

RAPPORT	
N° S1421323 et K1550002	18 mai 2015
-M Dominique X... c/ procureur général près la cour d'appel de Rennes - procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ M. Patrice Y...	<u>Rapporteur</u> : Christophe Soulard

Ce rapport, établi avec l'assistance de Mme Norguin, greffier en chef au SDER, est commun aux pourvois S1421323 et K1550002

I. - RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

A. - Pourvoi S 14-21.323

Par acte délivré le 18 octobre 2012, M. Dominique X... a assigné le procureur de la République de Nantes et l'agent judiciaire du Trésor devant le tribunal de grande instance de Nantes aux fins de faire ordonner, sous astreinte, la transcription à l'état civil de l'acte de naissance de K. X.... Cet acte, enregistré le 6 septembre 2011 au bureau de l'état civil Tverskoy de la direction de l'état civil de Moscou, indique que K. X... est né le [...] 2011 à Moscou de Dominique X..., de nationalité française, et de Kristina Z..., de nationalité russe. Préalablement, le 10 mars 2011, M. Dominique X... avait reconnu sa paternité devant l'officier de l'état civil français. Devant le tribunal, il demandait également que l'agent judiciaire du Trésor soit condamné à lui verser la somme de 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui.

Par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal a débouté M. X... de sa demande et a mis l'agent judiciaire du Trésor hors de cause.

Par arrêt du 14 avril 2014, la cour d'appel de Rennes a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et a rejeté la demande faite par M. X... sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. Les motifs de cet arrêt sont les suivants :

✓ sur la mise en cause de l'Agent Judiciaire de l'Etat

Considérant qu'une demande de paiement d'une participation aux frais de défense ne constituant pas une demande principale, c'est à bon droit que les premiers juges ont prononcé la mise hors de cause de l'agent judiciaire de l'Etat ;

✓ sur la demande de transcription de l'acte de naissance de l'enfant

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 47 du code civil, tout acte d'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 ;

(...)

Considérant que, pour débouter l'appelant de sa demande, les premiers juges ont retenu "qu'en l'absence d'éléments contraires, les indices réunis convergeaient pour établir que M. X..., en recherche de descendance, avait eu recours aux services de Mme Z..., voire d'une tierce personne pour porter et/ou concevoir l'enfant et lui remettre après la naissance, dans le cadre d'un accord et dans des conditions rentrant dans les prévisions de l'article 16-7 du code civil" ;

Considérant que M. X..., qui a attesté sur l'honneur le 30 novembre 2011 ne pas avoir eu recours au service d'une mère porteuse pour la gestation de son enfant K. X..., soutient qu'il appartient au ministère public d'administrer la preuve du contrat de gestation pour autrui ; qu'il ajoute qu'alors même que la preuve serait rapportée de l'existence d'un tel contrat, les dispositions de l'article 47 du code civil ne peuvent être écartées dès lors que "le ministère public reconnaît lui-même que l'acte de naissance de K. X... ne souffre pas de contestation dans l'établissement de la filiation, ni d'irrégularités intrinsèques" ;

Considérant que le ministère public fait valoir que la réalité d'un contrat de gestation pour autrui passé par l'appelant et ayant abouti à la naissance de K. X... n'est pas contestable ;

Considérant que pour caractériser le faisceau d'indices le tribunal a utilisé les pièces

figurant au dossier du ministère public et en particulier les documents transmis par le ministère des affaires étrangères et européennes en provenance du consulat général de France à Moscou ;

Considérant qu'il résulte des documents produits :

- que M. X... a obtenu la délivrance de deux passeports l'un en 2003 et l'autre en 2005 ;*
- que le consulat a pu consulter le passeport n° [...] et constater l'absence de visa à l'époque correspondant à la période de conception de l'enfant ;*
- que n'ayant pu consulter le second passeport de M. X... n° [...], le poste consulaire a demandé à M. X... de lui adresser copie du visa qui aurait pu lui permettre d'entrer en Russie fin 2010 ou début 2011,*
- que M. X... a alors indiqué "que ce second passeport avait malencontreusement été détruit",*
- que M. X... a refusé de s'expliquer sur les circonstances de sa rencontre avec Mme Z..., mère de l'enfant ;*
- que celle-ci a indiqué qu'elle avait été suivie à la clinique Vita Nova de Moscou qui avait ensuite trouvé la maternité ;*
- que le poste consulaire a relevé que la mère vivait habituellement à Kirov à plus de 1.000 km de Moscou ;*
- que la mère de l'enfant a consenti dès le 7 octobre 2011, dans une attestation notariée, "à la sortie au domicile permanent à la République française de son fils mineur X... K. né le [...] 2011" ;*

Considérant que, sauf à préciser que Mme Z... était en possession d'un passeport depuis le 30 juin 2008, il convient de dire que ces éléments constituent un faisceau de preuve de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Z..., laquelle avait d'ailleurs fourni des explications confuses lors de l'entretien téléphonique du 29 novembre 2011 ;

Considérant 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 aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Considérant qu'en présence de cette fraude le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait être utilement invoqué, étant au demeurant observé qu'il a été délivré un document de voyage à K. qui fréquente une crèche parisienne ;

Considérant que la décision dont appel qui a rejeté la demande de transcription de l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités russes sur les registres de l'état civil français doit être confirmée en toutes ses dispositions ;

Considérant que l'agent judiciaire de l'Etat ayant été mis hors de cause, la demande d'article 700 du code de procédure civile formée à son encontre sera rejetée ;”

Le 21 juillet 2014, M. X... a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

Par ordonnance du 23 janvier 2015, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

La SCP Monod-Colin-Stoclet s'est constituée pour M. X... et a déposé, le 20 novembre 2014, un mémoire ampliatif qui a été signifié le 21 novembre 2014 au procureur général de Rennes. M. X... demande à la Cour de cassation de casser en toutes ses dispositions l'arrêt attaqué et de condamner l'agent judiciaire de l'Etat à lui payer la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur général près la cour d'appel de Rennes a déposé un mémoire en défense le 16 janvier 2015. Ce mémoire a été complété par un mémoire déposé le 27 janvier.

La SCP Monod-Colin-Stoclet a déposé un mémoire en réplique.

La SCP Meier-Bourdeau Lecuyer s'est constituée pour l'agent judiciaire de l'Etat et a déposé, le 20 janvier 2015, un mémoire qui a été notifié le même jour au demandeur. Il conclut à sa mise hors de cause, au rejet du second moyen et demande que M. X... soit condamné à lui payer la somme de 2 200 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure devant la Cour de cassation est régulière.

B. - Pourvoi K 15-50.002

Par acte délivré les 17 et 23 novembre 2011, M. Patrice Y..., agissant en son nom personnel et au nom de sa fille L., a assigné le procureur de la République de Nantes et l'agent judiciaire du Trésor devant le tribunal de grande instance de Nantes aux fins de faire ordonner, avec l'exécution provisoire, la transcription, à l'état civil, de l'acte de naissance de L. Y.... Cet acte de naissance, établi à Moscou le 7 juin 2011 le désigne en qualité de père et désigne Mme Lilia A..., en qualité de mère. Préalablement, le 1^{er} février 2011, M. Patrice Y... avait reconnu sa paternité devant l'officier de l'état civil

français. Devant le tribunal il demandait également que l'agent judiciaire du Trésor soit condamné à lui verser la somme de 2 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le procureur de la République s'est opposé à la demande de transcription au motif qu'un certain nombre de circonstances faisaient apparaître que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui.

Par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal a débouté M. Y... de l'ensemble de ses demandes au motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui contraire à l'ordre public français. Les juges du premier degré ajoutaient que ce refus de transcription ne privait l'enfant ni de la filiation paternelle et maternelle dont elle disposait à l'état civil russe ni de son droit à vivre avec son père comme elle le faisait actuellement et n'apparaissait donc pas contraire à son intérêt supérieur.

Par arrêt du 16 décembre 2014, la cour d'appel de Rennes a infirmé le jugement et ordonné la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011. Après avoir énuméré un certain nombre de faits caractérisant, selon eux, l'existence de la convention de gestation pour autrui, les juges du second degré énoncent que :

L'article 3§1 de la convention internationale des droits de l'enfant affirme que dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 septembre 2013, a retenu "qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 §1 de la CIDE, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués".

M. Y... invoque, devant la cour, les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France pour son refus de reconnaître la paternité, conforme à la vérité biologique, d'un enfant né à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

M. Y..., qui a reconnu l'enfant avant sa naissance, est bien le père biologique de L. et a d'ailleurs produit en pièce 14-2 un rapport d'expertise effectué en Russie aux termes duquel "Patrice Y... peut être le vrai (biologique) père de L. Y..., avec une probabilité de 99,97%".

Alors que les enfants ne doivent pas subir les choix négatifs de leurs parents, il a été rappelé ci-dessus les difficultés intervenues quant à l'entrée sur le sol français de L., laquelle bien que vivant avec M. Y... depuis le 2 juin 2011 n'a toujours pas la nationalité française et n'a pas de droits légaux dans la succession à venir de son père.

En présence de la réalité biologique du lien de filiation et afin de réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant figurant à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, consécutive aux effets du défaut de reconnaissance en France du lien de filiation entre L. et son père, il convient à la suite de la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3 § 1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant sur la fraude, d'infirmar la décision dont appel et d'ordonner la transcription sur les registres du service central d'état civil de Nantes de l'acte de naissance établi à Moscou le 7 juin 2011 et désignant M. Patrice Y... en qualité de père, et ce alors qu'il a déjà été indiqué que l'acte de naissance étranger satisfait aux exigences de l'article 47 du code civil.

Par ailleurs, Mme A... est également la mère biologique de l'enfant pour avoir accouché de L. ; dès lors, si les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas résolu la question de la filiation maternelle pour les mères d'intention, ces arrêts ont condamné le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique, en sorte que toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant la transcription de l'acte de naissance de L. doit être ordonnée dans les termes du dispositif des écritures de M. Y....

Le procureur général de la cour d'appel de Rennes s'est régulièrement pourvu contre cet arrêt et a adressé, le 26 janvier 2015 au greffe de la Cour de cassation, un mémoire à l'appui de son pourvoi.

La SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray s'est constituée pour M. Y... agissant tant en son nom personnel qu'au nom de L. Y... mais n'a pas déposé de mémoire au moment où le présent rapport a été déposé.

Par ordonnance du 29 janvier 2015, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

La procédure devant la Cour de cassation est régulière.

II. - ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

A. - Pourvoi S 14-21.323

Deux moyens sont proposés.

Le **premier moyen** fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. X... de ses demandes tendant à voir constater l'existence de l'acte de naissance de K. X... et que soit ordonnée sa transcription à l'état civil français. Il fait valoir que :

1) 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 toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits

qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; qu'en conséquence, à la supposer avérée, la circonstance qu'un enfant soit le fruit d'un processus comportant une convention de gestation pour autrui ne permet pas au ministère public de refuser la transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance formellement régulier et conforme à la réalité biologique ;

2) le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et l'article 9 du code civil exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité ;

3) l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention de New York, du 26 janvier 1990, commande que soit transcrit sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger mentionnant exactement la filiation paternelle à l'égard du père biologique et la filiation maternelle ;

4) la cour d'appel ne pouvait juger que le refus de transcription ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de l'enfant, sans rechercher si K. X... ne se trouvait pas privé, du fait de ce refus, du droit d'acquérir la nationalité française et des droits corrélatifs, et notamment du droit de se maintenir sur le territoire français à sa majorité ;

5) il n'est pas prouvé que M. X... ait eu recours aux services de Mme Z... dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui ;

Le **second moyen** fait grief à l'arrêt d'avoir mis hors de cause l'agent judiciaire de l'Etat. Il fait valoir qu'il résulte des articles 1040 du code de procédure civile et 38 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 que toute action dirigée contre le ministère public devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, tendant à faire déclarer qu'une personne a la qualité de Français, peut donner lieu à une demande d'indemnisation des frais irrépétibles qui doit être formée à l'encontre de l'agent judiciaire de l'Etat.

Le procureur général conclut au rejet du pourvoi. Il fait valoir qu'il n'est pas contestable que K. X... est né à la suite d'une gestation pour autrui et que l'arrêt attaqué refusant la transcription de son acte de naissance est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ajoute que le recours à la gestation pour autrui est contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'article 7 stipule que "l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux" ; qu'en l'espèce M. X... a coupé tout lien avec la mère de K. . Le procureur général ajoute que le recours à la gestation pour autrui, qui a pour effet de priver K. de son droit à connaître ses origines, montre que M. X... n'était pas animé par l'intérêt de l'enfant. Enfin, le procureur général fait valoir que K. dispose d'un acte de naissance régulier, qui lui permet notamment d'obtenir un certificat de nationalité, qu'il vit en France avec son père, où il est inscrit dans une crèche et qu'il bénéficie d'un droit de succession sur ce dernier ; que le demandeur ne fait d'ailleurs état d'aucune difficulté dans la vie quotidienne.

Dans son mémoire en réplique, M. X... fait valoir que la nécessité de prendre en compte d'intérêt de l'enfant pour apprécier si une mesure porte atteinte au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été

affirmée tant par le Conseil d'Etat que par la Cour européenne des droits de l'homme. Il ajoute qu'à supposer que K. soit né à la suite d'une gestation pour autrui (ce que le demandeur conteste) la transcription de son acte de naissance sur le registre d'état civil ne conduira pas à nier son droit à connaître ses origines; qu'à l'inverse, le refus de transcription revient à refuser le lien de filiation lui-même, c'est-à-dire un aspect essentiel de l'identité des individus. Enfin M. X... expose que le refus de transcription est source de difficultés pratiques; que si K. s'est vu délivrer un certificat de nationalité française, en revanche il n'a pu obtenir la délivrance d'un passeport français et se trouve ainsi empêché d'aller aux Etats-Unis, où se trouve une partie de sa famille. Il produit l'ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté sa requête tendant à ce que le préfet de police soit enjoint de lui délivrer un passeport. Ce rejet est motivé par la circonstance que la condition d'urgence, à laquelle sont subordonnés les pouvoirs du juge des référés, n'était pas remplie.

B. - Pourvoi K 15-50.002

Un moyen unique est proposé, par lequel il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné la transcription sur les registres de l'état civil français l'acte de naissance de L. Y.... Le moyen valoir que :

1) En l'état du droit positif il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour 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 ;

2) la cour d'appel ne pouvait ordonner la transcription de l'acte de naissance sur les registres français d'état civil, sur le fondement de l'atteinte à la vie privée et de l'enfant et sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que ce dernier a une filiation maternelle et paternelle établie, qu'il est donc muni d'un droit dans la succession de son père, qu'il vit sur le sol français avec son père et qu'il peut, en vertu de l'article 18 du code civil et de la circulaire du 25 janvier 2013, obtenir la nationalité française ;

III. - PRINCIPAUX POINTS DE DROIT FAISANT DIFFICULTÉ A JUGER

Les deux pourvois conduisent à s'interroger sur la comptabilité, avec les décisions récentes de de la Cour européenne des droits de l'homme, de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interdiction de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui.

IV. - ANALYSE ET DISCUSSION

En marge de la question principale qui vient d'être formulée, deux questions secondaires doivent être examinées:

Sur la mise hors de cause de l'agent judiciaire du Trésor

Un rejet non spécialement motivé est proposé en ce qui concerne le second moyen invoqué dans l'affaire S 14-21.323.

L'article 38, 1^{er} alinéa, de la loi n° 55-366, du 3 avril 1955, dispose :

Toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire de l'Etat.

Il résulte de ce texte que si aucune action pécuniaire n'est formée à titre principal contre l'Etat, l'agent judiciaire de l'Etat doit être mis hors de cause. Ainsi, dans une affaire où le demandeur avait assigné le ministère public et l'agent judiciaire du Trésor aux fins d'être déclaré français et d'obtenir une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait maintenu l'agent judiciaire du Trésor dans la cause et l'avait condamné à verser une somme au titre de l'article 700, alors que l'action dont était saisi le juge "*n'avait pas pour objet principal de faire déclarer l'Etat débiteur*"¹.

Dans la présente affaire, l'objet principal de la demande de M. X... est d'obtenir la transcription à l'état civil de K. X.... Il ne s'agit pas d'une action pécuniaire. Le fait que cette demande est assortie d'une demande d'astreinte est sans incidence et ne change pas la nature de la demande principale. C'est ainsi que la chambre sociale a jugé qu'un inspecteur du travail peut agir en justice (sans l'intervention de l'agent judiciaire du Trésor) pour obtenir la liquidation d'une astreinte destinée à faire respecter le repos dominical².

Sur la caractérisation, par la cour d'appel, de l'existence d'une convention de gestation pour autrui

Ce point fait l'objet de la 5^{ème} branche du 1^{er} moyen proposé dans l'affaire S 14-21.323. La Cour devra se demander si cette branche ne revient pas à mettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond. A titre de comparaison, dans l'affaire 12-18.315 (Bull. n°176) ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 septembre 2013, la cour d'appel, après avoir relevé "*le court séjour sans objet particulier de l'intimé en Inde à l'époque de la conception et l'absence de connaissance respective des parents de leurs biographies*" énonçait qu'apparaissait "*pour le moins insolite le fait, si son abandon était envisagé, de confier l'enfant né de cette relation supposée à un étranger inconnu plutôt qu'à un service d'adoption; qu'en l'absence de projet commun tant de vie de couple que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement*

¹ Cass. 2^{ème} civ. 25 février 2010, n° 08-21474

² Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n°03-18.897, Bull. n°188

modeste pour qui 1500 € représentent 3 ans de salaire. Cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse». La Cour de cassation a jugé que les juges du second degré avaient ainsi caractérisé l'existence d'un tel processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le requérant et la femme ayant accouché.

S'agissant, maintenant, de l'étude de la question principale que posent les deux pourvois, elle sera articulée en quatre étapes : A) Le rappel du droit positif français tel qu'il existe aujourd'hui ; B) La mise en cause de certains aspects de ce droit par la Cour européenne des droits de l'homme ; C) Les autres éléments, tirés du droit de l'Union européenne, du droit comparé ou des négociations en cours en droit international qui peuvent être pris en considération ; D) Les pistes qui peuvent être envisagées en réponse aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. - La situation actuelle

1° Les règles relative à la filiation

a. - L'établissement de la filiation

Selon l'article 310-1 du code civil, *la filiation est légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.*

“L'effet de la loi” vise, d'une part, l'établissement de la filiation maternelle par la désignation de la mère dans l'acte de naissance (article 311-25 du code civil) et, d'autre part, la présomption de paternité applicable au mari (article 312 du code civil).

La reconnaissance paternelle ou maternelle peut être faite avant ou après la naissance mais seulement lorsque la filiation n'est pas déjà établie par l'effet de la loi (article 316 du code civil). Tous les enfants nés hors mariage peuvent être reconnus volontairement. La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.

L'acte de notoriété qui constate la possession d'état est délivré par un juge à la demande de l'un ou l'autre des parents ou de l'enfant et fait l'objet d'une publicité par voie de mention marginale dans l'acte de naissance (article 317 du code civil). La possession d'état peut également être constatée par un jugement à la demande de toute personne qui y a intérêt (article 330 du code civil).

Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait (article 320 du code civil).

La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père (article 332 du code civil).

b. - La contestation de la filiation par le ministère public

Aux termes de l'article 336 du code civil, la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi.

