et de coopération entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de

⁷⁵ L.-A. Sicilianos, "*L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme*", RTDH 2014, n° 97.

⁷⁶ F. Sudre, "*Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ?- Aperçu rapide*", Semaine Juridique Edition Générale, 23 avril 2018, n° 17, 473.

l'homme. Selon un auteur⁷⁷, *“il est vrai en effet que, malgré les affirmations répétées au niveau politique de la nécessité de promouvoir les échanges et la compréhension mutuelle entre la Cour européenne et les juridictions internes, la coopération en question reste toujours “à l'état embryonnaire”, en reflétant encore aujourd'hui “des relations d'autorité” plutôt que des “relations de dialogue”. Il s'agit là, à notre sens, d'une situation qui constitue le talon d'Achille du système de la Convention et qui explique, dans une certaine mesure, les réticences, voire les résistances que l'on observe parfois dans la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne par les juridictions nationales.”*

Ainsi, dans le Préambule du Protocole, il est affirmé que *“l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité.”* Selon la Cour elle-même, ce mécanisme et le dialogue institutionnalisé qui en résultera *pourraient “contribuer à éviter la survenue de controverses entre les juridictions internes et la Cour”*⁷⁸.

Mais, ce caractère facultatif n'enlève rien à l'ambition du dispositif qui, selon de nombreux auteurs, tend à *“accentuer le rôle constitutionnel de la Cour”*. Selon le professeur Sudre, *“en confiant à la Cour le soin d'aider le juge national à interpréter la Convention, le Protocole n°16 transforme la mission de la Cour. Fondé sur le droit au recours individuel, le contrôle du respect de la Convention exercé par la Cour est un contrôle a posteriori, visant à constater et sanctionner la violation de la Convention par un Etat partie, c'est-à-dire, le plus souvent, par le juge national. Le Protocole vient rompre ce “cycle violation-sanction” (J.P.Jacqué, Union européenne et Conseil de l'Europe. A propos des droits de l'homme en Europe: RTD eur.2013, p.195, spéc. P.199).”* Le Protocole n° 16 renforce ainsi la Cour dans sa mission de *“cour régulatrice de l'ensemble des juridictions européennes dans le domaine des droits de l'homme”*⁷⁹.

b. - la procédure de demande d'avis

L'article 1^{er}, § 1 du Protocole n°16 stipule que : *“les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.”* L'article 10 laisse le soin à chaque Haute Partie contractante d'indiquer *“au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, au moyen d'une déclaration adressée au*

⁷⁷ L.-A. Sicilianos, op. cité

⁷⁸ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, doc#3853040 (20 février 2012).

⁷⁹ J.-M. Sauvé, *“Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme”*, D. 2010, p. 136.

Secrétaire général du Conseil de l'Europe, quelles juridictions elle désigne aux fins de l'article 1, §1".

Il ressort du rapport⁸⁰ fait par la rapporteure du projet de loi autorisant la ratification du Protocole au nom de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, Mme Bérengère Poletti, que *"le Gouvernement envisage de désigner les juridictions suprêmes de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que le Conseil constitutionnel."* Selon la rapporteure, *"ce choix est cohérent avec le mécanisme prévu par la protocole n°16 ainsi qu'avec le rôle traditionnel de la CEDH qui n'a vocation à intervenir qu'après épuisement des voies de recours interne"*.

Elle souligne, par ailleurs, que les personnes auditionnées⁸¹ ont insisté *"sur l'instauration, au cours des dix dernières années, d'un climat et d'un dialogue pleinement satisfaisants."*

L'article 1^{er} du Protocole n°16 pose trois conditions en ce qui concerne la demande d'avis: elle doit être formée par une des plus hautes juridictions *"dans le cadre d'une affaire pendante devant elle"*, à propos d'une *"question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles"*, enfin, la demande d'avis doit être motivée.

