



Arrêt n° 637
Pourvoi° H12-30.138

Décision attaquée :

Procureur général près la cour d'appel de Rennes /
M. P. Y...

rapporteur : Agnès Martinel

RAPPORT

L'Assemblée plénière de notre Cour est saisie par la Cour de réexamen des décisions civiles (décision n° 02, n° 17 RDH 002) d'une demande de réexamen du pourvoi en cassation formé par le Procureur général près la cour d'appel de Rennes contre l'arrêt rendu le 21 février 2012 par la cour d'appel de Rennes.

I. - Rappel des faits et de la procédure

Le [...], sont nés à Mumbai (Inde), de Mme P. X... et de M. P. Y..., deux jumeaux, A. et R. Y....

M. Y..., de nationalité française, avait préalablement reconnu les deux enfants en France.

Le 11 mai 2010, M. Y... a demandé la transcription sur un registre consulaire des actes de naissance des enfants.

Sur instructions du procureur de la République, le consulat de France a sursis à cette demande.

Le 17 novembre 2010, M. Y... a saisi un tribunal de grande instance afin que soit ordonnée la transcription de l'acte de naissance sur les registres consulaires et au service central de l'état civil du ministre des affaires étrangères.

Par un jugement du 17 mars 2011, le tribunal de grande instance de Nantes a ordonné la transcription de l'acte de naissance des deux enfants sur les registres de l'état civil consulaire et du service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères.

Par un arrêt du 21 février 2012, sur appel du procureur de la République de Nantes, la cour d'appel de Rennes a confirmé ce jugement.

Le procureur général près la cour d'appel de Rennes a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

La Scp Thouin- Palat et Boucard s'est constituée au soutien des intérêts de M. Y....

Par un arrêt du 13 septembre 2013 (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n°12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176), la première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Rennes en jugeant 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 et que la cour d'appel, qui pour transcrire l'acte de naissance, avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. Y... et Mme X..., a violé les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code.

M. P. Y... a saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 21 juillet 2016, a déclaré la requête recevable quant aux griefs tiré de l'article 8, a dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, dit qu'il y a eu violation de l'article 8 s'agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée, et notamment, condamné la France à verser à chacun de ces derniers requérants une somme de 5 000 euros pour dommage moral et aux requérants Y... la somme de 15 000 euros pour frais et dépens.

Le 8 juin 2017, M. P. Y..., agissant tant à titre personnel qu'en sa qualité de représentant légal de ses fils R. et A. Y..., a 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 Rennes du 21 février 2012.

Par une décision du 16 février 2018 (Cour de réexamen des décisions civiles, 16 février 2018, n° 17 RDH 002), 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.

II.- Analyse succincte des moyens

Dans son mémoire ampliatif, le procureur général près la cour d'appel de Rennes soulève un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'ordonner, en contradiction avec l'ordre public français, la transcription sur les registres d'état civil d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'un contrat de gestation pour autrui.

Ce moyen unique s'articule en deux branches.

La première branche soutient que l'article 16-7 du code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle; qu'en conséquence, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui; qu'en l'espèce, la filiation des enfants résulte d'une gestation pour autrui admise par P. Y... et tenue pour certaine par la cour d'appel qui indique retenir que les éléments réunis par le ministère public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil; qu'ainsi elle ne peut trouver traduction dans l'ordre juridique français, fut-elle licite à l'étranger; qu'en ordonnant une transcription d'actes de naissance contraires à l'ordre public français, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-7 du code civil ;

La seconde branche soutient que la nullité de la convention de gestation pour autrui est d'ordre public selon l'article 16-9 du code civil; qu'elle s'impose même à l'égard d'un acte qui respecterait les dispositions de l'article 47 du code civil; qu'en écartant cette nullité au motif d'une validité formelle des acte de naissance concernés, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-9 du code civil.

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

Le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes pose plusieurs questions :

- Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes fait-il obstacle à la transcription en France d'un acte d'état civil étranger d'enfants nés d'un contrat de gestation pour autrui ?

- La filiation paternelle qui résulte de cet acte, licite à l'étranger, peut-elle trouver une traduction en France alors que cet acte est contraire à l'ordre public international français ?

- La transcription sur les registres français d'un acte d'état civil étranger d'un enfant né dans le cadre d'une gestation pour autrui doit-elle être ordonnée lorsque cet acte est formellement régulier, alors que l'enfant est né dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui ?

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'Éthique 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

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

les premières initiatives de maternité de substitution sont apparues en France² avec l'action 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.

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, *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).

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 social⁵. Ce 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.

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 gestation en Inde. A l'inverse, le marché des 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.

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, 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*

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”*.)