La circulaire de présentation du 30 juin 2006 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation précise (Ire partie, III, 3.1.1, c) :

“Toute filiation, qu'elle soit corroborée ou non par la possession d'état, peut désormais être contestée par le ministère public, l'article 336, qui fonde son action, n'opérant aucune distinction selon le type de filiation (maternelle / paternelle ; en mariage ou hors mariage). Le ministère public peut agir dans le délai de droit commun de l'article 321 dans deux hypothèses :

** Lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable le lien de filiation légalement établi. Il en est ainsi par exemple en présence d'une trop faible différence d'âge entre le parent et l'enfant ou en cas de reconnaissance par une transsexuelle.*

**Lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi. La rédaction est donc plus large que celle de l'ancien article 339 alinéa 2, qui ne visait que la fraude aux règles de l'adoption. Le ministère public peut donc agir, comme auparavant, en cas de fraude à l'adoption, mais aussi en cas de violation des articles 16-7 et 16-9 prohibant la gestation pour le compte d'autrui. (...) Dans tous les cas, le demandeur doit rapporter la preuve de l'inexactitude de la filiation selon les règles de droit commun.*

2°. - La prohibition de la gestation pour autrui

a. - La nullité des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui

Dès 1991 la Cour de cassation, réunie dans sa formation la plus solennelle, a jugé que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Elle en a déduit que l'enfant né dans de telles conditions ne pouvait faire l'objet d'une adoption plénière par la femme qui l'avait recueilli à sa naissance, une telle adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption³.

Trois ans plus tard, la loi bioéthique n° 94-653, du 29 juillet 1994, a introduit, dans le code civil, les articles 16-7 et 16-9 du code civil, qui sont ainsi rédigés :

³ Cass. ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20105, Bull. n° 4 ; Cass. 1^{ère} civ. n° 92-13563, Bull. n° 226 (dans ces deux affaires, la mère porteuse était également la mère génitrice)

Article 16-7 : *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*

Article 16-9 : *Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.*

La création de ces articles a conduit la Cour de cassation à modifier légèrement la formulation de son attendu de principe et à énoncer 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”*⁴. Dans tous les arrêts qu’elle a rendus par la suite et qui portaient sur cette question, elle a réaffirmé le principe de la prohibition de la gestation pour autrui⁵.

Le législateur n’est pas non plus revenu sur le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, alors même qu’il y était invité par un rapport sénatorial présenté en 2008⁶ et que, le 27 janvier 2010, deux propositions de loi visant à légaliser la gestation pour autrui ont été enregistrées au Sénat, émanant, pour l’une, de sénateurs de gauche⁷ et, pour l’autre, de sénateurs de droite, alors majoritaires⁸. Ce refus de revenir sur le principe de la prohibition est conforme à l’avis de nombreux comités et organismes professionnels⁹. Il est également conforme à l’avis du Conseil d’Etat, qui, dans une étude sur la révision des lois de bioéthique déposée le 9 avril 2009, concluait sur ce point que *“la prise en considération de l’intérêt de l’enfant et celui de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l’interdiction actuelle, conduisent donc à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui”*¹⁰.

Dans sa décision du 17 mai 2013¹¹, sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a rappelé que *“les dispositions contestées n’ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de*

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, Bull. n° 252

⁵ V., notamment, Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011 : pourvois n° 09-17130, Bull. n° 70, n° 09-66486, Bull. n° 71 et 10-19053, Bull. n° 72; Cass. 1^{ère} civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138

⁶ Rapp. Sénat n° 421, du 25 juin 2008, “Les recommandations du groupe de travail sur la maternité pour autrui”, p. 5

⁷ Prop. de loi Sénat n° 233, 2009-2010

⁸ Prop. de loi Sénat n° 234, 2009-2010

⁹ V. notamment Rapport Léonetti, de 2010 (rapport d’information sur la révision des lois de bioéthique : rapp. inf. AN no2235, 2009-2010, 20 janvier 2010) ; Avis du Comité consultatif national d’éthique (CCNE, avis no110, 1er avril 2010), États généraux de la bioéthique (Rapp. final, 1er juill.2009, p. 43), Académie nationale de médecine (Rapp. 10 mars 2009), Agence de la biomédecine (Avis du conseil d’orientation, Délib. ABM no2009-CO-38, 18 sept. 2009), Ordre des médecins (Position du Conseil national de l’Ordre des médecins sur la gestation pour autrui, 4 févr. 2010), Collège national des sages-femmes (Gestation pour autrui, une fausse bonne idée pour faire progresser le droit des femmes, communiqué, 8 mars 2010).

¹⁰ page 63 de l’étude; cette étude a été mise en ligne par la Documentation française

¹¹ n° 2013-669 DC,

*l'article 16-7 du code civil*¹². Répondant au grief des requérants, qui faisaient valoir que, “*compte tenu notamment des difficultés que rencontreront les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française*”, il énonce que “*l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques*”¹³.

b - Sanctions pénales

L'article 227-12 du code pénal dispose :

Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

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

L'article 227-13 du même code prévoit que :

La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La tentative est punie des mêmes peines.

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'Etat estime que la maternité pour autrui doit être assimilée à une supposition d'enfant et est, comme telle, punie des peines prévues à l'article 227-13 du code pénal¹⁴. L'expression “supposition d'enfant”, qui figurait à l'article 345 ancien du code pénal, recouvrait tant

¹² Cons. 44

¹³ Cons. 48 et 58

¹⁴ Page 61 de l'étude

la simulation que la dissimulation, aujourd'hui prévues à l'article 227-13 du code pénal¹⁵. Ont été déclarés coupables de cette infraction une femme et son concubin qui avaient ramené du Brésil en France un nouveau-né dont venait d'accoucher une Brésilienne et qui avait réussi à obtenir un faux certificat de naissance et à déclarer l'enfant en France comme étant né notamment de la femme du couple¹⁶. Cette incrimination a été également appliquée à un couple marié qui avait faussement déclaré à l'état civil la naissance d'un enfant légitime après que la femme eut simulé une grossesse (par l'emploi d'un coussin) et fait croire à un accouchement¹⁷. On peut penser que cette infraction pourrait s'appliquer au moins à certains cas de gestation pour autrui.

Il convient toutefois d'avoir à l'esprit que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été entièrement commis dans un pays où ils ne sont pas répréhensibles¹⁸. C'est ainsi que, dans l'affaire Mennesson, qui sera exposée en détail plus loin, une information qui avait été ouverte pour entremise en vue de la gestation pour le compte d'autrui et simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'enfant a été clôturée par un non-lieu au motif que, commis sur le territoire américain où ils n'étaient pas pénalement répréhensibles, ils ne constituaient pas des délits punissables sur le territoire français.

c. - La prohibition française au regard du droit comparé et du droit international

A l'occasion des affaires Mennesson et Labassée (cette dernière affaire sera également étudiée plus loin), la Cour européenne des droits de l'homme a procédé à une recherche de droit comparé couvrant trente-cinq États parties à la Convention autres que la France¹⁹ : Andorre, l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, Saint-Marin, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine. Il en ressort que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze de ces États : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, l'Islande, l'Italie, la Moldavie, le Monténégro, la Serbie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. Dans dix autres États, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la gestation pour autrui, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine. Il s'agit d'Andorre, de la Bosnie-Herzégovine, de la Hongrie, de l'Irlande, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, de Monaco, de la Roumanie et de

¹⁵ Cass. Crim. 12 janvier 2000, n° 99-82905, Bull. n°21

¹⁶ Même arrêt

¹⁷ Cass. Crim. 5 janvier 2011, n° 10-83156

¹⁸ V. article 113-6 du code pénal

¹⁹ Arrêts du 26 juin 2014, Mennesson c/France, req. n° 65192/11, points 40 à 42 et Labassée c/France, req. n° 65941/11, points 31 à 33

Saint-Marin.

La gestation pour autrui est en revanche autorisée dans sept de ces trente-cinq États (sous réserve de la réunion de conditions strictes) : en Albanie, en Géorgie, en Grèce, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Russie et en Ukraine. Il s'agit en principe de la gestation pour autrui dite altruiste (la mère porteuse peut obtenir le remboursement des frais liés à la grossesse mais ne peut être rémunérée), mais il semble que la gestation pour autrui puisse revêtir un caractère commercial en Géorgie, en Russie et en Ukraine. Elle paraît en outre être tolérée dans quatre États où elle ne fait pas l'objet d'une réglementation : en Belgique, en République tchèque et, éventuellement, au Luxembourg et en Pologne.

Bien que l'interdiction de la gestation pour autrui constitue, de la part de l'Etat, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale que garantit l'article 8, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, La Cour européenne des droits de l'homme admet qu'en l'absence de consensus en Europe sur la légalité de cette pratique et au regard des délicates interrogations d'ordre éthique qu'elle suscite sa prohibition soit justifiée par la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui »²⁰. Il s'agit là, en effet, de deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention et qui permettent qu'il soit dérogé aux dispositions du paragraphe 1.

Toujours dans le cadre du Conseil de l'Europe, le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, prédécesseur du comité directeur de bioéthique, a publié, en 1989, une série de principes dont le quinzième, relatif aux « mères de substitution », est ainsi libellé :

« 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 forme de publicité qui y est relative.

4. Toutefois, les États 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 ; et

²⁰ Arrêts du 26 juin 2014, *Menesson c/France*, req. n° 65192/11, points, 62, 78 et 79 et *Labassée c/France*, req. n° 65941/11, points 54, 57 et 58

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

Bien que les questions de bioéthique soient de moins en moins étrangères au droit de l'Union²¹, la Cour de justice n'a pas eu à se prononcer sur la compatibilité de la gestation pour autrui ou de son interdiction avec les droits fondamentaux de l'Union et notamment la Charte des droits fondamentaux. En revanche elle a jugé 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 n'impose pas (mais n'interdit pas non plus) aux Etats membres d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8 de cette directive à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement. La Cour de justice considère en effet que le congé de maternité 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. Elle ajoute que, si le congé de maternité vise également à assurer la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant, cet objectif ne concerne toutefois que la période postérieure «à la grossesse et à l'accouchement»²².

Quant au Parlement européen, il a adopté, le 5 avril 2011, une résolution *“sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes”*, qui dénonce la maternité de substitution, qui *“constitue une exploitation du corps de la femme et de ses organes reproducteurs”* et *“souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales.”*

d. - Données quantitatives

Dans un document établi en mars 2011, le bureau permanent de la Conférence de La

²¹ V. J. -S. Bergé, *Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies: entre concordance et antinomie*, RTDE 2002, n° 4, p. 627 et s.; S. Hennette Vauchez, *L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine, enjeux et perspectives*, RTDE 2009, n° 1, p. 21 et *EU Law and Biomedicine: unlikely encounters*, Legal Issues of European Integration, 2011, vol. 38-1

²² CJUE 18 mars 2014, C. D., aff. C-167/12 et Z., aff. C-363/12; pour une critique de cet arrêt, V. S. Hennette-Vauchez, *Deux poids, deux mesures: GPA congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne*, La Revue des droits de l'homme, mai 2014, qui fait observer notamment qu'une telle interprétation relève d'une conception singulièrement corporalisée et naturalisée de la catégorie juridique de la maternité et d'une approche de la vulnérabilité qui se réduit à celle de la mère, à l'exclusion de l'enfant; V. également les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, qui retient une interprétation différente de celle adoptée par la Cour de justice

Haye de droit international privé relève que :

Dans le monde d'aujourd'hui, il suffit de taper « mère porteuse » sur un moteur de recherche pour tomber en un clic sur des centaines de sites Internet promettant de résoudre les problèmes d'infertilité par des techniques de fertilisation in vitro (« FIV ») et des services de gestation pour autrui à condition d'en payer le prix. Le fait est que la maternité de substitution est un commerce mondial en plein essor. Les chiffres sont difficiles à vérifier, mais, à titre d'exemple, certains estiment que les 400 millions de dollars américains (approximativement) par an que représente l'industrie du tourisme médical en Inde (estimée à un total d'environ 2,3 milliards de dollars américains par an d'ici à 2012) sont attribuables au secteur du marché en matière de reproduction.

Cette croissance du « tourisme procréatif » et, en particulier, la croissance du marché international de la maternité pour autrui, peut être attribuée à un certain nombre de facteurs liés les uns aux autres. Premièrement, ce qui est le cas dans de nombreux États dans le monde, la maternité de substitution commerciale (et, dans certains États, la technologie reproductive humaine dans son ensemble) est soit interdite soit strictement réglementée. À l'inverse, dans une minorité d'États, la maternité de substitution commerciale est autorisée, mais souvent sans réglementation interne ou avec une réglementation succincte. Du fait de ces différentes législations, associées aux moyens modernes de communication et aux facilités pour voyager, il n'est pas si difficile d'organiser une maternité de substitution à l'étranger. Dans certains de ces États plus permissifs, des coûts moins élevés et des risques moindres constituent un attrait supplémentaire pour les parents intentionnels²³.

La constatation qui précède doit être appréciée en regard du déclin généralisé de l'adoption dans la décennie 2003-2013, mis en évidence par une étude récente de l'Institut national des études démographiques²⁴.

L'étude part du constat que sur près de 200 pays dans le monde, 170 autorisent l'adoption. Ceux qui l'interdisent sont essentiellement régis par les dispositions coraniques sur la kafala²⁵. Dans le trio de tête des pays « fournisseurs » (sic) d'enfants, se trouvent la Bulgarie, le Guatemala et l'Ukraine, tandis que leurs parents adoptifs se situent majoritairement dans le Nord de l'Europe avec les exceptions notables de Chypre (en tête) et de Singapour (6e position). La France se situe seulement en quinzième position, ce qui s'explique, entre autres facteurs, par son propre taux de natalité.

En France, 1 069 enfants seulement ont été adoptés à l'étranger en 2014, un chiffre en baisse de plus de 70 % depuis 2005 (4 136 adoptions). La chute est notamment très

²³ Paragraphes 11 et 12 du document, accessible sur le site de la Conférence de La Haye (http://www.hcch.net/index_fr.php)

²⁴ Institut national des études démographiques (INED), « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin » : Populations & Sociétés, n° 519, févr. 2015; les lignes suivantes du présent rapport sont reprises de la synthèse de cette étude qu'on trouvera dans le numéro d'avril 2015 de la revue Droit de la famille

²⁵ La kafala est une institution propre au droit musulman. Elle consiste en une tutelle légale, qui instaure un rapport de type filial, mais sans créer de lien de filiation

importante concernant les enfants venus d'Éthiopie et de Russie. En effet, ces deux pays dans le peloton de ceux les plus prisés des adoptants car parmi les plus ouverts à l'adoption, ont considérablement ralenti le rythme d'accueil des dossiers depuis la loi sur le mariage pour tous. Certains États comme la Chine populaire depuis 2006, exigent d'ailleurs que le couple adoptant soit hétérosexuel.

Ce critère n'est cependant pas le seul puisque cette baisse de plus des deux tiers est établie dans tous les pays d'adoptants. Elle correspond parallèlement à un épuisement du nombre d'enfants à adopter dans les pays « fournisseurs », en raison notamment de la mise en place d'adoptions nationales. Ceci fait que les enfants en quête d'adoption sont de plus en plus âgés ou en fratrie ou atteints de handicaps moteurs ou mentaux qui rendent difficile leur adoption.

Les auteurs de l'étude s'attendent ainsi à ce que ce phénomène provoque dans les années à venir une demande accrue de procréations médicalement assistées ou de gestations pour autrui dans les pays d'accueil, dont la France.

3°. - Les règles d'acquisition de la nationalité française

Avant d'en venir à la question de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'un gestation pour autrui, il n'est pas inutile de rappeler certaines règles relatives à l'acquisition de la nationalité française. Comme on le verra, la possibilité d'acquérir la nationalité française est en effet un élément important du débat portant sur la question de savoir si le refus de transcription de l'acte de naissance porte ou non une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant. Notamment, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'incertitude dans laquelle se trouve un enfant à cet égard est de nature à porter atteinte à son sentiment d'identité²⁶. Il ne s'agit pas d'exposer ici l'ensemble des règles qui régissent l'acquisition de la nationalité française mais seulement de rappeler que :

Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français (art. 18 du code civil). La même règle s'applique à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière (article 20 du code civil).

En revanche l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté (article 21 du code civil). Mais l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France. Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France (article 21-12 du code civil).

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

²⁶ V. les arrêts du 26 juin 2014, *Menesson et Labassée*, précités

1° L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance (art. 21-12 du code civil) ;

2° L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française, soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'Etat (même article).

Le 25 janvier 2013, la ministre de la Justice a adressé, aux procureurs généraux près les cours d'appel, aux procureurs de la République et aux greffiers des tribunaux d'instance, la circulaire suivante :

« L'attention de la chancellerie a été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) 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.

Vous veillerez, dans l'hypothèse où de telles demandes seraient formées, et sous réserve que les autres conditions soient remplies, 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 selon lequel « 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 ».

À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance sera fondé, après consultation du bureau de la nationalité, à refuser la délivrance d'un CNF.

J'appelle votre attention sur le fait que le seul soupçon du 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 probantes au sens de l'article 47 précité.

Dans tous les cas, le bureau de la nationalité sera destinataire d'une copie du dossier et du certificat de nationalité française délivré ou du refus de délivrance opposé. Vous veillerez, par ailleurs, à informer le bureau de la nationalité de toutes difficultés liées à l'application de la présente circulaire.

Par arrêt du 12 décembre 2014, le Conseil d'Etat a rejeté un recours dirigé contre cette

circulaire. Les considérants de principe de cette décision sont les suivants :

11. Mais considérant 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 européenne 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 ;

12. Considérant, en quatrième lieu, que la circulaire attaquée ne méconnaît ni le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, ni les stipulations du protocole additionnel à la convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, non plus que celles de la convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ; qu'elle ne porte pas atteinte à l'exercice par l'autorité judiciaire de ses compétences ;

Il faut rappeler que le procureur de la République a le droit d'agir pour contester la nationalité de toute personne (article 29-3 du code civil) et que le certificat de nationalité ne fait foi de la nationalité que jusqu'à preuve contraire. Telle est la conclusion que l'on peut tirer de l'article 30 du code civil, dont l'alinéa 2 précise que la charge de la preuve incombe celui qui conteste la qualité de Français à un individu titulaire d'un tel certificat²⁷.

4. - L'interdiction de transcrire, en France, l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui

a. - La portée d'une transcription d'un acte d'état civil établi à l'étranger

L'article 47 du code civil prévoit 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,

²⁷ V., par exemple, Cass. 1^{ère} civ. 3 décembre 2008, Bull. n° 280

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.

Il résulte de ce texte que la transcription des actes de l'état civil dressés par des autorités étrangères n'est pas obligatoire. Elle a essentiellement pour but d'assurer une meilleure publicité. Ainsi, l'instruction générale relative à l'état civil (IGREC)²⁸ indique (n° 509) :

“En l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français ; en effet, en application de l'article 47 du code civil, la copie d'un acte de l'état civil étranger, traduite, et légalisée fait foi en France au même titre qu'une copie d'acte délivrée par une autorité française. C'est pourquoi la transcription est le plus souvent facultative et effectuée à la requête du ou des ressortissant(s) français”.

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthique²⁹, le Conseil d'État souligne que :

l'absence de transcription de l'acte d'état civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état civil soit reconnu et utilisé par les parents dans les actes de la vie courante (rapports avec les administrations, les écoles, les structures de soins...), d'autant que la formalité de la transcription ne revêt pour les couples concernés aucun caractère obligatoire. En effet, l'article 47 du code civil reconnaît la force probante des actes d'état civil dressés à l'étranger [Note de bas de page : Sauf s'il est établi qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité]. L'acte doit toutefois être traduit et, sous réserve de conventions contraires, être légalisé ou « apostillé » par les autorités compétentes.

Le Conseil d'Etat ajoute cependant :

Toutefois, dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie. Il convient de relever notamment qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation de l'enfant établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention,

²⁸ L'instruction générale relative à l'état civil (IGREC), élaborée en 1955, révisée en 1987, a été publiée au JO le 11 mai 1999. Elle a été modifiée le 29 mars 2002 puis le 2 novembre 2004. Elle constitue l'ouvrage de référence en matière d'état civil à l'usage des parquets et des officiers de l'état civil. Compte tenu des importantes réformes intervenues en droit des personnes et de la famille, un important travail de réactualisation est actuellement en cours, lequel a donné lieu à une première circulaire, le 28 octobre 2011, qui traite des divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

²⁹ Etude précitée note 10, notamment pages 63 et suivantes

lorsque celle-ci décède, l'enfant ne peut pas hériter d'elle, sauf à ce qu'elle l'ait institué légataire, les droits fiscaux étant alors calculés comme si l'enfant était un tiers.