α. - un litige pendant

Ainsi que le souligne le rapport de l'Assemblée nationale, *"cette procédure n'est pas destinée à permettre un examen théorique de la législation."* Est donc posée d'une certaine manière la condition d'applicabilité au litige de la législation qu'il est envisagé de soumettre à l'avis consultatif de la Cour. A cet égard, le professeur Sudre⁸² observe que *"la demande d'avis ne peut porter sur la compatibilité avec la Convention d'une législation qui n'a pas à s'appliquer dans ladite affaire et la Cour ne saurait donc procéder à un contrôle de la législation interne dans l'abstrait."* Il en déduit, s'agissant du Conseil constitutionnel que la demande d'avis ne pourra jouer que dans le cadre du contrôle *a posteriori* à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité.

β. - une demande d'avis réservée aux questions de principe

L'article 1^{er} § 1 stipule que la demande d'avis porte *"sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définies par*

⁸⁰ AN n°642 Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi autorisant la ratification du protocole n°16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par Mme Bérengère Poletti

⁸¹ M. le conseiller Gilles Straehli pour la Cour de cassation et le M. le Président Bernard Stirn pour le Conseil d'Etat

⁸² F. Sudre, op. cité.

la Convention ou ses protocoles”. La formule utilisée par le texte est directement inspirée de l’article 43, §2, de la Convention sur le renvoi des affaires en Grande Chambre, qui se réfère à *“une question grave relative à l’interprétation ou à l’application de la Convention ou de ses Protocoles, ou encore à une question grave de caractère général.”*

Selon le professeur Sudre, *“ la procédure d’avis consultatif n’a ainsi vocation à jouer que pour les affaires les plus importantes et non dans l’hypothèse d’un cas isolé de violation factuelle.”* Le rapport de l’Assemblée nationale précité indique que *“selon les informations transmises par le Gouvernement, on peut penser que la notion de question de principe renvoie à trois hypothèses principales: les cas où l’affaire soulève une question inédite, les cas où la juridiction nationale souhaite que la Cour revienne sur une jurisprudence établie et les cas où l’affaire fait apparaître un problème structurel ou systémique”*.⁸³

Dans ses travaux sur la question, synthétisés dans un *“Document de réflexion sur la proposition d’élargissement de la compétence consultative de la Cour”*, la Cour européenne des droits de l’homme a cité quelques exemples de questions de principe qui auraient pu lui être soumises. Ainsi en est-il de la question posée dans l’affaire *Salduz c. Turquie*⁸⁴, à savoir la compatibilité avec l’article 6, § 1^{er} et 3, c de la Convention du refus fait à un suspect de le laisser contacter un avocat pendant sa garde à vue. Auraient pu également relever de l’avis consultatif la question de la compatibilité avec la Convention de l’expulsion d’un demandeur d’asile vers la Grèce en application du règlement européen Dublin II⁸⁵, celle du refus d’autoriser le mariage homosexuel⁸⁶, ou encore la question du déni d’accès à un tribunal par l’invocation de l’immunité de l’Etat⁸⁷.

Le conseiller Gilles Straehli, devant la commission des affaires étrangères de l’Assemblée nationale, a souligné que *“l’expérience montre que la portée exacte qu’il convient de donner à l’une ou à l’autre des dispositions de la Convention, telle qu’éclairée par la jurisprudence de la CEDH, peut susciter des interrogations. Or, selon qu’il sera fait telle ou telle lecture, les conséquences à tirer en droit interne peuvent être considérables”*. Il cite, à titre d’exemples de questions sur lesquelles les hautes juridictions nationales estiment qu’il eût été préférable d’avoir l’avis de la CEDH, les conséquences d’un revirement de la Cour de cassation induit par l’évolution de la jurisprudence de la CEDH, avec l’interrogation sur la possibilité de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence. Il indique également que *“la procédure d’avis aurait trouvé toute sa place dans le débat intense entre les juristes français”* concernant

⁸³ AN Rapport n° 642, op cité p. 15.

⁸⁴ CEDH, *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, n° 36391/02.

⁸⁵ CEDH, Gde Ch., *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, n° 30696/09.

⁸⁶ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04.