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

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

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 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.*"

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.*

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 Mennesson et Labassée de la Cour européenne des droits de l'homme. Les conclusions font, certes, également 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

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/ Morin, 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*

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).

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.

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".

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

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.

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

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*

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.*”

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 Mennesson 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*".

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

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

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*"

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 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 Mennesson, la première Chambre a jugé *“qu'est justifié le refus de transcription d'une 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*

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”.

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 éloquents.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 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,*

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 Mennesson 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.

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 Mennesson et Labassée, 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 Mennesson et Labassée. 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 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.

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.

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

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

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 Z... et Y..., 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 A... (CEDH 19 janvier 2017, A... 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*”.

- “*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 issu 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*

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.

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 *Menesson* et *Labassée*. 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 *Menesson*, et de la fille des époux *Labassée*, 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 *Menesson*, à leur arrivée en France, ont demandé directement la transcription de l'acte d'état civil étranger sur les registres français, les époux *Labassée*. 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 D... 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 Mennesson).

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 Labassée.).

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 Labassée.).

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 Labassée.).

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 Labassée.).

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 Labassée., Mennesson 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 bénéficiaire, 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, Z... et Y... 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*

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.

la formule 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 Mennesson et Labassée*". 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 Z... et Y..., 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 Mennesson" -, la France est à nouveau condamnée (CEDH 19 janvier 2017, A... c/ France, n° 44024/13). Dans ce nouvel arrêt, la Cour reprend les mêmes arguments que dans les affaires Z... et Y.... Se fondant sur les arrêts Mennesson et Labassée., 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 Mennesson et Labassée*".

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 A... 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 A..., 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 A... 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'allaitte 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*

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.

jurisprudence de la Cour citée aux points 32 à 34 du présent arrêt que le congé de 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.

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

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 E...- 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 conclu 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 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.

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

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 *Menesson* et *Labassée*. 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. Relevante 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 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*

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

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 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*

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

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 Certains auteurs avaient même soutenu que la jurisprudence pourrait -

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.

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 *Mennesson* et *Labassée.*, mais également dans les décisions qui ont suivi, et notamment en se référant à l'arrêt qui a été rendu dans le cadre de la présente affaire (CEDH, 21 juillet 2016, Z... et Y... c.France, 21 juillet 2016, n° 9063/14 et 10410/14).

IV.3 - Examen des branches du moyen unique

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.

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

IV.3.1. - Sur la première branche : principe d'indisponibilité d'état des personnes et ordre public international

*La première branche soutient que l'article 16-7 du code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle; qu'en conséquence, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui; qu'en l'espèce, la filiation des enfants résulte d'une gestation pour autrui admise par P. Y... et tenue pour certaine par la cour d'appel qui indique retenir que les éléments réunis par le ministère public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil; qu'ainsi elle ne peut trouver traduction dans l'ordre juridique français, fut-elle licite à l'étranger; qu'en ordonnant une transcription d'actes de naissance **contraires à l'ordre public français**, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-7 du code civil.*

Cette branche se fonde sur les arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 (Voir notamment 1^{ère} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-17.130, Bull civ, I, n°270). Or, la solution dégagée par ces arrêts a été remise en cause, d'abord par les arrêts Mennesson et Labassée. du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme, puis par l'arrêt concernant directement l'affaire qui nous est soumise aujourd'hui.

Faut-il pour autant en déduire que la notion d'ordre public international ne peut plus être retenue s'agissant des conventions de gestation pour autrui conclues, fût-ce de manière licite à l'étranger? *Prima facie*, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme paraît avoir, sur les règles de droit international privé et partant sur l'application de la notion d'ordre public international, un effet neutralisant⁴⁵.

Mais on peut observer que la Cour précise, dans son arrêt Mennesson 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 Mennesson 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

⁴⁵ Dans l'arrêt Mennesson, 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."

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 Mennesson et Labassée. 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.*”⁴⁶

Il faut donc en déduire que la jurisprudence de la Cour européenne ne vient en aucune manière remettre en cause les principes de notre droit qui fondent la prohibition de la gestation pour autrui. Il en est ainsi du principe d'indisponibilité du corps humain⁴⁷. Il en est de même de la notion d'ordre public international. La Cour européenne impose, en revanche, de l'appliquer à la lumière des stipulations de l'article 8 de la Convention, c'est-à-dire, en s'assurant de ménager un équilibre entre le droit au respect de la vie privée des enfants nés dans le cadre d'une gestation pour autrui, et la prohibition par la loi de ce mode procréatif.