Les implications de l'absence de transcription ont été également relevées par le groupe de travail présidé par la sociologue Mme Irène Théry, dont le rapporteur était Mme Anne-Marie Leroyer, professeur de droit, et qui avait été constitué par la ministre déléguée à la famille dans le cadre de la préparation d'un « projet de loi abordant les nouvelles protections, les nouvelles sécurités et les nouveaux droits pour les enfants ». Le rapport de ce groupe de travail, déposé en avril 2014, qualifie ces implications de « particulièrement graves ». Il relève notamment ce qui suit :

« Il est d'abord impossible à l'enfant d'obtenir un acte d'état civil français. Cela présente un inconvénient majeur pour l'enfant et ses parents. S'ils peuvent certes, en pratique, faire certaines utilisations de l'acte étranger, dès lors qu'il est légalisé ou apostillé, le risque réel est que cet acte soit rejeté ou contesté par les administrations, qui confrontés à un acte étranger, craignent systématiquement une fraude.

Inévitablement, même muni de cet acte étranger, les parents d'intention vont se trouver face à des difficultés concrètes majeures. Ils vont devoir obtenir pour l'enfant un titre de voyage et de séjour, puisque l'enfant n'a pas la nationalité française. Il existe certes des correctifs à cette solution introduits par le Conseil d'État et la Circulaire dite Taubira, mais il n'est pas certain que les solutions proposées demeurent, notamment eu égard à la dernière solution de la Cour de cassation qui n'admet plus que la filiation puisse être établie à l'égard du père biologique. Il est probable que les administrations n'admettent plus désormais que l'acte étranger prouve une filiation dont la validité risque d'être contestée en droit français puisque la Cour de cassation a estimé que la naissance est intervenue dans le cadre d'un processus frauduleux. Cette difficulté sera récurrente devant toutes les administrations, pour les inscriptions à l'école, ou encore la perception des prestations sociales. En outre, dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention³⁰.

Mais, à l'inverse, il convient de préciser que la transcription d'un acte de naissance n'est pas constitutive de droits. Il n'existe pas, pour les actes d'état civil, l'équivalent de l'article 171-5 du code civil, qui rend opposable, en France, l'acte de mariage d'un Français célébré à l'étranger et transcrits sur les registres de l'état civil français.

Comme l'écrivent M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon³¹,

³⁰ page 104 du rapport; ce rapport a été mis en ligne par la Documentation française

³¹ H. Fulchiron et C. 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 EDH*, paru à la Revue critique de droit international privé, n° 1-2015

“L’acte de l’état civil doit être distingué de l’état de la personne: il en est, en l’état actuel du droit, uniquement le mode de preuve. Il ne fait que prouver que tel événement (faits ou actes juridiques) intéressant l’état des personnes s’est produit à l’étranger ; il ne garantit nullement que l’état de la personne dont il atteste sera reconnu en France. Certes, des vérifications sont effectuées avant la transcription d’un acte étranger, mais en dehors du cas particulier du mariage des Français à l’étranger, il ne s’agit pas d’un contrôle approfondi de l’acte et encore moins de l’état des personnes qu’il contient. En particulier, ces contrôles n’ont rien de commun avec ceux effectués lors de la procédure d’exequatur d’une décision étrangère, procédure qu’il est impossible d’intenter, en l’état actuel du droit, les actes de l’état civil n’étant pas considérés comme des actes décisionnels”.

Les mêmes auteurs ajoutent cependant que :

“Si la transcription a été un enjeu majeur dans les affaires de gestation pour autrui (alors même que la transcription des actes de naissance est facultative), c’est parce que si elle n’équivaut pas à la reconnaissance de la filiation, elle permet tout de même l’inscription de « l’événement étranger » intéressant l’état civil dans les registres français de l’état civil. Surtout, à partir de la transcription, il peut être délivré aux intéressés des actes de l’état civil français relatifs à cet événement. Une fois les actes transcrits, les intéressés n’ont plus à utiliser leurs actes étrangers pour prouver leur état puisqu’ils peuvent obtenir autant de copie et d’extrait qu’ils souhaitent des actes français établis par transcription des actes étrangers. Et qui songe à soupçonner un contrat de gestation pour autrui lorsqu’on lui présente un acte de naissance français, spécialement lorsque les parents sont un couple hétérosexuel ? Ainsi, même si en théorie l’état de la personne et en l’occurrence la filiation, restent contestables, après la transcription de l’acte étranger, l’acte français obtenu par transcription masquera la GPA aux yeux de tous ceux à qui il est nécessaire de présenter un acte de naissance, notamment les administrations...”

b. - Les modalités de la transcription

Aux termes de l’alinéa 1^{er} de l’article 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962, modifié :

Les actes de l’état civil dressés en pays étranger qui concernent des Français sont transcrits soit d’office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l’état civil de l’année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des Affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires.

L’article 1^{er} du décret n° 2008-521, du 2 juin 2008, dispose que les agents relevant des autorités diplomatiques et consulaires françaises à l’étranger ont la qualité d’officier de l’état civil dans les conditions prévues par ledit décret. L’article 5, alinéa 2, du même décret précise que les agents mentionnés précédemment transcrivent sur les registres de l’état civil consulaire les actes concernant les Français, établis par les autorités locales, lorsqu’ils sont conformes aux dispositions de l’article 47 du code civil et sous réserve qu’ils ne soient pas contraires à l’ordre public.

c. - Le rôle du ministère public

Selon l'article 423 du code de procédure civile, le ministère public "*peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci*".

Dans un arrêt du 17 décembre 2008³², la Cour de cassation a admis, au visa de ce texte et de l'article 16-7 du code civil, la recevabilité de l'action du ministère public aux fins d'annulation de la transcription d'actes de l'état civil étrangers sur les registres français, celui-ci justifiant d'un intérêt à agir dès lors qu'il résultait des "*énonciations inscrites sur les actes d'état civil [qu'ils] ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui*".

Depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, l'action du ministère public est recevable en application de l'article 336 du code civil, précité, selon lequel "*la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi*".

Lorsque l'acte d'état civil a été transcrit par un agent consulaire, le procureur de la République territorialement compétent est celui de Nantes. Cette compétence résulte de l'article 1046 du code de procédure civile, qui ne vise que la rectification des erreurs et omissions purement matérielles mais dont il a été fait une règle générale. La loi du 17 mai 2013 a par ailleurs codifié, en créant l'article 34-1 du code civil, une règle non écrite selon laquelle les officiers d'état civil exercent leurs fonctions sous le contrôle du procureur de la République.

La circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, qui constitue le premier volet d'une mise à jour de l'IGREC, énonce, s'agissant des actions en contestation de la filiation engagées par le ministère public (n° 317) :

"Le parquet a qualité pour contester, depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la filiation (ordonnance du 4 juillet 2005), toute filiation dans deux hypothèses prévues par l'article 336 du code civil :

- si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable. Par exemple en présence d'une trop faible différence d'âge entre le parent et l'enfant, en cas de reconnaissance par une personne transsexuelle...

- en cas de fraude à la loi. Il en est par exemple ainsi en cas de reconnaissances multiples d'enfants afin de permettre l'acquisition d'un titre de séjour ou la nationalité française, de détournement de la prohibition de la gestation pour autrui, de fraude aux dispositions relatives à l'adoption...

Le ministère public peut agir pendant dix ans à compter de la naissance ou de la reconnaissance postérieure même en cas de possession d'état".

³² 1^{ère} Civ., 17 décembre 2008, n°07-20.468, Bull. n° 289

Elle précise également, s'agissant de l'adoption internationale (n°391) :

“La fraude à la loi empêche de reconnaître l'opposabilité en France d'une décision étrangère que des ressortissants français auraient volontairement sollicitée à l'étranger, pour bénéficier d'une loi étrangère moins sévère que la loi française. Sous réserve de l'appréciation des tribunaux, on pourrait considérer qu'est constitutif de fraude à la loi, le fait de détourner volontairement l'institution de l'adoption dans le seul but d'obtenir la nationalité française ou de dissimuler une filiation établie à l'étranger par contrat de gestation pour autrui.”

d. - L'interdiction, posée par la Cour de cassation, de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui

La Cour de cassation a été amenée à examiner la question de la transcription à l'état civil d'actes de naissance établis à l'étranger et concernant des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. Dans trois arrêts rendus le même jour³³, elle 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”. Elle en déduit qu'il ne saurait être donné effet, en France, à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger (premier arrêt) et qu'est justifié le refus de transcrire un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère donnant effet à une convention de cette nature (deuxième et troisième arrêts). Il est à noter que, dans les deux dernières affaires, le ministère public avait lui-même demandé la transcription des actes de naissance afin de faire ensuite annuler cette transcription. Les demandeurs de l'affaire 09-66.486 soutenaient qu'il était, pour cette raison, irrecevable à solliciter l'annulation de cette transcription. La Cour de cassation a rejeté ce moyen en relevant que le ministère public justifiait d'un intérêt général pour la défense de l'ordre public. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une telle pratique n'est pas de nature à affecter l'équité de la procédure³⁴.

Dans deux arrêts du 13 septembre 2013, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de la transcription des actes de naissance d'enfants nés en Inde à la suite d'une gestation pour autrui, de mères indiennes et de pères français³⁵. Ces derniers, qui avaient préalablement reconnu les enfants en France, avaient vainement sollicité la transcription des actes de naissances établis en Inde. Ces deux affaires se distinguent des précédentes par le fait qu'il n'était pas contesté que les actes de naissance établis en Inde étaient conformes à la réalité biologique, du moins dans sa

³³ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011 : n° 09-17.130, Bull. n° 70, n° 09-66.486, Bull. n° 71 et 10-19.053, Bull. n°72

³⁴ Arrêt du 26 juin 2014, *Mennesson c/France*, req. 61192/11, § 110

³⁵ Cass. 1^{ère} civ. pourvois n° 12-18.315 et 12-30.138, Bull n°176

conception française, rappelée plus haut³⁶. Dans les deux cas, en effet, le père déclaré sur l'acte de naissance avait fourni les gamètes et la mère déclarée était bien la femme qui avait accouché. C'est cette conformité à la réalité biologique qui avait conduit la cour d'appel, dans la seconde affaire, à admettre la transcription de l'acte de naissance sur le registre de l'état civil consulaire. La Cour de cassation a cassé cette décision au motif qu'en l'état du droit positif, le refus de transcription est justifié « *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 [articles 16-7 et 19-9 du code civil]* ». La Cour de cassation a statué à l'identique le 19 mars 2014 dans une affaire similaire³⁷. Dans l'autre affaire, la cour d'appel avait refusé d'ordonner la transcription, retenant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un contrat de gestation pour autrui prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, contraire à l'ordre public, le père ayant versé à la mère porteuse un salaire de 1 500 euros. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi par le même motif que celui qu'elle a utilisé dans son autre arrêt pour prononcer une cassation. Elle a ajouté qu' « *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention (...) ne sauraient être utilement invoqués* ». Sur ce même fondement et après avoir souligné que l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel en ce qu'elle avait annulé la reconnaissance de paternité. On relèvera que, dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a abandonné le fondement de l'ordre public international, qu'elle avait retenu dans les arrêts de 2011, au profit de la fraude.

Dans son rapport dans l'affaire 09-17130 ayant donné lieu à l'un des arrêts du 6 avril 2011, Mme le conseiller Dreifuss-Neitter écrivait :

Création prétorienne de la seconde moitié du 19^{ème} siècle (F.Dournaux, la notion de fraude en droit privé français, thèse Paris I, 2008), la notion de fraude a été affirmée avec éclat dans l'affaire de la Princesse de Bauffremont, à une époque où la loi française n'admettait pas le divorce (18 mars 1878, B.Ancel et Y.Lequette Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préf H.Batiffol, 5^{ème} édition, Dalloz 2006, no6). La Cour de cassation avait estimé que la princesse, en établissant son domicile dans l'Etat de Saxe-Altenbourg, afin d'en obtenir la nationalité, avait agi "dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise" et que dès lors, les actes "ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont".

³⁶ Pour une approche critique de la règle selon laquelle la mère est la femme qui accouche, v. le rapport Théry/Leroyer, précité. Il y est notamment observé que la législation d'autres pays fait une place à la mère gestatrice (page 89 et pages 190 et s.)

³⁷ Cass 1^{ère} civ., n° 13-50005, Bull n°45

Indépendamment du contexte international, la fraude a été ainsi définie par un auteur (J.Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe "fraus omnia corrumpit", thèse Toulouse 1956, p.208): "il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution de la règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif".

Distincte tant de la violation de la loi que de l'habileté permise dans l'utilisation des règles juridiques (J.Ghestin et G.Goubeaux, Traité de droit civil, 4^e éd LGDJ 1994, no 822 à 826; Ph.Malaurie et L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, 3^e éd Defrénois 2007, no 654), elle a récemment fait l'objet d'une définition d'après un double critère, l'illégitimité du résultat et l'anormalité du moyen (F.Dournaux, thèse précitée):

elle suppose "qu'un procédé spécifique a été mis en oeuvre pour parvenir à un résultat illégitime que l'existence d'une règle impérative aurait dû empêcher d'atteindre ou du moins entraver".

Trois éléments doivent être réunis pour qu'il y ait fraude à la loi en droit international privé :

- 1°) une loi normalement compétente sur le rapport de droit en cause (élément légal) ;
- 2°) une modification volontaire de ce rapport de droit par l'une au moins des parties (élément matériel) ;
- 3°) un but exclusif attaché à cette modification : la soustraction du rapport de droit à la compétence de la loi applicable (élément moral)³⁸.

Quant à la sanction, elle consiste à priver d'efficacité la fraude afin de préserver l'autorité de la loi fraudée.

Dans le rapport initial qu'elle a déposé dans l'affaire, n°12-18.315, ayant donné lieu à l'arrêt du 13 septembre 2013 où elle était co-rapporteur avec Mme Le Cotty, Mme le conseiller Dreifuss-Neitter écrivait :

Par rapport aux circonstances ayant donné lieu aux arrêts de 2011, il apparaît immédiatement une différence essentielle: l'acte de naissance de l'enfant E. mentionnait comme mère la gestatrice et comme père le commanditaire de la GPA. Or les arrêts de 2011, bien qu'énonçant de manière générale que la convention de GPA ne peut produire effet en droit français, ont expressément statué au regard du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, considéré comme principe essentiel du droit français faisant partie de l'ordre public international du pays.

L'ensemble des commentateurs, s'appuyant sur les rapports et les avis des avocats généraux dans ces affaires, ont fait ressortir que la Cour de cassation avait voulu faire obstacle à ce qu'un acte de naissance, fût-il régulièrement obtenu à l'étranger,

³⁸ 1^{re} Civ., 17 mai 1983, n°82-11.290, Bull. 1983, I, n°147

mentionnât comme mère une autre femme que celle qui avait accouché, puisqu'en droit français, la mère de naissance ne peut être que celle qui accouche.

Ainsi, le présent litige se présente-t-il de façon radicalement différente des précédents, en ce que seule la paternité était en cause, M. Foulon ne se présentant pas comme en couple, ni avec une femme, ni avec un homme. En outre, les raisons juridiques qui s'opposaient à la transcription dans les affaires précédentes ne se retrouvent pas en l'espèce.

Comme le faisait observer Mme le conseiller Le Cotty dans son rapport complémentaire relatif aux affaires de 2013, il est d'autres cas dans lesquels une reconnaissance de filiation doit être annulée, alors même qu'elle correspond à la vérité biologique. Ainsi, selon l'article 310-2 du code civil, lorsqu'il existe des empêchements à mariage entre les parents, la filiation étant établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit. L'enfant reconnu par sa mère ne peut donc être reconnu par son père, le frère de celle-ci. La seconde reconnaissance est annulée, bien qu'elle corresponde à la réalité biologique (et le frère de la mère biologique ne peut davantage adopter cet enfant³⁹). De même, l'article 320 du code civil prévoit que tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie "fait obstacle" à l'établissement d'un lien de filiation contraire. Il a pour conséquence qu'une reconnaissance antérieure fait obstacle à une reconnaissance concurrente faite ultérieurement par une personne du même sexe, quand bien même la seconde serait conforme à la vérité biologique. Enfin, à partir de son placement en vue d'une adoption plénière, l'enfant sans filiation ne peut plus être reconnu par ses auteurs biologiques, sa filiation par le sang ne pouvant plus être légalement établie (cf art. 352 du code civil : "le placement en vue de l'adoption (...) fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance"⁴⁰).

e. - La prise en compte de l'intérêt de l'enfant et du respect de la vie familiale

L'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁴¹ stipule :

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.

L'intérêt de l'enfant est par ailleurs un principe constitutionnel résultant du dixième

³⁹ Cass. 1ère Civ., 6 janvier 2004, n°01-01.600, Bull. n° 2

⁴⁰ V. en ce sens, par exemple, Cass. 1ère civ., 1er juin 2011, n°10-19.028, Bull n°104 et n°10-20.554, Bull n°105

⁴¹ Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989

alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁴².

Se fondant sur l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour de cassation juge que "*dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*"⁴³. Aussi censure-t-elle les décisions qui se prononcent sur des mesures affectant un enfant sans rechercher l'intérêt de celui-ci⁴⁴. Mais, dès lors qu'ils font cette recherche, l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁴⁵.

Quant au droit au respect de la vie familiale, il est consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, déjà évoqué, lequel stipule :

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.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, "*là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille*"⁴⁶.

La Cour rappelle que la notion de "vie familiale", telle qu'elle est interprétée par sa jurisprudence, "ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette « cellule

⁴² Conseil constitutionnel, décision du 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, Bull. n° 212

⁴⁴

V., par exemple, Cass. 1^{ère} civ. 13 mars 2007, n° 06-17.869, à propos de la fixation de la résidence d'un enfant ; Cass 1^{ère} civ. 8 novembre 2005, 02-18360, à propos du choix d'une école

⁴⁵

Cass. 1^{ère} Civ., 27 mars 2008, n°07-14.301, Bull n°404 ; Cass 1^{ère} Civ., 19 novembre 2009, n°09-68.179 à propos de l'autorité parentale et la résidence habituelle des enfants ; 1^{ère} Civ., 1er juin 2011, n°10-19.028, Bull. n°105, à propos du placement d'un enfant en vue de son adoption ; Cass 1^{ère} Civ., 15 février 2012, n°11-19.963 et 10-27.512, Bull. n°32, à propos du choix du prénom de l'enfant ;

⁴⁶ V. notamment CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c. Pays-Bas, n°18535/91, §32 ; CEDH arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01, § 119

familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci”⁴⁷.

Dans l’arrêt Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, la Cour a étendu la notion de “vie familiale” à la relation entre les membres d’un couple homosexuel se trouvant dans la même situation qu’un couple hétérosexuel.

La notion de “vie familiale” a également été étendue aux relations entre les membres d’un couple homosexuel et l’enfant de l’un deux⁴⁸.

Toutefois, la Cour juge que les dispositions de l’article 8 de la Convention ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d’adopter : *“Le droit au respect d’une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l’existence d’une famille”*⁴⁹.

Le Conseil d’Etat prend en compte l’intérêt supérieur de l’enfant en matière de titres de séjour. Il a ainsi décidé qu’un document de voyage devait être délivré à des jumelles nées d’une gestation pour autrui réalisée à l’étranger pour qu’elles puissent séjourner en France auprès de l’homme qui les avait reconnues⁵⁰ :

“Le géniteur qui a reconnu les jumelles nées d’une gestation pour autrui pratiquée en Inde peut faire venir ses filles en France. Toutefois la délivrance d’un document de voyage n’anticipe pas la reconnaissance en France de sa paternité frauduleusement acquise.