⁸⁷ Voir notamment CEDH, Gde Ch., *Sabeh Le Leil c. France*, 29 juin 2011, n° 34869/05

les affaires relatives à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance concernant des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui.⁸⁸

Le président Bernard Stirn a évoqué le statut général des militaires qui interdisait toute forme de syndicat dans les armées, validé par le Conseil d'Etat mais "*avec un doute sérieux*", la Cour européenne ayant ensuite, dans un arrêt du 2 octobre 2014, condamné la France pour violation de l'article 11 de la Convention. A ses yeux, "*une demande d'avis aurait permis d'éviter un contentieux inutile*".

y. - la demande d'avis doit être motivée et contextualisée

Le paragraphe 3 de l'article 1^{er} du Protocole n°16 stipule que "*la juridiction qui procède à la demande motive sa demande d'avis et produit les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante*". Le rapport explicatif du Protocole précise que "*ces exigences répondent à deux objectifs*". Il faut, d'une part, que la juridiction ait examiné "*la nécessité et l'utilité de demander un avis consultatif à la Cour afin d'être en mesure d'expliquer les raisons qui sous-tendent cette demande*", d'autre part, qu'elle "*ait été amenée à définir le contexte juridique et factuel permettant ainsi à la Cour de se concentrer sur la ou les question (s) de principes relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention et de ses protocoles*".

c. - Le traitement de l'avis par la Cour européenne

Le paragraphe 1 de l'article 2 du protocole stipule que l'avis est soumis d'abord à une procédure d'acceptation. La décision d'acceptation est prise par un collège de cinq juges de la Grande Chambre. La Cour dispose ainsi du pouvoir discrétionnaire pour accepter ou non une demande. La décision de refus sera motivée, mais semble-t-il, la motivation ne sera pas détaillée.

En cas d'acceptation de la demande, la Grande Chambre est saisie. La demande d'avis est donc examinée par cette formation supérieure de dix-sept juges. Le choix procédural répond directement à l'objectif du Protocole n°16 qui est d'éclairer le juge national en lui garantissant un avis qui soit le reflet d'une jurisprudence non remise en cause.

L'article 3 du Protocole autorise l'Etat dont relève la juridiction à faire des observations. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut également présenter des observations écrites. En revanche, il n'y a pas de droit des parties à intervenir à la procédure. Cela étant, l'article 3 *in fine* prévoit que "*le Président de la Cour peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter toute autre haute partie contractante ou personne à présenter des observations écrites ou*

⁸⁸ Rapport AN op cité p. 12

à prendre part aux audiences.” Dans le rapport explicatif du Protocole, il est précisé que l’on “peut s’attendre à ce que les parties à l’affaire dans le contexte de laquelle l’avis consultatif a été sollicité soient invitées à prendre part à la procédure”.

Une question spécifique se pose dans les deux affaires soumises à notre Assemblée plénière: la Cour européenne des droits de l’homme peut-elle être saisie d’une demande d’avis consultatif dans le cadre d’un litige de réexamen de l’affaire après la condamnation d’un Etat partie par la même Cour ? Une telle demande pourrait-elle être regardée comme recevable dès lors que la Cour s’est déjà prononcée sur l’affaire ?

Selon un auteur déjà cité ⁸⁹, “les rédacteurs du Protocole n°16 n’ont pas voulu limiter la nouvelle compétence consultative de la Cour uniquement aux affaires faisant potentiellement apparaître des problèmes structurels ou systémiques. Certes, même un tel élargissement limité, proposé durant les travaux préparatoires, aurait permis à la Cour de se prononcer sur des questions ayant des incidences sur de nombreuses affaires concernant, le cas échéant, plusieurs Etats contractants. Cependant, la formulation choisie - se référant simplement à des questions de principe - est bien plus large. Elle couvre à n’en pas douter les affaires révélant des problèmes structurels mais elle permet aussi de poser à la cour un éventail de problèmes plus diversifiés.”

IV.4.3. B. - Les deux affaires en réexamen posent-elles une “question de principe” qui peut être soumise à la Cour européenne par une demande d’avis consultatif ?

Les arrêts X... et B... ont permis de dégager une certitude : l’enfant né d’une gestation pour autrui doit pouvoir établir son identité - qui est une composante du respect du droit de la vie privée découlant de l’article 8 § 1^{er} de la Convention - et l’Etat français va au delà de ce que lui permet sa marge d’appréciation en faisant obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de la filiation à l’égard du père biologique.