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

IV.3.2. - Sur la seconde branche: la régularité formelle de l'acte d'état civil établi à l'étranger

La seconde branche soutient que la nullité de la convention de gestation pour autrui est d'ordre public selon l'article 16-9 du code civil; qu'elle s'impose même à l'égard d'un acte

⁴⁶ L. d'Avout, “La “reconnaissance” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée.”, D. 2014, p. 1806.

⁴⁷ Rappelons 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).

qui respecterait les dispositions de l'article 47 du code civil; qu'en écartant cette nullité au motif d'une validité formelle des acte de naissance concernés, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-9 du code civil.

Ce grief était déjà au centre des questions posées à la Cour de cassation lors de l'examen des pourvois qui ont donné lieu aux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015. Rappelons que l'assemblée plénière de notre Cour après avoir affirmé qu'il résulte des deux premiers de ces textes 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, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'une cour d'appel qui, pour ordonner la transcription de l'acte, avait constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n°15-50.002, Bull. 2015, Ass. plén, n° 4).

Le pourvoi qui est soumis aujourd'hui au réexamen de l'assemblée plénière se présente dans la même configuration. Une question vient cependant à l'esprit. Quel est le sens de la nouvelle condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire par un arrêt rendu postérieurement à ces décisions d'assemblée plénière ?

Notons, à la lecture de l'arrêt, que le Gouvernement français avait fait état de ce revirement de jurisprudence lors des débats. Mais la Cour a rejeté la demande du Gouvernement tendant à la radiation des requêtes du rôle en constatant "*en particulier que, si le droit positif français a évolué depuis qu'elle a adopté les arrêts Mennesson et Labassée précités (voir les paragraphes 36-38 ci-dessus), des interrogations subsistent quant à la situation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui lorsque, comme en l'espèce et dans ces deux affaires, les juridictions françaises ont rendu une décision définitive annulant ou refusant la transcription de leurs actes de naissance étrangers dans les registres français (voir les paragraphes 52-54 et 56 ci-dessous). La procédure relative à l'exécution des arrêts Mennesson et Labassée est du reste toujours pendante devant le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*" . (§41 à 43).

La Cour a ainsi ensuite motivé sa décision :

"55. La Cour constate que la situation des requérants en l'espèce est similaire à celle des requérants dans les affaires Mennesson et Labassée précitées, dans lesquelles elle a jugé qu'il n'y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants (les parents d'intention et les enfants concernés), mais qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants concernés.

56. La Cour prend bonne note des indications du Gouvernement selon lesquelles, postérieurement à l'introduction des présentes requêtes et au prononcé des arrêts Mennesson et Labassée précités, la Cour de Cassation a, par deux arrêts du 3 juillet 2015, procédé à un revirement de jurisprudence. Selon le Gouvernement, il résulte de

cette jurisprudence nouvelle qu'en présence d'un acte étranger établi régulièrement selon le droit du pays dans lequel la gestation pour autrui a été réalisée et permettant d'établir le lien de filiation avec le père biologique, plus aucun obstacle ne peut être opposé à la transcription de la filiation biologique. Il ajoute que, le 7 juillet 2015, la garde des Sceaux a adressée aux parquets concernés une dépêche indiquant qu'il convenait de procéder à la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui, sous réserve de leur conformité à l'article 47 du code civil (paragraphe 51 ci-dessus). La Cour relève ensuite 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 » (paragraphe 53 ci-dessus). Elle relève toutefois le caractère hypothétique de la formule dont use le Gouvernement. Elle constate en outre que les intéressés contestent cette thèse et que le Gouvernement n'en tire lui-même aucune conclusion quant à la recevabilité ou au bien-fondé de leur requête.

57. Ceci étant souligné, et considérant les circonstances de l'espèce, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires Mennesson et Labassée.

58. La Cour conclut en conséquence qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'il y a eu violation de cette disposition s'agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée."