La circonstance que la conception des enfants, nés à l’étranger au terme d’une procédure de gestation pour autrui, aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l’ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l’obligation, faite à l’administration par les stipulations de l’article 3-1 de la convention relative aux droits de l’enfant, d’accorder une attention primordiale à l’intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant.

Il est vrai, qu’il n’appartient qu’au tribunal de grande instance de Nantes de se prononcer sur le bien-fondé du refus opposé par le procureur de la République à la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres de l’état civil français et que seule l’autorité judiciaire pourrait trancher une éventuelle contestation portant sur le droit de ces enfants à bénéficier de l’article 18 du code civil.

Toutefois, le juge des référés, qui n’a pas enjoint à l’administration de délivrer un passeport aux enfants, dont les parents entendent qu’ils soient élevés en France par leur père, mais seulement un document de voyage leur permettant d’entrer sur le

⁴⁷ arrêt du 1er juin 2004, L. c. Pays-Bas, n°45582/99, § 35

⁴⁸ CEDH, arrêt du 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, n°25951/07 §37

⁴⁹ CEDH, arrêt du 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, série A n°31, § 31

⁵⁰ Conseil d’Etat, 4 mai 2011, n° 348778, Ministre d’Etat, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin

territoire national - ce qui peut prendre la forme du laissez-passer prévu par le D. no2004-1543, 30 déc. 2004 (...) - s'est ainsi borné à prendre une mesure provisoire, conformément à son office, sans empiéter sur les compétences réservées par la loi à l'autorité judiciaire".

Toutefois, il ne s'agissait pas d'un contentieux portant sur la filiation, laquelle n'est pas tranchée par le juge administratif, ni même d'une question de nationalité.

Commentant cet arrêt, Mme Isabelle Corpart indique qu'à le lire trop vite "on pourrait penser que quand bien même la conception des enfants "aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français", toute convention de gestation pour autrui devrait produire effet au nom de l'intérêt de l'enfant. Tel n'est pas le cas car seules les circonstances de l'affaire justifient la solution : si les jumelles n'avaient pas été admises à venir en France, on pouvait s'inquiéter de leur sort puisque leur mère biologique avait clairement manifesté son désintérêt".

Elle conclut toutefois : "sans doute peut-on retenir de ces deux décisions que le Conseil d'Etat retient une conception concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors que les éléments du dossier étayaient ou non la demande du père, elle doit se voir accueillie ou rejetée. Cependant, en aucune façon, il ne suffit d'affirmer qu'il est préférable que les enfants suivent leur père et que tel est leur intérêt"⁵¹.

Dans un arrêt du 17 novembre 2010⁵² la Cour de cassation a jugé que l'intérêt de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi.

"attendu qu'ayant relevé que M. Ibrahim avait produit au consulat de France une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de son épouse, c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi, étant observé en outre que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, reste titulaire d'un acte de naissance marocain".

En l'espèce, il s'agissait de l'annulation d'un acte de naissance établi par le consulat de France à Casablanca, sur la base d'une déclaration de celui se présentant comme son père et d'un faux certificat d'accouchement de son épouse. L'acte de naissance désignait comme père et mère le couple français auquel l'enfant, né au Maroc et abandonné à sa naissance, avait été confié en kafala. Le moyen invoquait l'intérêt supérieur de l'enfant, consistant "notamment à avoir une filiation établie à l'égard des personnes l'ayant recueilli dans le cadre d'une kafala", lequel devait "primer sur la nécessité de sanctionner les déclarations erronées de ces personnes". Il soutenait qu'en "refusant à un enfant né au Maroc et abandonné à sa naissance, le bénéficiaire d'un acte de naissance établissant sa filiation à l'égard des parents français qui l'avaient recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de kafala, la cour d'appel avait violé

⁵¹ I. Corpart, [La régularisation des sans-papiers ; La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi], Dr. Fam. n°3, mars 2013, comm. 42 [Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions], JCP G. n°7, 11 février 2013

⁵² Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n°09-68.399, Bull. n° 236

l'article 3§1 de la CIDE". Le droit au respect de la vie familiale était également invoqué dans les mêmes conditions et la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soulevée.

Comme le faisait observer Mme le conseiller Le Cotty dans son rapport relatif au pourvoi n° 12-18315, la Cour de cassation a pris soin, dans cette affaire, de relever que l'enfant était titulaire d'un acte de naissance et d'une nationalité marocaine, de sorte qu'on pouvait se poser la question de savoir si la solution aurait été différente si l'enfant avait été apatride ou si aucun acte d'état civil étranger n'avait été dressé.

Commentant cet arrêt, M. Dominique Martel⁵³ a pu relever que *"manifestement, ne pas disposer d'état civil serait contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans un tel cas, il faudrait admettre que le juge puisse éluder la sanction de la fraude sur le fondement de l'article 3-1 de la CIDE qui est directement applicable en droit interne (...) L'idée d'une éviction de la sanction de la fraude à la loi au visa de l'article 3-1 de la CIDE n'apparaît donc pas incongrue sur le principe"*. Il faisait un parallèle intéressant entre l'arrêt commenté et le cas de gestations pour autrui en estimant que *"l'avenir - du moins en droit - de ces enfants paraît dès lors promis à de nombreuses difficultés puisqu'il sera impossible de leur conférer une filiation à l'égard des parents d'accueil ou de la mère porteuse, tout comme il est impossible de leur conférer leur nationalité (alors même qu'il s'agit d'un droit protégé par l'article 7-1 de la CIDE). Dans cette hypothèse, il serait parfaitement envisageable et légitime de contrôler in concreto la conventionnalité du contenu de l'ordre public international et de la fraude à la loi, au regard de la CIDE"*. Mais il ajoutait que lorsque, à titre exceptionnel, on ne sanctionne pas la fraude, il est nécessaire d'en avoir une acception stricte. *"Dans le cas contraire, les méthodes du droit international privé seraient mises à trop rude épreuve."* Il retenait qu'*"il y a atteinte à l'intérêt de l'enfant lorsqu'il n'existe aucun substitut à l'établissement d'un lien de filiation mais estime que le droit français prend en considération l'intérêt de l'enfant lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi, en rappelant les dispositions de l'article 337 du code civil précité, qui laisse au juge le choix d'un large éventail de mesures qui peuvent fort bien être une délégation d'autorité parentale (alors que précédemment l'ancien article 311-13 ne prévoyait qu'un droit de visite). Comme pour la kafala, il s'agit là d'un substitut efficace au lien de filiation pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Le domaine du contrôle de conventionnalité devrait donc être assez réduit pour ne pas perturber la mise en oeuvre des règles de droit international privé"*.

Dans les trois arrêts du 6 avril 2011, précités, la Cour de cassation a jugé que le refus de donner effet à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation d'un enfant né à la suite du gestation pour autrui ou de transcrire un acte de naissance né dans les mêmes conditions ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dès lors qu'il ne les prive pas de la

⁵³ D. Martel *Fraus omnia corrumpit...*, JCP n°11, 14 mars 2011, 302, cité par Mme Le Cotty dans son rapport dans l'affaire 12-18315

filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec leurs parents d'intention en France.

Dans l'arrêt du 13 septembre 2013⁵⁴, également précité, la Cour de cassation est allée plus loin puisqu'elle a jugé inopérants les arguments fondés sur les normes internationales relatives à l'intérêt de l'enfant ou du droit au respect de la vie privée et familiale: *"..en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués"*. Le commentaire paru au rapport annuel de la Cour de cassation⁵⁵ indique *"faire prévaloir la situation concrète des enfants en cause dans tous les cas aboutirait à priver de toute effectivité non seulement les dispositions du droit interne mais aussi celles édictées par d'autres conventions internationales destinées à protéger les enfants des trafics, notamment en matière d'adoption"*.

Ainsi que le font apparaître les nombreux extraits d'articles reproduits par Mme le conseiller Le Cotty dans le rapport qu'elle a rédigé dans le pourvoi 13-50.005 (Cass 1^{ère} civ., 19 mars 2014, Bull n°45) et auquel on pourra se reporter utilement, une large partie de la doctrine a approuvé cette position dans laquelle elle a vu un moyen de "fermer la porte à toute tentative de contournement de l'ordre public français" et un refus de l'instrumentalisation des droits de l'homme", tout en soulignant qu'il "n'appartient pas aux juges d'admettre de donner un effet juridique, même indirect, [à la pratique de la gestation pour autrui] et que "l'admission de la transcription déclencherait en effet un engrenage inévitable".

En revanche d'autres auteurs, moins nombreux, ont fait valoir que les enfants dont l'acte de naissance ne peut être transcrit se retrouvent dans une situation dont le caractère précaire est accentué par le fait que la multiplication des actes falsifiés ou apocryphes, combinée à la facilitation de la remise en cause de la force probante des actes étrangers par les réformes dont l'article 47 du code civil a fait l'objet, a provoqué une réelle méfiance des administrations à l'égard des documents étrangers d'état civil.

La formule selon laquelle ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni le respect de la vie familiale ne saurait être invoqué en cas de gestation pour autrui ne figure pas dans l'autre arrêt du 13 septembre 2013, précité⁵⁶, ni dans celui du 19 mars 2014, précité⁵⁷ car il s'agit d'arrêts de cassation. Mais, dans les conclusions qu'il a prononcées dans cette dernière affaire, M. l'avocat général Jean a émis des doutes sur la compatibilité, avec la Convention européenne des droits de l'homme, du refus érigé en principe de prendre en compte l'intérêt de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale. Il rappelait que *"les juges français, comme tous les autres juges nationaux, au regard des traités*

⁵⁴ n° 12-18.315, Bull n°176

⁵⁵ Rapport annuel 2013, p. 531

⁵⁶ n° 12-30.138, Bull n°176

⁵⁷ n° 13-50005, Bull n°45

signés, doivent intégrer dans leur raisonnement la jurisprudence européenne, ainsi que l'a rappelé la Cour EDH dans l'arrêt de Grande Chambre Fabris c. France du 7 février 2013 no 16574/08 après les arrêts Wagner du 28 juin 2007 précit. et Magnin c. France no 26219 du 10 mai 2012" et que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, "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"⁵⁸. Il n'en déduisait pas pour autant que l'intérêt de l'enfant et le droit au respect de la vie familiale devaient nécessairement conduire à reconnaître un acte de naissance établi à l'étranger à la suite de la gestation pour autrui, les Etats signataires disposant, sur cette question, d'une marge d'appréciation étendue, au vu des différences de législation relatives à la gestation pour autrui en Europe pour rechercher un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et la protection de l'ordre public. Aussi invitait-il la Cour de cassation à revenir à sa jurisprudence de 2001 en intégrant l'intérêt de l'enfant dans le débat. Dans le cas d'espèce, il estimait que l'intérêt de l'enfant ne s'opposait pas au refus de transcrire son acte de naissance.

f. - L'adoption, en France, d'un enfant né à la suite d'une procréation médicale assistée pratiquée à l'étranger

La Cour de cassation a rendu, le 22 septembre 2014, deux avis identiques qui ne portent pas sur la transcription d'un acte de naissance faisant suite à une gestation pour autrui mais sur une question avec laquelle il est intéressant de faire un parallèle, puisqu'il s'agissait de savoir si la circonstance qu'un enfant est né grâce à une assistance médicale à la procréation pratiquée à l'étranger, dans des conditions (insémination artificielle avec donneur anonyme) qui ne sont pas permises en France, fait obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation. La Cour a répondu qu'il n'y a pas d'obstacle, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant⁵⁹.

Dans le communiqué qu'elle a publié relativement à ces avis, la Cour de cassation indique que :

En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi du 17 mai 2013 a eu pour effet de permettre l'adoption de l'enfant de l'un des deux conjoints par l'autre conjoint de même sexe.

Cependant, la législation française relative à l'assistance médicale à la procréation (AMP) n'a pas été modifiée : elle ne prévoit d'accès à l'AMP que pour les couples formés d'un homme et d'une femme, qui souffrent d'une infertilité médicalement diagnostiquée ou pour lesquels existe un risque de transmission soit à l'enfant, soit à un membre du couple, d'une maladie particulièrement grave.

Certaines juridictions ont estimé que, lorsque des femmes recouraient à une

⁵⁸ Ass. Plénière 15 avril 2011, n°10-30.313, Bull crim Ass Plén n°3 et 10-30.316, Bull crim. Ass Plén n°4

⁵⁹ Cass Avis n°14-70006 Bull n°6 et 14-70007, Bull Avis n°7

insémination artificielle avec donneur anonyme faite à l'étranger, elles commettaient une fraude à la loi justifiant que la demande d'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère soit rejetée. Pour ces juridictions, la demande d'adoption était l'ultime étape d'un processus d'ensemble destiné à contourner la loi française en matière d'AMP.

L'avis de la Cour de cassation a été demandé sur le point de savoir si l'AMP par insémination artificielle avec donneur anonyme, pratiquée à l'étranger, par une femme en couple avec une autre femme, constituait une fraude interdisant l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant ainsi conçu.

Dans deux avis, la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme pratiquée à l'étranger. En effet, en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français.

La Cour tire ainsi les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par l'adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant.

La Cour rappelle cependant que, conformément à l'article 353 du code civil et aux engagements internationaux de la France, l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions légales sont remplies et si cette même adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Ces avis ont été rendus sur les conclusions conformes de l'avocat général.

Ainsi il apparaît que la différence que la Cour de cassation fait entre le sort d'un enfant né à la suite d'une procréation médicale assistée pratiquée dans des circonstances qui interdiraient son usage en France et celui d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui s'explique par le fait que, contrairement à la première, la seconde est interdite dans son principe même.

Comme l'avait écrit auparavant M. Hugues Fulchiron, cité dans le rapport de Mme le conseiller Le Cotty⁶⁰, *“pour que la sanction encourue soit aussi radicale, encore faut-il que la règle contournée soit d'une force particulière (l'interdiction du divorce jadis, la protection de la réserve naguère). Dans le cas de la GPA, sont invoqués les principes de l'indisponibilité de l'état, de la prohibition de la marchandisation du corps humain, de respect de la dignité de la femme...Mais dans le cas de l'IAD ? Le refus de l'IAD au profit d'une femme seule ou d'un couple de femmes a, on le sait, été affirmé et réaffirmé par le législateur français: il tient, à la fois, à la conception thérapeutique des PMA et à l'attachement de notre droit au modèle « biologique » de la filiation selon lequel un enfant est l'enfant d'un homme et d'une femme, quand bien même ceux-ci devraient recourir aux gamètes d'un tiers. Mais aussi importants que soient ces principes, force est de constater qu'ils n'ont rien d'absolu en droit français. Il y a beau temps qu'est admise l'adoption par une personne seule ; et en ouvrant l'adoption aux époux de*

⁶⁰ 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”*, Rec. Dalloz 2014 p. 1162

même sexe, le législateur a consacré, quoi qu'on en pense, la filiation « monosexuée ». A l'évidence, une chose est d'assurer la prise en charge d'un enfant, une autre de le « créer », et non plus seulement de le « procréer », pour répondre au désir des adultes".

Les avis du 22 septembre 2014 ne remettent donc pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui. Il faut toutefois relever que ces avis ont pu être également commentés sous l'angle de la libre circulation des personnes et de la libre prestation de services (qui inclut les services médicaux) consacrées par le droit de l'Union européenne. Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Bellivier rappellent ainsi que la qualification de "service", au sens du droit de l'Union, est indépendante de toute appréciation morale qu'on peut porter sur le service concerné et que, en vertu de ce droit, les personnes qui souhaitent bénéficier d'un service offert dans autre Etat membre ne doivent pas en être empêchées. *"Conséquence logique des libertés de circulation en général, cette possibilité du " tourisme médical " n'a pu qu'être renforcée par la directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers dont la simple existence (et a fortiori le contenu, et notamment les règles présidant au remboursement des soins obtenus en dehors du pays d'affiliation à un système de sécurité sociale) atteste non seulement la possibilité mais encore la légalité, au sens du droit de l'Union, du " tourisme médical " ⁶¹.*

Les principes ainsi rappelés ne s'appliquent bien entendu qu'au sein de l'Union européenne. Pour les raisons qui ont été déjà exposées, on ne peut les étendre tels quels lors des pays tiers sont en cause.

B. - La remise en cause imposée la Cour européenne des droits de l'homme

Les arrêts rendus le 26 juin 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme⁶² imposent de reconsidérer la jurisprudence de la Cour de cassation au regard du droit au respect de la vie familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶³. La motivation et la portée de ces arrêts doit être examinée de manière approfondie. Mais, pour mieux cerner les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas inutile de mentionner également d'autres arrêts récents de la même Cour, antérieurs et postérieurs aux arrêts Mennesson et Labassée et qui portent sur la même question.

⁶¹ S. Hennette-Vauchez et F. Bellivier, Chronique *Bioéthique* à paraître dans le numéro 2015 de la revue *Droits, sciences et techniques*

⁶² Mennesson et Labassée, précités

⁶³ Il convient de rappeler que la Cour de cassation a énoncé, en assemblée plénière, 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 (Cass. Ass. Plénière, 15 avril 2011, n° 10-30.313 et 10-30.316).

1° Arrêt Wagner et J.M.W.L c/Luxembourg, du 28 juin 2007⁶⁴

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le refus par les juges luxembourgeois de reconnaître un jugement péruvien qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant par une ressortissante luxembourgeoise, au motif que la loi luxembourgeoise réservait l'adoption plénière aux seuls couples mariés, est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant "*qui doit primer dans ce genre d'affaires*". Ainsi, selon la Cour, "*les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.*"

Il faut cependant observer que la Cour prend soin de relever que la question de l'adoption par des célibataires se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe (une étude de la législation des Etats membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise sans limitation dans la majorité des 47 pays) et surtout qu'il existait au Luxembourg une pratique, selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de l'enfant. Une fois au Luxembourg, elle et sa mère adoptive pouvaient légitimement s'attendre à ce que le jugement péruvien soit transcrit. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises, lesquels rejetèrent la demande d'exequatur. La Cour estime que le refus d'exequatur ne tient pas compte de la réalité sociale de la situation. Il est intéressant de noter que la Cour fait ici une place aux attentes que les intéressés pouvaient légitimement avoir quand à la manière dont leur situation serait réglée.

2° Arrêt Chavdarov c/ Bulgarie du 21 décembre 2010⁶⁵

M. Chavdarov, ressortissant bulgare résidant en Bulgarie vivait avec une femme mariée qui donna naissance à trois enfants. L'époux de la femme apparaissait comme père des enfants dans leurs actes de naissance et les enfants portent son nom de famille. Le couple qu'il formait avec la mère des enfants s'étant séparé, M. Chavdarov voulut reconnaître ces derniers. Cependant le droit bulgare n'offre pas de possibilité de contester la présomption de paternité de l'époux. Aussi M. Chavdarov saisit-il la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de l'article 8 de la Convention. La Cour constate que l'existence de la famille formée par M. Chavdarov et les trois enfants n'a été menacée à aucun moment ni par les autorités ni par la mère ou son mari. La Cour prend également en compte la marge d'appréciation confiée à l'Etat dans la réglementation des relations de filiation, et constate qu'il n'y a pas de consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne doit permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari. Elle

⁶⁴ n° 76240/01, précité

⁶⁵ n° 3465/03, précité

souligne que même si M. Chavdarov ne peut pas tenter d'action en contestation de la filiation paternelle des trois enfants, le droit interne ne le privait pas de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis de ceux-ci ou de pallier les inconvénients d'ordre pratique engendrés par l'absence d'un tel lien (il pouvait notamment solliciter l'adoption des enfants, ou demander aux services sociaux le placement des enfants sous sa responsabilité en tant que proche personne de mineurs abandonnés). Etant donné qu'il n'a pas démontré s'être prévalu de ces possibilités, la Cour considère qu'il ne saurait tenir les autorités de l'Etat pour responsables de sa propre passivité. En conséquence elle conclut, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8. Cet arrêt a notamment pour intérêt de rappeler que c'est au regard des difficultés concrètes rencontrées par les personnes concernées que la Cour examine si leurs droits ont été méconnus. Cette approche est également celle qu'elle retient dans les arrêts *Menesson et Labassée*.