Il en résulte que la transcription de l’acte d’état civil doit être admise - filiation reconnue - et que l’enfant doit pouvoir faire reconnaître cette filiation biologique - notamment par une action en recherche de paternité, si notamment l’acte d’état civil, qui ne vaut que comme mode de preuve de la filiation, est remis en cause -. Il semble aussi que cette obligation mise par la Cour à la charge de l’Etat implique que le père biologique puisse reconnaître l’enfant et éventuellement, s’il le souhaite, faire établir cette filiation en justice.

Le père biologique est donc certain, le sort de sa filiation aussi. C’est le seul élément intangible dont nous disposons. Par conséquent, la position de notre Cour à l’heure actuelle repose sur des éléments incontestables tirés de la jurisprudence de la

⁸⁹ L.-A. Sicilianos, “L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme”, RTDH 2014, n° 97.

Cour européenne des droits de l'homme, en ce qui concerne l'admission de la transcription du père biologique. En revanche, la question du refus de transcription de la mère d'intention - ou du père d'intention - reste entière. Notre Cour a résolu la difficulté - qui ne lui a pas échappée - en opérant un revirement de jurisprudence en ce qui concerne l'adoption par le conjoint du père biologique - qu'il soit d'ailleurs père ou mère de l'enfant -. Toutefois, des incertitudes demeurent.

1. - La première concerne le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention et l'application du principe *Mater semper certa est*. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme relève que cette absence de reconnaissance de lien de filiation à l'égard des parents d'intention peut entraîner trois types de difficultés - une atteinte à l'identité, une troublante incertitude quant à la possibilité de voir reconnaître la nationalité française, et des conséquences sur les droits successoraux de l'enfant -, pouvons-nous dire avec certitude que ce refus de transcription de la filiation maternelle d'intention est sans incidence sur le droit au respect de la vie privée de l'enfant ? Pour considérer que notre solution est conforme à l'article 8 de la Convention, nos arrêts prennent appui sur deux éléments: la reconnaissance de la filiation paternelle biologique et la voie ouverte désormais par la circulaire Taubira pour faciliter la reconnaissance de la nationalité française pour ces enfants nés de gestation pour autrui. Notre Cour considère également que les enfants peuvent vivre avec leur parents. Ici, il s'agit davantage du respect de la vie privée que du respect de la vie familiale.

Ainsi que le soulignent certains auteurs, comme le professeur Hugues Fulchiron, c'est, en réalité, le principe *Mater semper certa est* qui fait obstacle à toute reconnaissance de la maternité d'intention. La règle est en réalité la loi-écran qui empêche toute autre maternité. Il est vrai que ce que constate un acte de naissance, c'est une naissance, donc un accouchement.

Une des difficultés pourrait venir de ce que ce principe serait susceptible, aujourd'hui, dans certaines hypothèses, de venir heurter directement le droit pour l'enfant de connaître ses origines et de voir reconnaître le lien de filiation qui le relie à son parent biologique - considéré par la Cour européenne comme une des composantes de l'article 8 de la Convention -. En effet, comment articuler ces deux principes dans le cas particulier dans lequel les ovocytes de la mère d'intention auraient été utilisés pour la fécondation *in vitro* qui précède la gestation pour autrui ? La "mère d'intention" serait également la "mère génétique". Au regard de l'importance attachée par les juges de Strasbourg à la vérité biologique, le principe *Mater semper certa est* pourrait-il toujours faire écran ?