On peut observer que nos arrêts du 3 juillet 2015 ont clairement et définitivement levé l'obstacle à la transcription des actes d'état civil étranger qui, à l'instar de celui qui est l'objet du présent pourvoi, mentionnent le nom du père biologique et celui de la mère de substitution. Ainsi que le souligne le président Christophe Soulard⁴⁸, dans une chronique publiée aux Cahiers de la justice, " c'est la Cour de cassation qui avait fait de l'existence d'une convention de GPA l'obstacle absolu à toute transcription d'un acte d'état civil. La loi, elle, se borne à énoncer que la convention est nulle, ce qui revient à dire qu'elle ne peut produire aucun effet. Ainsi, le ou les parents d'intention ne pourra (ont) pas invoquer cette convention pour exiger que la mère qui a porté l'enfant l'abandonne. On peut penser également que cette dernière ne pourrait pas non plus se fonder sur la convention pour réclamer le paiement de la rémunération si la convention en avait prévu une. Mais peut-on tirer autre chose de l'article 16-7 du code civil qui prévoit la nullité de la convention? Probablement non, du moins dans le cas de figure qui se présentait à la Cour de cassation, c'est-à-dire des actes de naissance mentionnant des parents dont il n'était pas contesté qu'ils étaient respectivement le père biologique et la femme qui avait accouché. Dans ce cas, en effet, la filiation ainsi indiquée n'est pas une conséquence de la convention mais une conséquence de la naissance. La preuve en est que, si la même procréation avait eu lieu sans GPA, les liens de filiation seraient exactement les mêmes. Dans ce cas de figure, l'existence d'une convention de GPA est neutre et sa nullité ne change rien. Ou alors il faudrait dire que, sans convention, il n'y aurait pas eu de naissance, mais alors c'est la

⁴⁸ Christophe Soulard, *Le juge français, le juge européen et le législateur face à la gestation pour autrui*, Les cahiers de la justice 2016, p.191

naissance qu'il faudrait annuler. On peut penser qu'en procédant à une telle annulation, le juge excéderait ses pouvoirs... (...) Par ses arrêts du 3 juillet 2015, elle (la Cour de cassation) a ouvert une porte dans une barrière qu'elle avait érigée quelques années plus tôt."

Au vu de ces éléments, il appartiendra à l'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.

Dans l'affaire soumise aujourd'hui au réexamen de l'assemblée plénière de notre Cour, la cour d'appel de Rennes a jugé :

- que le premier juge rappelait en premier lieu les dispositions de l'article 47 du code civil qui pose le principe d'une présomption de validité, et donc d'opposabilité en France, des actes de l'état civil étranger dressés dans les formes du pays considéré ; cette présomption cédant face à la preuve de leur irrégularité intrinsèque ou bien en regard d'éléments extrinsèques établissant qu'ils ne sauraient être conformes à la réalité. Il constatait qu'en l'espèce, ces dispositions avaient été respectées ;

- qu'en deuxième lieu, le tribunal, éludant le débat sur la preuve, a estimé qu'à supposer établi que les enfants en cause aient été le fruit d'un contrat de gestation pour autrui frappé d'une nullité d'ordre public par application des dispositions de l'article 16-7 du code civil, cette violation de l'ordre public ne justifiait pas que ces enfants soient privés en France d'un état civil qui reflète une filiation incontestable et incontestée. Le premier juge estimait encore qu'une décision contraire serait opposée à l'intérêt supérieur de ces enfants au sens de l'article 3-1 de la CEDH ; qu'ainsi, la fraude de leur auteur, à la supposer avérée, ne saurait leur nuire ;

- que le Ministère Public rappelle qu'une enquête menée par les services de police de Lyon a établi la réalité des faits relatifs au contrat frauduleux passé par l'intimé, lui-même pacsé avec un homme ayant eu recours à la même filière pour se retrouver père de deux autres jumeaux d'origine indienne. Il relève encore que figure au dossier un courrier des services de l'hôpital de Hiranandi indiquant précisément que les enfants sont nés d'une « mère porteuse ». Il considère que les actes dont la transcription est sollicitée sont le produit d'un contrat prohibé, ainsi qu'il a été constaté par le tribunal, et doivent donc ne pas produire en France de conséquences juridiques ;

- que la Cour constatera tout d'abord que P. Y..., dans ses conclusions de confirmation, se contente d'adhérer à la motivation du jugement déféré, sans se donner la peine de contester la fraude à l'ordre public français à l'origine de la paternité qu'il revendique. Elle retiendra encore que les éléments réunis par le Ministère Public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil ;

- qu'il sera observé que les jurisprudences de la 1ère chambre de la Cour de Cassation du 6 avril 2011 versées aux débats par le Ministère Public, si elles rappellent effectivement les dispositions d'ordre public relatives à la gestation pour autrui, intéressent cependant des cas d'espèces différents en ce que l'état civil des enfants en cause était mensonger quant à leur filiation maternelle et que le contentieux portait sur l'exequatur d'actes étrangers ;

- qu'enfin, la Cour relèvera qu'elle n'est pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil dont ne sont contestées ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité de ses énonciations ;

- que, dès lors que cet acte satisfait aux exigences de l'article 47 du code civil, sans qu'il y ait lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain, le jugement déféré sera confirmé en toutes ses dispositions.

Il appartiendra donc à l'assemblée plénière de dire, au vu des éléments qui ont été exposés, si le pourvoi du procureur général près la cour de Rennes est ou non fondé.