3° Arrêts du 26 juin 2014, *Menesson et Labassée*

a. - Le contenu des arrêts

Ces arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme font suite à deux des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011, précités. Les requérants dans la première affaire étaient les époux *Menesson*, ressortissants français, ainsi que V. *Menesson* et F. *Menesson*, ressortissantes américaines, jumelles nées en 2000. Dans la seconde affaire il s'agissait des époux *Labassée*, ressortissants français, ainsi que J. *Labassée*, ressortissante américaine née en 2001. V. et F. *Menesson* et J. *Labassée* sont nées à l'issue d'une gestation pour autrui pratiquée aux Etats-Unis avec l'implantation d'embryons dans l'utérus d'une autre femme, issus des gamètes de M. *Menesson* dans un cas, et de M. *Labassée* dans l'autre. Dans les deux cas, l'ovule provenait d'un don. Des jugements, prononcés aux Etats-Unis indiquent que les époux *Menesson* sont les parents des jumelles et que les époux *Labassée* sont les parents de J..

Ainsi qu'il a été dit précédemment, la Cour de cassation avait jugé, dans ces deux affaires, qu'il ne saurait être donné effet, en France, à une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation résultant d'une gestation pour autrui et qu'est justifié le refus de transcrire un acte de naissance d'un enfant né dans les mêmes conditions. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le droit à la vie familiale des parents et des enfants n'avait pas été méconnu. En revanche il y a eu violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

La Cour a examiné de manière très minutieuse les différents aspects de la question, de sorte qu'il est nécessaire de reproduire de larges extraits de sa décision *Menesson* pour en apprécier exactement la portée :

Le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial mentionné sur un acte d'état civil établi à l'étranger s'analyse en une « ingérence » dans leur droit au respect de la vie familiale et de la vie privée des intéressés. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 de la Convention sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est «

nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi. En l'espèce, compte tenu de l'existence des articles 16-7 et 16-9 du code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation, on doit considérer que l'ingérence est prévue par la loi française. Par ailleurs la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui sont des buts légitimes au sens du paragraphe 2 de l'article 8. Enfin, en l'absence de consensus entre les Etats sur ces questions, ceux-ci doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non 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.

Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait la France en l'espèce. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution en ayant égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer. A cet égard, il faut distinguer le droit des requérants au respect de leur vie familiale, d'une part, et le droit des enfants au respect de leur vie privée, d'autre part.

S'agissant du premier point, le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation affecte nécessairement la vie familiale des intéressés. La cour d'appel de Paris a reconnu en l'espèce que la situation ainsi créée engendrait des difficultés concrètes. En outre, dans son rapport de 2009 sur la révision des lois de bioéthique, le Conseil d'État a souligné que, « dans les faits, la vie de ces familles est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie ». Ainsi, ne disposant pas d'actes d'état civil français ou de livrets de famille français, les requérants se voient contraints de produire les actes d'état civil américain – non transcrits – accompagnés d'une traduction assermentée chaque fois que l'accès à un droit ou à un service nécessite la preuve de la filiation, et se trouvent vraisemblablement parfois confrontés à la suspicion, ou à tout le moins à l'incompréhension, des personnes auxquelles ils s'adressent. Ils évoquent à cet égard des difficultés lorsqu'il s'est agi d'inscrire V. et F. Mennesson à la sécurité sociale, à la cantine scolaire ou à un centre aéré et de déposer des demandes d'aides financières auprès de la caisse d'allocations familiales. Par ailleurs, le fait qu'en droit français les enfants n'ont pas de lien de filiation avec les requérants a pour conséquence, du moins à ce jour, qu'elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité française. Cette circonstance est de nature à compliquer les déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes – fussent-elles infondées, comme l'affirme le Gouvernement quant au droit de séjour des enfants en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale. Le Gouvernement soutient qu'eu égard notamment à la circulaire de la garde de Sceaux du 25 janvier 2013, les enfants peuvent obtenir un certificat de nationalité française sur le fondement de l'article 18 du code civil. Cependant des

interrogations subsistent quant à cette possibilité. En effet, aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or la détermination juridique des parents est précisément au cœur des requêtes soumises à la Cour. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française de V. et F. Mennesson et de J. Labassée. Le Gouvernement tire également argument de l'article 47 du code civil. Ce texte précise que les actes d'état civil établis à l'étranger et rédigés dans les formes utilisées dans les pays concernés font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. Du reste, la demande déposée à cette fin le 16 avril 2013 au greffe du tribunal d'instance de Paris par M. Mennesson était toujours sans effet onze mois plus tard : le greffier en chef a indiqué le 31 octobre 2013 puis le 13 mars 2014 qu'elle était « en cours », « en attente du retour de la demande d'authentification transmise au consulat de Los Angeles ». À cela s'ajoutent des inquiétudes fort compréhensibles quant au maintien de la vie familiale entre les parents et les enfants en cas de décès des parents ou de séparation du couple.

Cependant, quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, il convient de se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation. Or les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. Les requérants ont pu tous s'établir en France peu de temps après la naissance des enfants, ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français. La Cour observe en outre que pour rejeter les moyens que les requérants développaient sur le terrain de la Convention, la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des enfants ne les empêchait pas de vivre avec les requérants en France. La Cour en déduit qu'en l'espèce, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire Wagner et J.M.W.L., les juges français ne se sont pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils ont estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la

Convention. Par conséquent, un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.

S'agissant du respect de la vie privée, il exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation. Or, en l'état du droit positif, V. et F. Mennesson et J. Labassée se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec respectivement les époux Mennesson et Labassée est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit américain, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu'elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. Pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française.

Par ailleurs, même si l'article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d'acquérir une nationalité particulière, il n'en reste pas moins que la nationalité est un élément de l'identité des personnes. Or, bien que leur père biologique soit français, V. et F. Mennesson et J. Labassée sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil. Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.

En outre, le fait pour V. et F. Mennesson et J. Labassée de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des époux Mennesson et Labassée a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Le Conseil d'État a en effet souligné qu'en l'absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l'étranger à l'égard de la mère d'intention, l'enfant né à l'étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d'elle que si elle l'a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s'il était un tiers, c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés.

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. Compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants, l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique.

Le gouvernement français n'a pas demandé le renvoi de l'affaire en grande chambre.

b. - La portée des arrêts

Les conclusions que l'on peut tirer de cet arrêt sont, me semble-t-il, les suivantes :

1) La Cour européenne des droits de l'homme ne remet pas en cause l'exception d'ordre public international propre au droit international privé en tant que telle.

2) Le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une gestation pour autrui n'est compatible avec le droit au respect de la vie familiale qu'à la condition que les juges vérifient concrètement que les intéressés ne se heurtent pas à des difficultés insurmontables pour vivre ensemble en France. Cette exigence avait déjà été posée dans l'arrêt Wagner, précité, dans lequel la Cour avait également rappelé, de manière générale, que les juridictions nationales sont astreintes à examiner avec une rigueur et un soin particuliers les moyens qui ont trait aux droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles. Dans l'affaire Mennesson, la Cour a considéré que le motif de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, selon lequel l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des enfants ne les empêchait pas de vivre avec leurs parents en France suffisait à établir que les juges français ne s'étaient pas dispensés d'un examen concret de la situation, puisque, par cette formule, ils avaient "*estimé, implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention. conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire Wagner et J.M.W.L.*". Cette formulation et notamment l'emploi de l'expression "implicitement mais nécessairement" laissent apparaître que l'approbation donnée ici par la Cour européenne des droits de l'homme est une approbation *a minima*.

3) L'atteinte à la vie privée de l'enfant est constituée par le refus de transcrire sa filiation telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, c'est-à-dire non seulement à l'égard du père biologique mais encore à l'égard de la mère d'intention. Cependant, c'est seulement lorsque la filiation paternelle est biologiquement établie et que le refus de transcrire cette paternité se double du refus d'admettre la reconnaissance paternelle que l'atteinte à l'identité de l'enfant va au-delà de ce que permet la marge d'appréciation dont dispose chaque Etat. Ce point est très important. La condamnation de la France ne résulte pas de son seul refus de transcrire l'acte de naissance ni même de son refus de transcrire la filiation paternelle biologiquement établie mais du double refus de la transcription de cette filiation paternelle et de la reconnaissance ou d'un autre mode d'établissement de la filiation selon le droit français. Cette interprétation découle du paragraphe 100 de l'arrêt Mennesson et du paragraphe 79 de l'arrêt Labassée: "*en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation*".

c. - Les commentaires de la doctrine

Dans un commentaire très fouillé de cet arrêt⁶⁶. M. Michel Farge écrit :

“Ces arrêts identifient avec clairvoyance les incohérences du droit français. Ainsi la Cour de cassation considère qu’une filiation résultant d’une gestation pour autrui ne peut ni être reconnue ni être établie en France ; en bonne orthodoxie juridique, elle ne devrait également pouvoir y produire aucun effet. Cependant les juridictions administratives obligent les autorités françaises à délivrer des documents de voyage pour permettre aux enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui de suivre leurs parents en France. Dans la même veine, une circulaire de la garde des Sceaux du 23 janvier 2013 invite fermement les tribunaux à délivrer un certificat de nationalité aux enfants nés à l’étranger, dès lors que le lien de filiation avec un parent français est établi dans un acte de naissance probant, même s’il apparaît que l’enfant est né d’une mère porteuse (...) Il n’est évidemment pas satisfaisant que les réponses soient dissonantes selon que le débat porte sur l’admission de la filiation elle-même ou sur l’un ou l’autre de ses effets. L’origine de ces contradictions est facile à découvrir. Comme on l’a souligné, les arguments pro et contra la reconnaissance des filiations ne sont pas faciles à départager. Surtout la balance peut peser d’un côté ou de l’autre en fonction des enjeux : la défense des principes français apparaît au premier plan lorsqu’il s’agit d’admettre la filiation elle-même ; elle se dilue au profit de l’humanisme et du réalisme lorsqu’il s’agit d’assurer le regroupement de la cellule familiale en France. (...) Reste que cette absence d’homogénéité conduit à une figure juridique ubuesque : une filiation non reconnue dans son principe par la Cour de cassation, mais pourvue de certains effets extra-civils (...) Alors que l’ordre juridique français a décidé, via la Cour de cassation, qu’un jugement étranger établissant une filiation était dépourvu d’effet en France de sorte que l’acte de naissance américain fondé sur ce jugement ne pouvait y être transcrit, il faudrait considérer que le même acte de naissance dispose tout de même d’une force probante en France.

Sans concessions lorsqu’il s’agit d’identifier les maux du droit français, la Cour européenne est beaucoup plus mesurée lorsqu’il s’agit de le condamner. A cet égard, la Cour parvient à un tour de force. D’un côté, elle considère que le refus français ne porte pas atteinte au droit à une vie familiale des parents d’intention et des enfants ; (...) de l’autre, elle considère que le droit au respect de la vie privée des enfants, musclé par la prise en compte de leur intérêt supérieur, est violé par l’impossibilité d’établir leur filiation biologique paternelle. On comprend bien l’origine du compromis : il n’est pas possible de consacrer un droit à l’enfant au profit de ceux qui ont sciemment franchi une frontière pour contourner un interdit national, mais les enfants ne doivent pas subir les conséquences négatives du choix de leurs parents. Il y a là des propositions auxquelles parviennent toutes les discussions sensées sur la GPA. Mais les mêmes discussions achoppent sur l’impossibilité de concilier juridiquement ces deux idées. La filiation étant un lien bilatéral entre parents et enfants, il est impossible de réellement sanctionner les premiers sans sacrifier les seconds. Autrement dit, entre les deux groupes de valeurs précédemment résumés : il faut choisir ! La Cour européenne parvient à ne pas le faire. Pour concilier ainsi l’inconciliable, elle retient une conception contradictoire du rôle du

⁶⁶ M. Farge, *La filiation des enfants issus d’une GPA à l’étranger*, Revue des droits et libertés fondamentaux, 2014, chron. 21

droit au sein d'une société et une conception réductrice de la filiation. (...)

Bien comprise par la Cour européenne, la situation des intéressés peut être ainsi résumée : en France, les enfants sont identifiés en fait comme ceux des parents d'intention, mais cette identification ne se traduit pas par un lien de filiation juridiquement reconnu. Ainsi présentée la situation se caractérise par un décalage entre le fait (les enfants sont pris en charge et élevés par des personnes considérées au sein de la société française comme « leurs parents ») et le droit (les qualités juridiques de père et mère sont refusées à ces personnes). La Cour européenne parvient à juger que ce décalage est acceptable pour les familles et inacceptable pour les enfants. L'ambivalence saute aux yeux : la consécration juridique est considérée à la fois comme inutile et essentielle. (...) Ce raisonnement pragmatique décrédibilise le droit. Il revient à approuver un choix substantiel (refuser de reconnaître les filiations) tout en se félicitant qu'il ne soit pas connu ou respecté par les tiers, y compris les administrations. En pianotant sur les droits fondamentaux des intéressés, la Cour de Strasbourg affirme finalement qu'il n'est pas illégitime de cantonner les parents dans la clandestinité juridique, mais que l'enfant ne peut pas être privé du secours du droit. Pareille affirmation est moralement acceptable, mais elle n'est pas réaliste juridiquement dans un litige centré sur la filiation. (...) Comme chacun sait, la filiation crée nécessairement un lien bilatéral de sorte qu'elle ne peut être réduite à un condensé de droits subjectifs indépendants. La Cour européenne nie cette évidence en laissant croire qu'il est possible, via la reconnaissance de la filiation paternelle, de satisfaire l'intérêt de l'enfant et son droit au respect de sa vie privée sans que la démarche n'ait une incidence sur le droit à la vie familiale du père. (...) Par ailleurs, nul n'ignore que la filiation a une dimension individuelle, mais aussi sociale. Elle inscrit l'enfant dans une lignée lui permettant de s'insérer et de s'identifier dans un groupe familial ; cette inscription vaut aussi pour la société au sein de laquelle par exemple le parent désigné a vocation à représenter l'enfant mineur. Cette dualité de fonction est mise à profit par la Cour européenne. En protégeant le droit au respect de la vie privée de l'enfant « impliquant que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation », elle privilégie la fonction individuelle de la filiation ; en considérant que le droit au respect de la vie familiale des intéressés n'est pas violé, elle minore son volet social. Reste que cette dissociation des fonctions ne peut pas survivre lorsqu'il s'agit de tirer la conséquence de la condamnation prononcée au profit des enfants. Le remède suggéré – l'établissement de la filiation biologique paternelle – va au-delà de la seule satisfaction du droit à l'identité : la filiation qui sera établie ne se bornera pas à une fonction identitaire, elle instaurera un rapport de parenté socialement reconnu. Autrement dit, la subtile distinction opérée par la Cour entre droit au respect de vie privé de l'enfant et droit au respect de vie familiale de tous est largement artificiel dans un litige portant sur la filiation.

En se centrant sur la filiation paternelle la Cour indique nécessairement que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle, n'est pas, quant à lui, condamné. L'approche retenue est habile. D'une part, elle s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour refusant d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien qui ne correspond pas à un lien biologique (...) D'autre part, elle escamote la dimension internationale des litiges : moins que le défaut de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger (...) c'est le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique que la Cour condamne. (...) La Cour européenne invite à traiter différemment la filiation paternelle et la filiation maternelle. Le critère biologique peut-il le justifier ? Pour en douter, il suffit d'observer qu'un rattachement juridique exclusivement paternel entrerait en conflit avec la position défendue par le gouvernement... pour justifier, il est vrai, le refus de

transcription de la filiation à l'égard de la mère comme du père biologique. (...) Par ailleurs, la solution préconisée par la Cour européenne conduit à traiter différemment les hommes célibataires et les couples hétérosexuels ayant recours à la gestation pour autrui. Elle permet de satisfaire entièrement l'objectif des premiers alors que les seconds demeureront marqués – sous la forme d'un confinement de la mère d'intention à la clandestinité juridique – par leur choix de braver l'interdit français.

La prime accordée à la biologie peut aussi être éprouvée en raisonnant sur l'hypothèse, non illustrée par les arrêts commentés, dans laquelle la maternité se divise. Ainsi en est-il lorsque l'enfant a été porté par une mère porteuse, mais conçu à l'aide d'un ovule de la mère d'intention. En pareil cas, l'enfant a deux mères biologiques : une mère génétique (genitrix) et une mère gestatrice (gestatrix). En droit français, on sait qu'il n'a qu'une mère légale : celle qui accouche. Rien ne permet de croire que la Cour européenne reproduise cette solution et considère que la qualité de mère doit être refusée à la genitrix. En présence d'un enfant né d'une GPA, ne faudrait-il pas, en effet, accueillir la filiation établie à l'étranger au profit de la genitrix lorsqu'elle est corroborée par une réalité sociale et affective ? Une réponse positive pourrait s'inspirer des réflexions de Cornu. Entre la genitrix et la gestatrix, l'auteur soulignait que « la vie peut tout arranger (pour le meilleur et pour le pire) ». Et dans cette perspective, il ajoutait « la vraie mère sera peut-être la mère nourricière ou adoptive, la mère qui vit avec l'enfant, celle de la possession d'état (comme à la gloire du père, Pagnol aurait pu laisser son cœur dire : "La mère, c'est celle qui aime)".

Commentant le même arrêt, de manière toute aussi fouillée, M. Louis d'Avout écrit⁶⁷ :

Les arrêts précités ne remettent pas radicalement en cause l'approche des juges français en matière de gestation pour autrui. Dans l'intérêt de l'enfant, ils incitent seulement à amender certaines conséquences du raisonnement tenu jusqu'à présent par la Cour de cassation et n'obligent pas, techniquement parlant, à l'importation directe du point de vue juridique en vigueur au pays étranger de gestation et de naissance. A moyen terme, ces arrêts de la Cour européenne devraient aider à relativiser l'importance des débats entretenus en France autour de la prétendue « méthode de reconnaissance » et, aux juristes concernés, d'en revenir à un examen plus circonstancié des problèmes posés par l'établissement du lien de filiation dans un contexte international (...) Au nom de la « marge nationale d'appréciation », est immunisée de toute condamnation la politique législative française prohibant la gestation pour autrui dans l'intérêt de l'enfant et dans celui des femmes contraintes d'engager leur corps dans de pareilles aventures. De même - et c'est sans doute le trait le plus original distinguant les arrêts Mennesson et Labassée du précédent Wagner - la Cour européenne juge légitimes et proportionnées les ingérences dans la vie familiale, lorsque celle-ci est appréciée du chef des parents. La sanction de ces derniers est considérée admissible, car ils sont seuls les auteurs du comportement illicite ou frauduleux et peuvent être exposés à en répondre en termes de déchéance du droit d'invoquer leur parenté (...) Ces mêmes parents, ayant obtenu de pouvoir retourner en France pour y vivre avec les enfants dotés de passeports étrangers, ne sont pas en droit - au titre de leur propre vie familiale - d'exiger de l'Etat d'accueil la constitution positive du lien de parenté. Bénéficiant d'une vie familiale de fait lors de l'entrée sur le territoire, la seule chose que semble exiger la Cour européenne des droits de l'homme

⁶⁷ L. d'Avout, La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée, Rec. Dalloz, 2014, p. 1806

est que ces parents de fait ne soient pas dérangés dans leur relation quotidienne ultérieure avec les enfants, en pur fait et sans considération de la filiation au sens juridique du terme (...)