Sur ce point, on observera que la doctrine demeure divisée. Certains auteurs soulignent seulement qu'il existe une difficulté que la Cour européenne n'a pas tranchée. Ainsi, le professeur Adeline Gouttenoire⁹⁰ soulignait déjà en 2014, dans son

⁹⁰ A. Gouttenoire, "Convention de gestation pour autrui - Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant", La Semaine Juridique Edition générale, 28 juillet 2014, n° 30-35, 877.

commentaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, que *“la question de la filiation maternelle des enfants reste en suspend sans qu'aucune solution ne se profile à l'horizon”*. A ses yeux, *“ ce refus de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention constitue finalement le revers de la consécration du principe Mater semper est, fondateur de l'arrêt Marxckx contre Belgique (CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74: GACEDH 2014, p.570). Il n'en reste pas moins hautement problématique pour les enfants concernés, dont la filiation maternelle ne devrait pas être reconnue en France, alors que leur filiation paternelle pourra bénéficier d'une transcription sur les registres de l'état civil.”*⁹¹

D'autres sont plus critiques. Selon Mme Amélie Dionisi-Peyrusse *“ l'adoption ne pourra pas toujours être une voie porteuse. On pense notamment aux cas dans lesquels l'adoption serait jugée non conforme à l'intérêt de l'enfant, à l'hypothèse d'un refus d'y consentir de la part du parent désigné dans l'acte transcrit, ou encore à l'absence de mariage entre ce parent et l'adoptant. Si l'adoption est refusée au nom de l'intérêt de l'enfant, l'absence d'adoption pourrait trouver grâce aux yeux des juges de Strasbourg. Dans les autres cas, l'absence d'adoption pourrait être considérée comme une violation du respect de la vie privée et/ou familiales de l'enfant et/ou des parents d'intention. En outre, en présence d'un lien biologique à l'égard de la mère d'intention qui aurait fourni ses ovocytes, la voie de l'adoption pourrait ne pas être jugée satisfaisante par le CEDH qui, rappelons-le, estime que l'établissement d'une filiation biologique est un élément important de l'identité. La CEDH n'a jamais défini la maternité biologique mais il est possible de penser que celle-ci ne se réduit pas à l'accouchement. Or, puisque l'adoption n'est pas censée refléter les origines, il n'est pas certain que l'établissement de la filiation par cette voie à l'égard de la mère génétique réponde aux exigences du droit au respect de la vie privée de l'enfant.”*

A cet égard, il convient de souligner que, dans un arrêt du 14 janvier 2016, (CEDH, Mandet c. France, 14 janvier 2016, n° 30955/12), qui concernait une action en contestation de paternité, la Cour européenne a réaffirmé l'importance de la filiation biologique. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle un enfant avait été reconnu par l'ex-époux de sa mère avec laquelle ensuite il s'était remarié, mariage qui avait légitimé l'enfant, né après le divorce. L'enfant refusait un test génétique dans le cadre d'une action en contestation de paternité exercée par un tiers qui démontrait l'existence de relations intimes avec la mère au moment de la conception. Les juges du fond ont annulé la reconnaissance faite par l'ex-époux de la mère. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi. La Cour européenne des droits de l'homme conclut à la non-violation de l'article 8.

2. - La deuxième incertitude concerne l'égalité entre parents d'intention.

Mais cette rupture d'égalité n'est-elle pas justifiée par une différence de situation entre l'un qui est un parent biologique et l'autre qui ne l'est pas ? Dans l'Etude du Conseil

⁹¹ A. Gouttenoire, *“La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger: un revirement a minima”*, La Semaine Juridique Edition Générale, 14 septembre 2015, n° 38, 965.

d'Etat précitée⁹², si celui-ci souligne que “ depuis 2014, la prise en compte de la situation des enfants issus de GPA à l'étranger par la jurisprudence a été réelle”, il relève cependant “des difficultés subsistantes”. Selon le rapport, “si la situation de ces enfants s'est considérablement améliorée, la solution adoptée n'est pas exempte de difficultés signalées par des associations au cours de plusieurs des auditions menées. D'abord, le parent d'intention non biologique ne peut voir son lien de filiation établi par l'effet d'une transcription mais doit former une demande d'adoption de l'enfant de son conjoint. Comme en matière d'AMP réalisée à l'étranger par les couples de femmes, cette situation génère un décalage dans le temps entre l'établissement de la filiation du parent biologique et du parent d'intention. Ainsi, pendant le délai d'adoption, le parent d'intention n'a aucun droit sur l'enfant, pas plus que l'enfant n'en a à son égard, ou plus exactement ils ne pourraient bénéficier l'un, l'autre, que des seuls effets éventuels et incertains d'une filiation établie à l'étranger sans être reconnue en France, ce qui génère une situation d'insécurité juridique dont les conséquences peuvent être importantes en cas de décès d'un des parents ou de séparation.”

Ce rapport souligne encore que “s'agissant de la mère d'intention, cette analyse repose sur la vision traditionnelle, non remise en cause jusqu'ici, selon laquelle la mère est toujours certaine puisqu'elle accouche de l'enfant. Or, cette affirmation peut ne plus être vraie. En effet, certaines GPA peuvent être réalisées avec les gamètes de la mère d'intention qui ne mettra par l'enfant au monde pour autant. Une telle fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente. Aussi, la grille de lecture de l'article 47 peut ne plus sembler si pertinente qu'elle a pu l'être. De plus, pour pouvoir adopter l'enfant, le parent d'intention doit être marié au parent biologique, ce qui est parfois perçu comme une atteinte à la liberté des parents et peut conduire à des situations délicates dans l'hypothèse, résiduelle néanmoins, où les parents d'intention se sépareraient après la conception de l'enfant et sans que leur mariage ait été prononcé.”

Certains auteurs sont encore plus sévères sur ce constat d'inégalité. Ainsi, le professeur Anne-Marie Leroyer⁹³ critique la solution retenue “d'abord parce qu'elle met en avant la primauté du biologique en droit de la filiation, et crée une inégalité entre le père et la mère, en faisant peser la sanction du processus de GPA sur les femmes”. “Dans cette ligne, ajoute-t-elle, on ne comprend pas bien non plus pourquoi la filiation paternelle pourrait ne pas être établie si elle ne correspond pas à la réalité biologique. Or, dans un processus de GPA, il peut y avoir don de sperme. Sera-t-il alors permis aux deux parents d'intention d'adopter l'enfant? (...) Ensuite, il y a quelque incohérence à transcrire un acte de naissance dans lequel figure le nom de la mère porteuse, cette dernière n'ayant en général aucune intention de s'occuper de l'enfant. (...). En réalité, on l'a déjà dit, refuser la transcription de la filiation maternelle et préconiser l'adoption, conduit la mère d'intention à avoir parfois à adopter son propre enfant génétique, à tout

⁹² Section du rapport et des études du CE, Etude à la demande du Premier ministre op cité p. 86 et 87

⁹³ A.-M. Leroyer, “Transcription de l'acte de naissance des enfants nés par GPA”, RTD Civ. 2018, p. 88.

le moins adopter celui qu'elle considère comme son propre enfant au terme du processus de GPA, ainsi qu'à obtenir non seulement le consentement de la mère porteuse, mais surtout celui du père, qui pourrait bien se raviser..."

3. - La troisième question incertaine vient de ce que la Cour européenne n'a pas examiné le moyen tiré de la combinaison de l'article 14 de la Convention - principe de non-discrimination - avec l'article 8. Elle l'indique clairement dans les arrêts X... et B... : *"eu égard à sa conclusion selon laquelle il y a eu violation de l'article 8 considéré isolément dans le chef des troisième et quatrième requérantes (paragraphe 101 ci-dessus), la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief tiré d'une violation à leur égard de l'article 14 combiné avec cette disposition."*