Dans les deux arrêts jumeaux ici commentés, la Cour européenne concentre ses critiques sur le sort réservé en France à l'enfant issu de la gestation pour autrui. Seules les requêtes présentées au nom de ce dernier sont à l'origine de la condamnation ; et cette condamnation n'avait rien d'inéluctable, qui semble être étroitement liée à l'attitude, hésitante à certains égards, des autorités françaises quant au statut juridique de l'enfant. La Cour européenne considère - point qui sera tenu ici pour acquis - que le droit d'établir sa filiation participe de la vie privée et est protégé par l'article 8 de la Convention. Cette protection de principe ne proscrie pas toute ingérence des Etats en forme de réglementation restrictive. Mais de pareilles ingérences, tenues pour légitimes à raison de la motivation éthique du législateur français, doivent être appréciées à l'aune des intérêts essentiels de l'enfant. Pour la Cour européenne, le refus de reconnaître les jugements et actes étrangers, et de transcrire ces titres sur les registres français de l'état civil, n'est pas à lui seul constitutif d'une atteinte disproportionnée. Ce qui apparaît intolérable est qu'un enfant vivant en France soit privé du droit de faire établir judiciairement sa filiation, singulièrement à l'encontre du père biologique. Comment comprendre, en termes simples, le message adressé par la Cour aux pratiques françaises de droit international privé ? Peut-être ainsi : le refus de reconnaissance des titres étrangers obtenus en circonstance de contournement du droit français n'est pas en lui-même illégitime ; il le devient néanmoins lorsque les juges interdisent ultérieurement à l'enfant de constituer en France son lien de filiation. La conjonction des deux pratiques nationales successives constitue, seule, l'atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de l'enfant. (...)

A cet égard, il est permis de croire que la jurisprudence de la Cour de cassation, légitime dans sa constance à poursuivre les atteintes portées au droit français impératif, s'est montrée excessive ou insuffisamment précise au stade des conséquences, trop préoccupée qu'elle était de lutter contre les causes (le « processus d'ensemble » conduisant à la gestation : convention privée, jugements et actes publics). Ne fallait-il pas trouver un moyen de faire bénéficier l'enfant d'une forme de filiation putative, en dépit de l'illicéité des agissements des parents d'intention ? La Cour de cassation avait préféré s'abstenir d'opérer pareilles investigations, considérant que le refus de transcription sur les registres français d'état civil ne privait pas l'enfant de sa filiation constituée à l'étranger. L'argument peinait à convaincre, cependant, puisque la Cour de cassation avalisait dans le même temps une pratique des juges du fond déclarant inefficaces en France les jugements étrangers et autres titres prouvant la filiation. Pour constituer dans l'ordre juridique français un nouveau rapport de filiation, après refus de reconnaissance du rapport constitué à l'étranger, il aurait fallu explorer une autre voie, classique, du droit international privé : permettre aux enfants d'agir en leur nom propre en constatation du lien de filiation biologique, selon la loi - française ou étrangère - compétente au titre de l'article 311-14 du code civil. Cette action n'étant pas liée au contrat illicite de mère porteuse, elle aurait eu toutes chances de prospérer aux conditions qui lui sont propres ; et l'on est même en droit de penser que l'ordre public international français eût été alors en faveur de la constitution de la filiation biologique de l'enfant (faute de prohibition expresse, en droit français, de l'établissement de la filiation paternelle dans un tel cas). Dans le premier temps de sa jurisprudence, la Cour de cassation n'a pas souhaité envisager cette voie, qui n'avait du reste apparemment pas été tentée par les intéressés. Dans un second temps, la Cour de cassation a sans

doute fait preuve d'un rigorisme excessif lorsqu'elle admit le ministère public à agir en nullité de la reconnaissance de paternité naturelle, au seul motif de la fraude, alors que cette paternité était biologiquement avérée. (...)

Pour sa part, Mme Johanna Guillaumé écrit, à propos des mêmes arrêts⁶⁸:

La méthode de la reconnaissance [à laquelle recourt ici la Cour européenne des droits de l'homme] a vocation à s'appliquer aux autres domaines du statut personnel. En effet, selon les arrêts commentés, en refusant de reconnaître le lien de filiation que le droit étranger a établi, la France crée une « contradiction » qui porte atteinte à l'identité des enfants « au sein de la société française ». C'est cette contradiction qui constitue l'atteinte à l'identité sociale et, partant, la restriction au droit au respect de la vie privée. L'affirmation est susceptible d'être lourde de conséquences, puisqu'elle n'est pas cantonnée à la filiation et peut s'appliquer à tous les domaines du statut personnel : refuser de reconnaître le changement de sexe d'un individu, sa qualité d'époux ou de célibataire constitue des contradictions dans l'identité de l'individu. Bref, ce sont plus généralement tous les statuts boiteux qui constitueraient une atteinte à la vie privée. Néanmoins, la contradiction du statut personnel sera certainement moins forte en dehors du domaine de la filiation, puisque la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne pourra pas être invoquée. (...)

Critiquant la conception de l'intérêt de l'enfant retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, Mme Claire Neirinck écrit⁶⁹:

“L'absence de transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français à la suite d'une GPA est au contraire respectueuse de l'identité de l'enfant au sens que lui donne la Convention européenne des droits de l'homme car seul l'acte d'origine témoigne de la réalité biologique complète de la naissance”.

Mme Muriel Fabre-Magnan estime que l'obligation d'établir la filiation biologique de l'enfant pourrait avoir pour conséquence l'établissement de la double filiation paternelle et maternelle de l'enfant issu d'un inceste, prohibée par l'article 310-2 du Code civil⁷⁰.

4. - Arrêt Paradiso et Campanelli c/Italie, du 27 janvier 2015⁷¹

Mme Paradiso et M. Campanelli, qui étaient mari et femme, avaient décidé de recourir à la gestation pour autrui pour devenir parents et conclu à cette fin une convention avec la société Rosjurconsulting, en Russie. Ils eurent recours à une mère porteuse, une fécondation in vitro fut réalisée et un bébé naquit le 27 février 2011 à Moscou. Conformément au droit russe, Mme Paradiso et M. Campanelli furent enregistrés

⁶⁸ J. Guillaumé, *Transcription d'un acte de naissance étranger, gestation pour autrui* Journal du droit international (Clunet) n° 4, octobre 2014, comm. 5

⁶⁹ C. Neirinck, *Quand les droits de l'homme, pour servir l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui*, Droit de la famille n° 9, septembre 2014, comm. 128

⁷⁰ M. Fabre-Magnan, *Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la gestation pour autrui* : Le Figaro, 26 juin 2014

⁷¹ n° 25358/12

comme ses parents, sans indication que l'enfant était né grâce à une mère porteuse. De retour en Italie avec l'enfant, Mme Paradiso et M. Campanelli furent mis en examen pour « altération d'état civil », et infraction à la loi sur l'adoption, pour avoir amené l'enfant en Italie au mépris des lois italiennes et internationales et sans respecter l'agrément à l'adoption obtenu en décembre 2006 qui excluait l'adoption d'un enfant en si bas âge. Un test ADN ayant révélé que, contrairement à ce qu'il pensait, M. Campanelli n'était pas le père biologique de l'enfant (on suppose que la société russe a utilisé d'autres gamètes que celles qu'il avait fournies), ce dernier fut placé sous tutelle, au motif qu'il n'avait aucun lien biologique avec Mme Paradiso et M. Campanelli et qu'il existait des doutes quant à leurs capacités affectives et éducatives, la conduite de Mme Paradiso et M. Campanelli ayant été contraire à la loi. L'enfant fut placé dans une maison d'accueil, dans un endroit inconnu des requérants, sans contact possible avec eux, puis placé auprès d'une famille d'accueil. Il fut par ailleurs laissé sans identité.

Par la suite, le refus de transcription du certificat de naissance russe fut confirmé au motif qu'il était contraire à l'ordre public de le transcrire car il était faux dans la mesure où il n'y avait aucun lien biologique entre l'enfant et les requérants. L'enfant reçut une nouvelle identité et fut considéré comme fils de parents inconnus. Le tribunal pour mineurs déclara que les requérants n'avaient plus qualité pour agir dans la procédure d'adoption qu'ils avaient entamée, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents ni des membres de la famille de l'enfant.

La Cour européenne des droits de l'homme, après avoir constaté que les mesures d'éloignement et la mise sous tutelle de l'enfant constituaient une ingérence dans la vie familiale des requérants et que cette ingérence était prévue par la loi, rappelle que l'éloignement d'un enfant du contexte familial est une mesure extrême qui ne peut se justifier qu'en cas de danger immédiat pour lui. Elle estime que, si la situation qui se présentait aux juges italiens était délicate, les conditions pouvant justifier un éloignement n'étaient pas remplies. L'argument selon lequel avec le temps l'enfant aurait développé un lien affectif plus fort vis-à-vis de ses parents d'intention, rendant une possible séparation ultérieure plus difficile encore, ne suffit pas, selon la Cour, pour justifier son éloignement. Elle relève en outre que, Mme Paradiso et M. Campanelli, jugés aptes à adopter en décembre 2006 au moment où ils reçurent l'agrément, ont ensuite été jugés incapables d'éduquer et aimer l'enfant au seul motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption, sans qu'une expertise ait été ordonnée par les tribunaux. Elle observe enfin que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale.

Le Cour en conclut que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu, en violation de l'article 8. Cependant, elle ajoute que ce constat de violation ne saurait être compris comme obligeant l'État italien à remettre l'enfant aux requérants, ce dernier ayant certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il vit depuis 2013.

Contrairement à ce qui avait été jugé dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, il y a bien ici atteinte au droit au respect de la vie familiale et non pas seulement au respect de la vie privée. Mais il est intéressant de relever que la Cour ne reproche pas à l'Italie

d'avoir utilisé la méthode du conflit de lois et non celle de la reconnaissance. Le paragraphe 72 de l'arrêt indique en effet que :

L'application des lois italiennes qui a été faite en l'espèce par le tribunal pour mineurs découle de la règle des conflits des lois selon laquelle la filiation est déterminée par la loi nationale de l'enfant au moment de la naissance. En l'espèce, compte tenu de ce que l'enfant est issu de gamète de donneurs inconnus, la nationalité de l'enfant n'était pas établie. Dans cette situation, la Cour estime que l'application du droit italien par les juridictions nationales ayant abouti au constat que l'enfant était en état d'abandon ne saurait passer comme étant arbitraire.

De ce point de vue, cet arrêt confirme l'interprétation des arrêts *Menesson* et *Labassée* selon laquelle la France a été condamnée non pour avoir refusé de reconnaître l'état civil établi à l'étranger mais pour avoir privé l'enfant de sa filiation biologique.

5. - Affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme

*a. - Affaire Laborie et autres c. France*⁷²

Cette affaire concerne l'impossibilité pour un couple français d'obtenir en France la reconnaissance du lien de filiation entre eux et des enfants nés en Ukraine d'une gestation pour autrui. Elle a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Rennes, du 8 janvier 2013, contre lequel les requérants ne se sont pas pourvus, estimant qu'un pourvoi aurait été voué à l'échec en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour a communiqué la requête au gouvernement français et posé des questions aux parties sous l'angle de l'article 8 de la Convention.

*b. - Affaire Foulon c. France et Bouvet c. France*⁷³

Ces affaires sont celles qui ont donné lieu aux deux arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013, précités. La Cour a communiqué les requêtes au gouvernement français et posé des questions aux parties sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

C. - Autres éléments à prendre en considération

1. - Jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissance des actes d'état civil

Sur des fondements et selon des modalités différentes, la Cour de justice de l'Union européenne consacre également un principe de reconnaissance par les États de l'Union des situations valablement créées dans un autre État membre, le terme "valablement" s'entendant au sens du droit du pays d'origine. Elle considère ainsi que les articles 12 (qui interdit les discriminations fondées sur la nationalité; ce principe figure aujourd'hui à l'article 18 du TFUE) et 17 (qui institue une nationalité de l'Union; la même disposition

⁷² n° 44024/13

⁷³ n° 9063/14 et n° 10410/14

figure aujourd'hui à l'article 20 du TFUE) du traité CE sont susceptibles de s'opposer à ce que l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre"⁷⁴. Mais cette obligation de reconnaissance a des limites, la Cour de justice jugeant que *"l'article 21 du TFUE [qui confère aux citoyens de l'Union le droit de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres] doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que les autorités d'un État membre puissent [dans certaines circonstances] refuser de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom patronymique d'un ressortissant de cet État, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre, dans lequel réside ledit ressortissant, lors de son adoption à l'âge adulte par un ressortissant de ce second État membre, lorsque ce nom patronymique comprend un titre de noblesse qui n'est pas admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, dès lors que les mesures prises par ces autorités dans ce contexte sont justifiées par des motifs liés à l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi"*.

Les enseignements que l'on peut tirer de cette jurisprudence pour répondre à la question qui fait l'objet du présent rapport restent limités. Outre que les enjeux d'un changement de nom ne peuvent être comparés à ceux de la gestation pour autrui, on ne doit pas oublier que le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel se fondent de nombreux textes de l'Union et la jurisprudence de la Cour de justice, principalement, d'ailleurs, dans le domaine économique, trouve sa légitimité dans la constatation que les législations des États membres de l'Union européenne sont proches les unes des autres, cette proximité ayant elle-même été permise par l'adoption de nombreuses directives d'harmonisation. La reconnaissance et l'harmonisation apparaissent comme constituant les cylindres d'un même moteur, qui a vocation à faire progresser un certain nombre de pays ayant conclu un traité à cette fin, dans la voie d'une plus grande intégration et de la constitution d'un espace dans lequel, notamment, les personnes circulent librement. Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de reconnaître des situations créées dans des pays qui n'ont passé aucun accord avec la France dans ce domaine et dont la législation et les pratiques peuvent être très différentes de celles que celle-ci connaît.

2. - Éléments de droit comparé sur la reconnaissance internationale des actes de l'état civil concernant un enfant né d'une mère de substitution

La Commission internationale de l'état civil (CIEC) a publié une étude sur la maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC. Cette étude a été mise en ligne en février 2014⁷⁵. La situation est la suivante :

⁷⁴ CJCE, 2 octobre 2003, Avello, (C-148/02); 14 octobre 2008, Gumkin et Paul (C-353/08)

⁷⁵ www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014 Pour une présentation des règles applicables à l'établissement de la filiation et à la reconnaissance des actes d'état civil dans un certain nombre de pays, on pourra se reporter également à l'étude très complète réalisée en 2014 par le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. Elle se trouve sur le site de cette institution

a. - Allemagne

En Allemagne, il est impossible de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui, laquelle s'applique même si la gestation résulte d'une convention conclue et exécutée dans un État étranger qui l'autorise, de sorte qu'il convient d'invoquer l'ordre juridique allemand qui attribue l'enfant à la mère porteuse du seul fait de l'accouchement. Si le père d'intention est un ressortissant allemand, la filiation à son égard peut être appréciée conformément au droit allemand. Sa paternité ne peut être légalement présumée étant donné qu'il n'est pas marié avec la mère porteuse, mais elle pourrait résulter d'une reconnaissance sur le fondement du droit allemand ou encore d'une décision judiciaire. Si la mère porteuse était mariée, l'établissement de la paternité de son mari pourrait empêcher la reconnaissance par le père d'intention allemand jusqu'à une contestation effective de la paternité du mari. Une telle reconnaissance par le père d'intention ne peut donc être réalisée que dans ces conditions limitées, indépendamment du fait que les deux parents soient inscrits ou non dans l'acte de naissance étranger. En outre, les dispositions du droit allemand concernant le consentement de la mère à la reconnaissance de paternité doivent être prises en compte : elles prévoient que le consentement à une déclaration de filiation relève du droit de l'État dont l'enfant a la nationalité, mais que si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exigeait, le droit allemand devrait néanmoins être appliqué. Dans de telles situations, la compétence relèverait des fonctionnaires consulaires allemands. En pratique, on a pu rencontrer un jugement indulgent par lequel un tribunal a retenu la validité de la reconnaissance faite par le père. La nationalité allemande découlant de l'établissement de la filiation envers un ressortissant allemand, si la filiation paternelle n'a pas été valablement établie, l'enfant n'a pas la nationalité allemande et il ne peut lui être délivré des documents de voyage ou un passeport allemand. De façon générale, les ambassades et les consulats ont reçu pour instructions de refuser l'authentification d'actes de naissance étrangers dans des situations de maternité de substitution et la délivrance d'un visa aux fins d'adoption ne saurait être accordée que si, par analogie, les conditions fixées à l'article 6 de la loi de mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale sont réunies, c'est-à-dire si une procédure d'adoption internationale est en cours à laquelle concourent tant les autorités de l'État d'origine de l'enfant que celles de l'État d'accueil.

Cependant, par une décision du 10 décembre 2014, le *Bundesgerichtshof* a accepté de reconnaître une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant. S'il est utile de s'attarder sur cette décision, c'est que les motifs qui la sous-tendent font l'objet de longs développements dont la plupart portent sur les mêmes questions que celles qui se posent au juge français. On reprendra ici la présentation très complète qu'en ont faite Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Belliver⁷⁶ :

(http://www.hcch.net/index_fr.php)

⁷⁶ S. Hennette-Vauchez et F. Bellivier, Chronique *Bioéthique* à paraître dans le numéro 2015 de la revue *Droits, sciences et techniques*, précitée; les passages figurant en italique ne constituent qu'une partie de la présentation de l'arrêt faite par ces auteurs

Le Bundesgerichtsoff analyse d'abord le contrat passé pour en inférer qu'il est peu familial avec le droit allemand qui ne reconnaît la paternité / la maternité que par la filiation charnelle ou l'adoption et qui interdit la gestation pour autrui sur la base de considérations similaires à celles pour lesquelles cette pratique est interdite en France. Ensuite les juges s'attaquent à la question de la compatibilité ou non de la reconnaissance à l'ordre public international (plus généreux que l'ordre public interne), dont ils rappellent qu'en matière d'état civil, il sert à éviter la création de rapports de droit boiteux.

Après avoir pesé le pour et le contre, ils énoncent " l'opinion juste " : le fait qu'une décision étrangère confère, dans le cas d'une gestation pour autrui, la parenté juridique aux parents de commande (ou d'intention), ne constitue pas une violation de l'ordre public, du moins lorsqu'il existe un lien génétique entre l'un des parents d'intention et l'enfant. Pourquoi ? D'une part, le tribunal concède que le droit allemand ne prévoit pas la reconnaissance d'un enfant par deux hommes ni l'attribution d'un enfant au partenaire ou à la partenaire d'un parent. L'autre parent ne pourrait qu'être la mère porteuse puisque c'est elle qui a accouché de l'enfant (mater semper certa est). D'autre part, la loi allemande privilégie la maternité corporelle et psychosociale (ie les liens de divers ordres qui se nouent, pendant la grossesse, entre la femme qui porte l'enfant à naître et ce dernier) , raison pour laquelle elle condamne la gestation pour autrui. Ensuite, alors que de prime abord, on peut penser que si la gestation pour autrui est interdite, c'est parce qu'elle heurte des droits fondamentaux, la Cour inverse habilement l'argumentaire : l'atteinte peut provenir de la circonstance qu'un enfant soit privé d'un rattachement juridique à une partie de ses parents car, alors, ce parent ne pourra légalement exercer ses droits et devoirs de parents.

Enfin, que la parenté soit attribuée par la décision étrangère à un couple de partenaires du même sexe plutôt qu'à un couple marié ne peut entraîner en soi de violation de l'ordre public. Certes, si un couple hétérosexuel (couple d'intention) peut entretenir un lien génétique plus fort avec l'enfant (quand les parents d'intention ont tous deux fourni leurs gamètes), cela n'exclut pas une parentalité sociale et affective de même valeur des partenaires homosexuels.