Notons, enfin, que l'Assemblée plénière devra également prendre en considération les évolutions jurisprudentielles de la Cour européenne qui ont suivi les affaires X... et B.... A cet égard, l'analyse du professeur Jean-Pierre Marguénaud⁹⁴ ne manque pas d'attirer l'attention. Dans une chronique consacrée aux derniers arrêts de la Cour en la matière, il souligne que *"l'arrêt du 19 janvier 2017 (arrêt Laborie) apporte, en outre, un élément de réponse à la grave question laissée en suspens par les arrêts X... et B..., de savoir si le droit au respect de la vie privée est violé non seulement lorsque, comme dans ces deux affaires, l'établissement du lien de filiation est refusé à l'égard du parent d'intention qui est en même temps parent biologique, mais également lorsqu'il n'est pas admis à l'égard du parent d'intention qui n'est pas parent biologique, la mère le plus logiquement (RTD Civ. 2014.838). L'arrêt A... et C... n'avait pas permis d'éclaircir ce point car dans les deux affaires, les mères porteuses indiennes figuraient également en qualité de mère sur les actes de naissance délivrés par l'administration indienne. Dans l'affaire Laborie, il avait été établi, en revanche, que la femme figurant en qualité de mère sur l'acte de naissance délivré par les autorités ukrainiennes n'était, comme dans les affaires X... et B..., que la mère d'intention dépourvue de lien biologique avec les enfants. Or, procédant à une assimilation au pas de charge des cinq affaires françaises, la Cour se borne à proclamer qu'elle ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les arrêts du 26 juin 2014 et du 21 juillet 2016. Cette économie de moyens la dispense de renouveler la formule des arrêts X... et B..., inadaptée aux affaires A... et C..., pour la raison qu'il vient d'être indiquée, suivant laquelle "au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément d'identité de chacun (...), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité du lien biologique est établie"*.

"On pourrait donc en déduire, poursuit cet auteur, que c'est désormais le refus d'établir la filiation juridique à l'égard de chacun des parents d'intention, même s'il n'est pas le parent biologique, qui est contraire au droit au respect de la vie privée de l'enfant. Sous réserve d'une consécration plus explicite de cette reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger que préconise depuis le mois d'avril 2014 le rapport du groupe de travail "Filiation, origines, parentalité" présidé par Mme

⁹⁴ J.-P. Marguénaud, "Variations européenne autour de la gestation pour autrui", RTD Civ. 2017, p. 335.

Irène Théry, il faut considérer que le droit à l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée dans un pays où cette méthode d'assistance procréative est légale, fait désormais l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour. Il a, en effet, été reconnu à l'unanimité quatre fois en trois ans par une chambre. L'arrêt Laborie en apporte, de surcroît, la preuve irréfutable puisqu'il s'agit d'un arrêt de comité de trois juges, lequel, aux termes de l'article 26, §1, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut justement être rendu sur le fond que si la question à l'origine de l'affaire a fait l'objet d'une jurisprudence bien établie par la Cour."

La procédure du Protocole n°16 ne pourrait-elle pas ainsi donner l'occasion de créer les conditions d'une réflexion mutuelle et interactive entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme sur un sujet sensible à résonance éthique très forte dans un contexte d'une évolution sociétale qui nous échappe et qui porte en elle des exigences de plus en plus délicates ? Ainsi que le soulignait déjà en 2010, en commentant l'arrêt de la cour d'appel de Paris, le professeur Géraud de Geouffre de La Pradelle⁹⁵, " *cet arrêt témoigne de la persistance des désordres suscités par la maternité pour autrui. (...) Naguère, en effet, si l'on pouvait douter de l'identité du père ou ignorer qui était la mère, on savait indiscutablement en quoi consistait la paternité comme la maternité "selon la nature". Aujourd'hui, on ne le sait plus très bien. En toute légalité, un enfant peut être génétiquement étranger à l'homme ou à la femme que l'état civil désigne comme son père ou sa mère (V conception in vitro avec donneur, ou donneuse, art. L. 2141-1 et 2 du CSP). Cet enfant, n'a-t-il pas, en réalité, deux "pères" ou deux "mères" dont l'un, celui qui a fourni sperme ou ovule, demeure obligatoirement caché? Il se peut même qu'existent simultanément deux "pères" et deux "mères", les uns légaux, les autres génétiques et inconnus (V l'accueil d'embryon, art. L. 2141-4 à 6 du CSP). Le trouble naît, alors, de la dissociation des éléments qui caractérisent "normalement la mère - conception, gestation, accouchement-, mais qui désignent, ici, deux femmes différentes."*

C'est au vu de ces éléments qu'il appartiendra à l'Assemblée plénière de dire s'il y a lieu, ainsi que le sollicitent les requérants, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis consultatif ou s'il convient de trancher directement la question.

⁹⁵ G. Geouffre de La Pradelle "Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue", D. 2010, p. 1683.