Les juges ajoutent que, si les lois relatives à l'adoption et l'embryon répondent à des motifs liés à des intérêts sociaux fondamentaux, la pénalisation de certains comportements répond à une préoccupation de dissuasion générale et les dispositions pénales ne sont applicables que dans le pays où elles sont édictées. A cet égard, une chose est de condamner la gestation pour autrui dans une finalité préventive générale, autre chose est de juger une affaire de gestation pour autrui après coup, surtout quand l'enfant est là, qui est " porteur de droits ". D'autre part, la Cour met en exergue le fait que la femme porteuse est totalement libre de ses choix et ce, afin de contrer l'objection liée au respect de la dignité. Comparant diverses pratiques plus ou moins proches de la GPA (accouchement sous X, adoption, assistance médicale à la procréation

médicalement assistée avec tiers donneur) et adoptant une vision subjective de la dignité, la Cour énonce que par ce fait seul qu'une gestation pour autrui a été pratiquée, la dignité humaine de la mère porteuse n'est pas bafouée car sa volonté a été respectée. A fortiori en va-t-il ainsi pour l'enfant qui, en dernier lieu, doit son existence au contrat de maternité de substitution (de même que l'enfant issu d'un accord entre femme, mari stérile et tiers donneur) (§52). En outre, la Cour développe longuement la question du bien-être de l'enfant qui implique, selon elle, d'avoir deux parents (§56). Du reste, si, juste après la naissance, la femme porteuse manifestait sa volonté de récupérer l'enfant, il y aurait conflit de droit tranché en vertu du droit étranger (ici californien).

Enfin, les juges soulignent l'étrangeté de la situation juridique d'un enfant qui, de quelque côté qu'il se tourne, est privé de filiation maternelle : alors qu'en vertu du droit allemand, la femme qui l'a accouché en serait la mère juridique, c'est précisément ce qui est écarté par le jugement californien. Or, un enfant n'a pas d'influence sur les circonstances de sa naissance et il ne saurait dès lors en être tenu pour responsable; c'est son bien-être qui doit être déterminant. Si le droit allemand considère l'aspect social de la grossesse comme un critère déterminant de ce bien-être, il ne faut pas négliger qu'en l'espèce, les parents d'intention, contrairement à la mère porteuse, ont précisément entendu entrer dans le statut de parents et procurer à l'enfant l'attention nécessaire à son développement. Certes, objectera-t-on, ils pourraient se contenter d'un statut protecteur de la relation qu'ils entretiennent avec l'enfant mais la Cour, dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'homme, intègre dans la notion de bien-être de l'enfant celle de sécurisation de la filiation. C'est que la parenté est ici essentiellement vue au prisme de la responsabilité. La Cour achève son raisonnement par un long paragraphe sur la responsabilité parentale, en insistant sur la sécurité plus forte à cet égard qu'offre la reconnaissance de la parenté des deux partenaires, y compris quand on la compare à l'adoption. En effet, substituer un lien adoptif à la filiation établie tout de suite après la naissance présenterait des dangers : après la naissance, les parents pourraient encore changer d'avis ou hésiter. Le lien serait donc plus précaire, surtout pour le parent non génétiquement lié à l'enfant. Il serait curieux que les parents soient déchargés de la responsabilité alors qu'ils sont à l'origine du processus de procréation. Là encore, l'adoption sert à pousser le raisonnement à son terme : ici, sans le contrat, l'enfant ne serait pas né et à la différence des parents adoptifs, les parents d'intention occupent pour la quête identitaire de l'enfant une place essentielle. Il faut par conséquent que la responsabilité dans les faits se traduise dans une responsabilité juridique.

Synthétisant leur pensée, les juges énoncent que décider du contraire reviendrait à juger sur le fond un jugement étranger, ce qu'on ne peut pas faire en vertu du § 108 (1) de la loi sur la procédure en matière familiale (FamFG) ; l'ordre public n'a pas été violé à outrance car le contrat a été passé conformément au droit étranger d'une façon qui n'est pas incompatible avec le bien-être de l'enfant ; le droit reconnaît la notion de

parenté sociale liée à une responsabilité permanente. Les juges confortent leur propos par la considération qu'en l'espèce un des parents est lié génétiquement à l'enfant et que la mère porteuse ne lui est pas liée génétiquement. La Cour termine en prévenant l'objection selon laquelle le montage prive l'enfant de l'accès à la connaissance de ses origines biologiques : d'une part, ce n'est pas à l'état civil de garantir cette connaissance-là et l'état civil ne prend en compte que des données juridiques et non biologiques ou génétiques ; d'autre part, ce droit ne concernerait pas seulement le droit de connaître la gestatrice (en quelque sorte mère biologique) mais aussi la mère génétique donneuse de l'ovule.

Comme le font observer M. Hugues Fulchiron et Mme Bidaut-Garon⁷⁷ les magistrats allemands ont ainsi reconnu non seulement la filiation d'intention doublée d'un lien biologique (l'un des deux hommes étant le père biologique de cet enfant), mais également la filiation uniquement d'intention. Certes leur raisonnement n'est pas basé sur la reconnaissance des situations, mais sur la reconnaissance des décisions. En effet, contrairement aux procédures intentées en France, la demande principale ne portait pas sur la transcription de l'acte de naissance étranger, mais sur la reconnaissance du jugement californien ayant établi ou déclaré la filiation à l'égard des deux hommes (la nature constitutive ou déclarative de cette décision n'étant ni évidente, ni importante, comme le remarque le *Bundesgerichtshof* lui-même). Les magistrats précisent d'ailleurs que la question de la reconnaissance se pose parce qu'un jugement existe, c'est-à-dire une décision prise par des juges après un examen de la situation. Mais la contrariété de la décision étrangère à l'ordre public est tout autant une limite à ce type de reconnaissance qu'à celle des situations. Et tout l'enjeu de l'affaire était justement de déterminer si la décision californienne invoquée était ou non contraire à l'ordre public allemand puisqu'il s'agit d'une condition de régularité internationale posée par le droit allemand. Selon les juges allemands, la gestation pour autrui ne peut être appréhendée de la même manière lorsqu'elle est considérée de manière abstraite et lorsqu'il s'agit de statuer sur un cas dans lequel l'enfant est déjà né.

Pour leur part, Mme Stéphanie Hennette-Vauchez et Mme Florence Bellivier observent que cet arrêt "*tranche des faits singuliers : une gestation pour autrui qui a eu lieu de façon très encadrée (et non sauvage) ; un partenaire lié biologiquement à l'enfant ; une femme porteuse qui ne lui est pas génétiquement reliée ; une femme porteuse qui n'était pas mariée. Le caractère très spécifique de la situation factuelle rend toute extrapolation délicate, et ce d'autant plus que les juges s'appuient sur ces éléments de fait pour asseoir leur décision*" mais qu'il "*révèle à quel point les grands questionnements sur la gestation pour autrui restent ouverts*".

⁷⁷ H. Fulchiron et C. Bidaut-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 EDH, précité note 31*

b. - Belgique

Au regard du droit belge, la mère est toujours celle qui a accouché. Un acte de naissance étranger qui constate la filiation de la mère intentionnelle n'est donc pas valable et ne peut donc pas être reconnu. Quant à la filiation paternelle, si le père est belge, elle est également régie par le droit belge. Si la filiation paternelle inscrite dans l'acte de naissance étranger est établie sur la base de la présomption de paternité à l'égard de la mère d'intention, elle est problématique dans la mesure où la filiation maternelle est elle-même rejetée. Par ailleurs, la loi précise qu'il y a lieu de tenir spécialement compte des articles 18 et 21 du Code de droit international privé, portant respectivement sur la fraude à la loi et l'ordre public. Il en découle qu'un acte de naissance établi à l'étranger constatant la filiation de parents intentionnels belges ne peut être reconnu en Belgique sur la base des articles 27 et 62 du Code de droit international privé. Il devrait en aller de même de la demande de reconnaissance d'un acte de naissance étranger établi au profit du ou des parents intentionnels, dans l'hypothèse où ces derniers possèdent une nationalité dont la loi admet le recours à une mère porteuse, résidant en Belgique et ce, alors même que l'acte de naissance est valide au regard du droit dont ils possèdent la nationalité. Cependant, un certain nombre de décisions rendues par des juridictions du fond ont, sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, établi sa filiation à l'égard des parents d'intention, par reconnaissance et/ou adoption⁷⁸.

c. - Italie

L'article 269 du code civil dispose que la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant, de sorte qu'en cas de gestation pour autrui réalisée dans un État qui l'autorise et qui admettrait l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention, cette filiation ne serait pas reconnue en Italie, du fait de la prohibition de la gestation pour autrui par la loi n° 40/2004 et l'acte de naissance ou le jugement étranger ne pourrait pas être transcrit dans les registres italiens de l'état civil en raison de sa contrariété aux dispositions d'ordre public des articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995. Lorsqu'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger a été conçu avec le sperme du père d'intention de nationalité italienne, celui-ci peut le reconnaître en Italie dans les conditions du droit commun prévues aux articles 250 et 254 du code civil et en cas de contestation, la paternité pourra être prouvée par tous moyens, y compris par une expertise par l'ADN. Conformément aux articles 44-57 de la loi n°184/1983 relatifs à l'adoption de mineurs dans des cas particuliers, la mère d'intention peut demander l'adoption de l'enfant ainsi reconnu par son mari. Dans l'hypothèse d'un acte de reconnaissance paternelle d'enfant naturel dressé à l'étranger, sa validité en Italie est régie par les articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995 sur la reconnaissance des décisions judiciaires et administratives étrangères, sous réserve qu'elles ne soient pas contraires

⁷⁸ Plusieurs de ces décisions sont exposées en détail dans le document

à l'ordre public. Dans le cas où les gamètes des parents d'intention ne seraient pas à l'origine de la conception de l'enfant, ils pourraient procéder à son adoption dans les formes établies par la loi. Dans un arrêt du 11 novembre 2014⁷⁹, la Cour suprême de cassation s'en est tenue à une lecture stricte des arrêts *Menesson* et *Labassée*. En l'espèce, ni le père ni la mère « commanditaires » n'étaient les parents biologiques de l'enfant né grâce à une gestation pour autrui réalisée en Ukraine. Ils figuraient cependant en tant que parents dans l'acte de naissance ukrainien. Ils n'auraient découvert la vérité qu'à la suite des examens pratiqués à la demande des autorités italiennes dans le cadre de la procédure de transcription sur les registres italiens de l'état civil. Usant de la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux Etats en l'absence de lien biologique entre parents et enfant, la Cour de cassation a refusé la transcription au nom de la contrariété de la gestation pour autrui à l'ordre public italien et a confirmé le placement de l'enfant en vue de son adoption. Selon elle, l'adoption est, en droit italien, la seule institution permettant la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant.

d. - Luxembourg

Comme les agents diplomatiques et les consuls luxembourgeois ne remplissent aucune fonction en matière d'état civil et ne dressent donc pas d'actes de l'état civil, ils n'auront pas à apprécier si une filiation établie à l'étranger doit être reconnue ou non, et ils n'ont pas reçu d'instructions spécifiques pour les situations d'enfants nés de mères porteuses. Aucune procédure ni aucune vérification du lien biologique ne sont prévues. Si un Luxembourgeois souhaitait obtenir un titre de voyage pour un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger et qui était jusque-là inconnu des autorités luxembourgeoises, les décisions relèveraient des autorités nationales au Luxembourg (Ministère de la Justice en ce qui concerne la nationalité, et officier de l'état civil en ce qui concerne la filiation et le nom). Dans ce contexte, si un Luxembourgeois présentait au ministère de la Justice ou à l'officier de l'état civil de son lieu de résidence un acte de naissance ou tout autre document relatif à un enfant qu'il présenterait comme le sien et dressé conformément à la loi applicable du lieu de naissance à l'étranger, tout dépendrait du contenu exact d'un tel document. Si le document produit contenait une indication permettant de pressentir l'intervention d'une mère porteuse, la filiation ne serait sûrement pas reconnue au Luxembourg puisqu'une convention de mère porteuse peut y être considérée comme contraire à l'ordre public.

⁷⁹ Le résumé de cet arrêt est repris de de l'article de H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour EDH*, précité note 31

e. - Pays-Bas

La pratique révèle une diversité de situations où des parents d'intention néerlandais ont conclu une convention de mère porteuse à l'étranger. Ils peuvent tout d'abord réclamer à leurs autorités consulaires la délivrance d'un passeport néerlandais pour l'enfant et leur demande sera appréciée au regard des règles du droit international privé néerlandais, la décision émanant en dernier ressort du ministre des Affaires étrangères. Ils peuvent aussi demander seulement un permis de résidence pour ramener l'enfant aux Pays-Bas, ou plus simplement un visa touristique auprès du Service de l'immigration et de la naturalisation pour faire entrer l'enfant sur le territoire national. Il arrive aussi que les parents d'intention n'engagent leurs démarches qu'une fois de retour aux Pays-Bas. La reconnaissance par les autorités néerlandaises d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger en conformité de la loi locale ou d'un jugement rendu en vertu de la loi étrangère locale et qui les désignent en qualité de parents légaux pourrait théoriquement être accordée dans le respect des conditions du droit commun (art. 101, livre 10 du Code civil), mais une cause de refus de reconnaissance pourrait en pratique être tirée de l'illicéité aux Pays-Bas de la convention qui est à l'origine de la naissance de l'enfant, comme en a décidé la Cour de district de La Haye dans un arrêt du 23 novembre 2009 (affaire n° 328511 / FA RK 09-317, arrêt non publié).

f. - Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, un enfant né à la suite d'un accord entre un couple britannique et une mère de substitution étrangère est soumis à la législation britannique quand le couple souhaite faire entrer l'enfant sur le territoire britannique. Il doit donc s'y conformer, notamment en ce qui concerne l'application des règles relatives à la parentalité et à l'absence de versement à la mère porteuse de sommes excédant les frais raisonnablement engagés par elle. Certains systèmes judiciaires étrangers admettent que les parents d'intention acquièrent automatiquement le statut de parentalité, soit parce qu'ils sont désignés en qualité de père et mère dans l'acte de naissance, soit par l'effet d'un jugement étranger. Cependant, s'ils résident ou s'ils sont domiciliés au Royaume-Uni, il est possible qu'ils ne soient pas considérés comme les parents légaux, notamment en vue de l'autorisation d'entrée sur le territoire et de la nationalité de l'enfant, ce qui peut les empêcher de ramener celui-ci au Royaume-Uni. La solution consiste alors à faire une demande de décision parentale, ce qui exige que l'un d'entre eux au moins possède un lien génétique avec l'enfant. En outre, une difficulté peut résulter du fait qu'ils aient rémunéré la mère de substitution dans le cadre d'un accord à titre onéreux, comme c'est souvent le cas, et selon la législation britannique, ils devront alors demander au tribunal d'autoriser leurs versements avant qu'une décision parentale ne puisse leur être accordée. Le tribunal examinera les circonstances particulières de la situation avant de décider s'il convient de faire exception à la politique publique britannique qui interdit les maternités de substitution à des fins lucratives.

Lorsqu'un enfant est né à l'étranger d'une mère de substitution, sa naissance doit être enregistrée selon les dispositions légales en vigueur dans l'État où il est né. Par la suite, le couple demandeur (commissioning couple) pourra demander une décision parentale auprès du tribunal britannique compétent (Angleterre et Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord), en procédant de la même façon que si la naissance avait eu lieu au Royaume-Uni. Pour cela, certains critères réglementaires devront être satisfaits, notamment le fait que les parents demandeurs soient domiciliés au Royaume-Uni, dans les Iles Anglo-normandes ou dans l'Île de Man.

g. - Suisse

La reconnaissance de la décision étrangère concernant la maternité de substitution doit être conforme aux principes généraux du droit international privé suisse et notamment ne pas être manifestement contraire à l'ordre public suisse. L'intérêt de l'enfant est le critère prépondérant d'ordre public. Le principe de droit interne qui veut que le lien juridique de filiation maternelle s'établisse de plein droit, entre l'enfant et la femme qui lui a donné naissance, n'a pas été érigé en règle d'ordre public en droit international privé, afin d'éviter des rapports juridiques boiteux. Lorsqu'une situation de maternité de substitution réalisée à l'étranger est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse, la filiation maternelle de la mère commanditaire ne sera pas reconnue. La filiation paternelle établie à l'étranger peut être maintenue ou supprimée en même temps que la filiation maternelle, si la situation familiale réalisée à l'étranger dans son ensemble est jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse. Un grand nombre de situations peuvent se présenter, selon qu'il s'agit d'une famille commanditaire monoparentale (mère seule ou père seul), une famille commanditaire avec deux parents hétérosexuels ou un couple de même sexe.

Si les liens de filiation résultant d'une situation de maternité de substitution à l'étranger ne sont pas reconnus en Suisse, il sera néanmoins possible parfois d'établir un lien de filiation à l'égard de l'un ou des deux parents commanditaires en application du droit suisse. La filiation paternelle peut dans ce cas résulter d'une reconnaissance d'enfant, d'une action judiciaire en paternité ou d'une adoption. La reconnaissance d'enfant et l'action en paternité nécessitent que la filiation maternelle soit établie. Aucune autre filiation paternelle ne doit par ailleurs avoir été établie, notamment sur le fondement de la présomption de paternité du mari de la mère porteuse. Dans ce cas-là, l'adoption reste donc le seul moyen pour créer un nouveau lien de filiation entre l'enfant et le père commanditaire. Les parents de l'enfant doivent en principe y consentir, à moins que l'on puisse faire abstraction de leur consentement dans les conditions restrictives de la loi (art. 265a à 265d du code civil).

Pour la femme commanditaire, si la mère porteuse a été inscrite dans le registre de l'état civil suisse en tant que mère, la filiation ne peut être établie que par adoption, pour autant que les parents y aient consenti ou que l'on puisse faire abstraction de leur consentement (art. 265a à 265d du code civil). En effet, la mère d'intention ne peut pas

reconnaître l'enfant, ni agir en constatation de la maternité, quand bien même l'un de ses ovules aurait été à l'origine de la conception.

Une personne mariée peut adopter un enfant avec son conjoint ou peut adopter l'enfant de son conjoint, notamment lorsque le père a reconnu l'enfant. Le mariage n'est admis en droit suisse qu'entre deux personnes de sexe différent. Une personne seule peut adopter, mais l'adoption rompt tous les liens de filiation antérieurs, notamment ceux établis par reconnaissance d'enfant avec le père commanditaire. De plus, l'adoption par une personne seule est exceptionnelle, car l'intérêt de l'enfant commande en règle générale son intégration dans une famille biparentale. Le droit suisse de l'adoption ne permet actuellement pas à un couple de personnes de même sexe liées par un partenariat, ni à des concubins (hétérosexuels ou homosexuels) d'adopter ensemble.

h. - Espagne⁸⁰

Une décision du Tribunal Suprême du 10 février 2014 semble reconnaître certaines possibilités d'établissement de la filiation des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui. Si cette décision ne remet pas en cause l'interdiction légale de la gestation pour autrui - elle refuse d'ailleurs une transcription d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger sur un acte d'état civil en se référant à l'ordre public espagnol -, elle accepte toutefois de reconnaître certains effets de la gestation pour autrui sur le plan de la filiation en permettant à certains parents d'intention de recourir à l'adoption. Les juges affirment dans cette décision que le couple (homosexuel) pourra obtenir l'inscription de la filiation de l'enfant sur les registres d'état civil, en effectuant une reconnaissance de paternité pour le père et en recourant aux mécanismes de l'adoption pour le conjoint.

3. - La Conférence de La Haye en droit international privé

Conformément au mandat qui lui a été confié par les membres, le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé étudie actuellement les questions de droit international privé liées à la filiation juridique des enfants, en particulier dans le cadre de conventions de maternité de substitution. Dans un document préliminaire, établi en mars 2011, le bureau permanent faisait valoir qu'un futur instrument général pourrait par exemple contenir :

- des règles uniformes relatives à la compétence des tribunaux et des autres autorités pour rendre des décisions en matière de filiation juridique d'effet général (c'est-à-dire *erga omnes*) ;
- des règles uniformes pour la loi applicable ;
- les règles correspondantes en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de

⁸⁰ Les données concernant l'Espagne sont puisées dans l'étude comparative réalisée par le bureau du droit comparé du SAEI en octobre 2014

telles décisions ;

- des règles uniformes pour la loi applicable à l'établissement de la filiation juridique de plein droit ou par contrat ;
- des principes en matière de loi applicable ou de reconnaissance concernant l'établissement de la filiation par reconnaissance volontaire.

A la suite de l'examen de ce document préliminaire, le bureau permanent a été invité à établir un questionnaire permettant d'obtenir des informations plus détaillées sur l'étendue et la nature des questions de droit international privé rencontrées en ce qui concerne les conventions de maternité de substitution à caractère international. Sur la base des réponses obtenues, le bureau permanent a publié, en 2014, l'étude précitée. Un grand nombre d'Etats se sont prononcés pour la constitution d'un groupe d'experts chargé "d'approfondir l'étude de la faisabilité d'établir un instrument multilatéral dans le domaine de la filiation/maternité de substitution"⁸¹.

4. - Les décisions du tribunal de grande instance de Nantes postérieures aux arrêts Mennesson et Labassée

Pour les raisons indiquées plus haut, le contentieux de la transcription des actes d'état civil relève de la compétence du tribunal de grande instance de Nantes. Ce dernier a rendu récemment trois décisions:

a. - Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07499 (B... c. procureur de la République)

S'agissant d'un enfant né aux Etats-Unis :

Le fait que la naissance de l'enfant puisse être la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt de l'enfant qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que Monsieur B... sollicite la transcription de l'acte de naissance de l'enfant (...), cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle cet enfant peut prétendre en qualité d'enfant d'un ressortissant français.

La demande de transcription sera en conséquence accueillie (...)

b. - Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07503 (C... c. procureur de la République)

⁸¹ Voir le rapport du bureau permanent établi en février 2015; l'ensemble des documents du bureau permanent se trouvent sur le site de la Conférence (http://www.hcch.net/index_fr.php)

S'agissant de deux enfants nés en Inde :

Le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt de l'enfant qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance.

S'il ressort des mentions des actes de naissance des enfants que ceux-ci ne portent aucune indication du nom de la mère, et que la filiation maternelle des enfants n'est en conséquence pas établie, il sera cependant constaté que les actes ont été régulièrement établis par les autorités indiennes, en ce qu'ils n'établissaient que la filiation paternelle à l'égard de Monsieur Heberman ; que cette circonstance ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation paternelle est la seule juridiquement reconnue aux enfants.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que Monsieur C... sollicite la transcription des actes de naissance des enfants (...), cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants d'un ressortissant français et qui, au cas d'espèce, apparaît d'autant plus importante qu'il s'agit du seul lien de filiation qui soit établi.

La demande de transcription sera en conséquence accueillie (...)

c. - Jugement du 13 mai 2015, n° 14/07497 (D...E... c. procureur de la République)

S'agissant de deux enfants nés en Ukraine :

Le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt des enfants qui ne sauraient se voir opposer les conditions de sa naissance.

Monsieur Patrice D... et Madame Aurélia E... épouse D...sont, suivant les énonciations des actes de naissance établis en Ukraine, les pères et mère des enfants (...). Le fait que Madame D... soit portée à l'acte en tant que mère des enfants alors qu'elle n'a pas accouché ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation maternelle est la seule juridiquement reconnue aux enfants comme régulièrement établie dans le pays de naissance.

En considération de ces éléments, il apparaît que c'est à bon droit que Monsieur et Madame D... sollicitent la transcription des actes de naissance des enfants (...), cette

transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants de ressortissants français.

Les demandes de transcription seront en conséquence accueillies (...)

Ainsi le tribunal de grande instance de Nantes tire-t-il des conséquences assez larges des arrêts Mennesson et Labassée en ordonnant la transcription pure et simple des actes de naissances concernant des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui, sans rechercher si le père désigné est le père biologique et même lorsqu'il est avéré que la femme qui figure dans cet acte n'est pas celle qui a accouché.

D. - Les pistes proposées

1. - Instituer une filiation putative

Dans son étude précitée sur la révision des lois de bioéthiques, le Conseil d'Etat explore les pistes permettant d'assurer aux enfants une certaine sécurité de la filiation⁸². Parmi elle figure l'institution d'une filiation putative :

Il a été proposé de dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite, dans l'esprit de l'évolution qui a été constatée pour les enfants adultérins.

Dans ce dernier domaine, la loi a fini par reconnaître des droits, notamment successoraux, équivalents à ceux des autres enfants. Pour pallier les inconvénients résultant de l'absence de filiation des enfants issus de gestation pour autrui, la solution pourrait être d'admettre une sorte de « filiation putative » (en comparaison avec l'institution du mariage putatif admis par le droit français : en vertu de l'article 201 du code civil, un mariage déclaré nul peut malgré tout produire ses effets s'il a été contracté de bonne foi)⁸³

On doit rappeler que l'article 201 du code civil prévoit que :

Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux.

Ces dispositions permettent d'atténuer l'effet rétroactif de l'annulation d'un mariage en

⁸² pages 65 et suivantes du rapport précité note 10

⁸³ Page 65 du rapport

prévoyant le maintien de certains droits acquis avant l'annulation: usage du nom du mari par la femme, application des conventions matrimoniales, bénéfice d'une succession, acquisition de la nationalité etc. Ainsi qu'il a été relevé plus haut, le Conseil d'Etat a suggéré que, sur le modèle du mariage putatif, la reconnaissance d'une filiation putative soit envisagée. La question de savoir à quel titre la loi française s'appliquerait au regard des dispositions des articles 311-14 et 311-15 du code civil (voir infra) pourrait trouver une réponse dans la transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge que le caractère putatif du mariage dépend de la loi qui édicte les causes de nullité du mariage et qui, de ce fait, a compétence pour régler les conséquences de cette nullité⁸⁴. L'institution d'une filiation putative pourrait résoudre une partie des problèmes pratiques décrits plus haut en cas de non-transcription de l'acte d'état civil. En revanche et à supposer même qu'une telle institution puisse être l'oeuvre de la jurisprudence et non du législateur, elle ne semble pas propre à remédier aux problèmes mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme, relatifs à l'identité que peut rencontrer l'enfant dont la filiation n'est pas reconnue.

2. - Admettre une transcription partielle

Dans la même étude, le Conseil d'Etat écrit :

Il pourrait également être envisagé d'autoriser la transcription de la filiation paternelle et d'admettre une possibilité pour la mère d'intention d'engager une procédure d'adoption, impossible en l'état du droit. Cette solution permettrait au juge de contrôler l'adoption et de n'admettre celle-ci que si elle est dans l'intérêt de l'enfant. Cette solution pose toutefois un problème dans le cadre des couples non mariés, puisque l'adoption n'est pas permise au sein de tels couples : ainsi, un arrêt du 20 février 2007 de la Cour de cassation a annulé une décision admettant l'adoption de l'enfant par la compagne du père, au motif que cette adoption entraînait le transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante seule. Il en résulterait donc une différence selon le statut matrimonial du couple. En effet, l'adoptante non mariée serait alors seule investie de l'autorité parentale (cf. articles 356 et 365 du code civil), à l'exclusion du père, et la question de l'héritage resterait entière.

Toutes ces solutions auraient cependant pour point commun de créer une profonde incohérence juridique par rapport à la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne. Elles conduiraient en effet à reconnaître des effets juridiques à une situation que le législateur a formellement interdite.

En privant d'une partie de ses effets l'interdiction de la gestation pour autrui, on prendrait le risque de faciliter des pratiques jugées contraires au respect de la personne humaine, qu'il s'agisse de la mère gestatrice ou de l'enfant. Sur un plan autant juridique que symbolique, il paraît délicat de concilier le maintien de cet interdit en France et la

⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 1957

reconnaissance de certains effets d'une gestation régulièrement conduite à l'étranger. En outre, admettre une forme de régularisation au bénéfice des couples ayant eu légalement recours à une gestation pour autrui à l'étranger sans autoriser la même pratique pour les « parents d'intention » qui auraient recouru illégalement à la gestation pour autrui en France, créerait une injustice entre les enfants élevés par des couples ayant eu les moyens de se rendre à l'étranger et les enfants élevés par ceux qui n'auraient pu le faire.

Des solutions ponctuelles peuvent cependant être imaginées dans le but de pallier les difficultés pratiques des familles, sans modifier les règles relatives à la filiation.

On pourrait ainsi permettre la transcription de la seule filiation paternelle, en considérant qu'il en va de l'intérêt de l'enfant que sa filiation soit reconnue à l'égard de son père biologique ; puis, à défaut de permettre la reconnaissance de la filiation maternelle, la mère d'intention pourrait bénéficier, à la demande du père, d'un jugement de délégation avec partage de l'autorité parentale (article 377 du code civil). Dans ce cas, la mère pourrait bénéficier de prérogatives liées à l'autorité parentale (comme peuvent en bénéficier certains tiers au regard du droit de la famille) sans que la filiation à son égard soit pour autant établie. Toutefois, de même que l'option précédente consistant à permettre une adoption par la mère, le recours à une délégation-partage de l'autorité parentale nécessite que l'on admette une possibilité d'établissement de la filiation paternelle (par la transcription de l'acte étranger, ou par la reconnaissance). Celle-ci ne devrait pas, malgré les incertitudes jurisprudentielles, créer de difficulté, puisqu'il existe un lien biologique entre l'enfant et le père, lequel se trouve dans une situation similaire à celle du père d'un enfant né hors mariage. La filiation paternelle paraît au Conseil d'État pouvoir être reconnue.

On pourrait enfin autoriser l'inscription en marge de l'acte de naissance de l'enfant d'une mention relative au jugement étranger qui a reconnu la mère d'intention comme mère, en prévoyant que cette inscription aurait pour seul effet d'éviter qu'en cas de décès de la mère, une procédure d'adoption plénière par un tiers puisse priver les parents de la mère d'intention de tout lien avec l'enfant (cette inscription aurait pour effet de permettre une adoption simple mais non plénière)⁸⁵.

L'article 7, alinéa 2, du décret n° 62-921 du 3 août 1962, précité page 25, dispose que «seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant». Cette formulation correspond à un abandon de la conception originelle de la transcription, selon laquelle l'acte transcrit était une reproduction intégrale de l'acte de l'état civil étranger, sans qu'aucune analyse du contenu ne soit effectuée par l'officier de l'état civil consulaire⁸⁶. Une transcription

⁸⁵ page 66 de l'étude

⁸⁶ V. L.-D. Hubert, G. Auvolat et P. Brunel, Jurisclasseur civil art. 47 et 48, fasc. 20, n° 95

partielle semble donc pouvoir être envisagée lorsque certaines des mentions de l'acte établi à l'étranger ne sont pas conformes à la loi française. Saisie d'une question d'un député portant sur la transcription consulaire d'un acte de naissance, établi au Québec, qui mentionnait, en qualité de parents, deux femmes mariées entre elles, la ministre de la justice a répondu que, *“sous réserve que la preuve de l'accouchement soit rapportée, la transcription partielle de l'acte de naissance peut être admise. L'acte portera alors l'unique indication, comme mère, de la femme qui a accouché”*⁸⁷.

Si l'on admettait la transcription des seules mentions relatives au père génétique lorsqu'il apparaît que l'acte d'état civil établi à l'étranger se rapporte à un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, la question se poserait du contrôle que l'agent consulaire peut exercer sur la preuve de la filiation biologique, étant rappelé que, selon l'article 16-11 du code civil,

L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides (...).

Il va de soi qu'une expertise génétique ne pourrait pas être ordonnée lors de la demande de transcription de l'acte. En l'état actuel de la législation, elle ne pourrait pas non plus être ordonnée par le juge saisi (comme dans les affaires qui nous sont soumises aujourd'hui) à la suite d'une contestation de la transcription par le ministère public. En effet, ce juge n'est pas saisi d'une action tendant à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation. L'une des questions qui se posent est alors de savoir si ce juge devrait admettre la transcription sur la simple constatation que l'acte de naissance précise que le père est le père biologique, cette constatation pouvant être corroborée ou remplacée par un certificat délivré dans le pays de naissance et attestant de la filiation biologique.

Par ailleurs la transcription de la seule filiation paternelle biologique laisse entière la question de la mère. Peut-on admettre que l'intérêt de l'enfant est d'avoir une certitude

⁸⁷ Réponse du 15 avril 2008

sur sa filiation biologique à l'égard de son père mais pas à l'égard de sa mère? Mais la question se pose alors de savoir ce qu'il faudrait entendre par "mère biologique". Dans son arrêt du 16 décembre 2014, la cour d'appel de Rennes a considéré qu'il s'agit de la mère ayant accouché puisque c'est elle que le droit français désigne comme étant la mère. Mais la question peut se poser de savoir si la mère qui a fourni les ovocytes n'est pas tout autant la mère biologique. Dans les affaires Mennesson et Labassée, la question ne se posait pas puisque l'acte de naissance désignait la mère d'intention, qui n'était pas celle dont provenaient les ovocytes.

S'agissant de la délégation d'autorité parentale, l'article 377, alinéa 1, du code civil dispose que :

Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En 2002, le législateur a introduit la "délégation partage", qui est organisée par l'article 377-1, alinéa 2, du code civil :

Toutefois, le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.

3. - Admettre la transcription totale

Le rapport Théry/Leroyer, précité, a également envisagé un certain nombre de "solutions propres à permettre une prise en compte humaine et satisfaisante de l'intérêt de l'enfant". La première consiste à admettre l'établissement de la filiation en droit français, dès lors qu'elle correspond à la vérité biologique. Selon le rapport cette solution pourrait se justifier dans la mesure où il est discutable d'invoquer l'ordre public international pour priver d'effets des solutions valablement constituées selon le droit français. Il estime contestable de prétendre que la filiation elle-même serait frauduleuse, puisque précisément elle correspond à la vérité biologique. Il observe cependant que cette solution ne permettrait que l'établissement partiel de la filiation de l'enfant. En effet, seule la paternité serait alors établie. La mère d'intention, même lorsqu'elle est la mère génétique, serait privée de la possibilité de reconnaître l'enfant, puisqu'elle n'en a pas accouché.

Une autre voie, dans la même ligne, consisterait à autoriser une transcription partielle des actes d'état civil étrangers, et ce dès lors que les filiations paternelle et/ou

maternelle qu'ils constatent sont conformes à la vérité biologique. Ainsi, seraient transcrits les actes qui mentionnent le nom du père biologique et celui de la mère porteuse si elle est également la mère génétique de l'enfant, voire, par exception à la règle *mater semper certa*, de la filiation de la mère d'intention, si celle-ci est également la mère génétique de l'enfant et que c'est elle qui, en vertu du droit étranger, a été inscrite en qualité de mère dans l'acte de naissance étranger. Le rapport souligne cependant que l'inconvénient de la solution est de risquer, dans certains cas, de rattacher l'enfant d'une manière totalement théorique à la mère porteuse, alors même que seule la mère d'intention s'occupera de l'enfant.

Une troisième solution consisterait à reconnaître uniquement les situations valablement constituées à l'étranger conformes à certains standards éthiques minimum, tels que :

- un consentement convenablement éclairé de la femme porteuse ;
- l'absence de toute mesure ayant porté atteinte à la dignité (par exemple, en cas de gestation pour autrui consentie par détresse financière), à la liberté individuelle ou à la santé de la femmeporteuse ;
- l'exigence d'un jugement (ou d'un acte public équivalent) rendu à l'étranger qui confère aux parents d'intention la qualité de parents juridiques (l'intervention d'un juge pouvant être considérée comme la garantie d'un encadrement minimum).

Une telle solution rejoint celle de l'Espagne. Plusieurs raisons peuvent néanmoins lui être opposées :

- le « sacrifice » de l'enfant est tout aussi inacceptable dans les cas où la gestation pour autrui s'est déroulée dans des conditions contraires à tout standard éthique minimum (concrètement, la reconnaissance sélective pourrait revenir à « sauver » l'enfant né en Californie mais non celui né en Inde ou en Ukraine...) ;
- en fait, cela reviendrait en définitive à faire peser sur l'enfant les conséquences du choix de ses parents de recourir à une gestation pour autrui réalisée hors d'un cadre éthique minimum ;
- par ailleurs, certains enfants continueraient de rester sans filiation reconnue par le droit français.

La dernière solution envisagée par le groupe de travail consiste à admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées à l'étranger, assortie de sanctions pénales. Cette solution reposerait sur l'idée que soient mis en place des moyens propres à ne pas vider de son sens la prohibition de la gestation pour autrui posée à l'article 16-7 du code civil. Dans cette perspective, assortir cette proposition de sanctions pénales à l'égard des parents d'intention pourrait être envisagé en particulier dans les cas où les standards éthiques minimum n'ont pas été respectés. De telles sanctions seraient alors prévues par dérogation au principe territorialité de loi pénale. Toutefois, l'idée de prévoir des sanctions à l'égard des parents d'intention a été jugée critiquable dans la mesure où elle conduirait à sanctionner indirectement l'enfant, en plaçant ses parents en prison ou en les condamnant pécuniairement.

Aussi la solution finalement préconisée par le groupe de travail consiste-t-elle à admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées, tout en accompagnant cette reconnaissance d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne.

Dans un article écrit postérieurement à ce rapport⁸⁸, Mme Irène Théry et Mme Anne-Marie Leroyer écrivent :

*Sur la crainte d'une absence de sanction à l'encontre des parents qui auraient ainsi recours au processus de gestation pour autrui à l'étranger, on soulignera deux points. Le premier est relatif à l'efficacité de cette soi-disant sanction. Dans les pays prohibant la gestation pour autrui, mais reconnaissant la filiation des enfants ainsi conçus à l'égard des parents d'intention, il n'y a pas eu d'essor du recours à la gestation pour autrui (V. l'exemple espagnol et l'instruction du 5 octobre 2010. - G. Schamps et J. Sosson (ss dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?* : Bruylant, 2013, p. 213 et s. - Adde F. Granet, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les pays membres de la CIEC* ", 2014, site de la CIEC). Surtout, pour ceux qui trouveraient l'argument spécieux, en s'attachant à l'aspect symbolique de la sanction, il faut relever que s'agissant d'un processus réalisé à l'étranger pour des nationaux français, il n'y a guère qu'un instrument de coopération internationale, qui pourrait permettre d'éviter les abus⁸⁹.*

C'est une solution du même ordre que semble préconiser Mme Johanna Guillaumé à la fin de son commentaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Mennesson et Labassée*⁹⁰

Cet auteur écrit :

La Cour EDH n'impose pas la reconnaissance des actes de naissance étrangers. Elle impose simplement l'établissement de la filiation, y compris suivant les modes d'établissement du droit interne, qu'il s'agisse de la reconnaissance, de la possession d'état ou encore de l'adoption. Cette dernière possibilité laisse perplexe, dans la mesure où l'obligation d'établir la filiation repose sur l'intérêt de l'enfant d'établir sa filiation biologique. On peut se demander si l'adoption de l'enfant par son père biologique serait

⁸⁸ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Les suites du rapport "Filiation, origine, parentalité"*, Droit de la famille, septembre 2014

⁸⁹ Pour une étude très complète de la question de l'élaboration d'un tel instrument, V. H. Fulchiron, "*La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?*", Journal de droit international, avril 2014,

⁹⁰ J. Guillaumé, *Transcription d'un acte de naissance étranger, gestation pour autrui*", Journal du droit international (Clunet) n° 4, octobre 2014, comm. 5, précité

de nature à satisfaire cet objectif identitaire, la filiation adoptive s'opposant en principe à la filiation biologique. N'y aurait-il pas une contradiction, attentatoire à l'identité de l'enfant, si l'on permettait au père biologique d'adopter son propre enfant ?

On peut aussi se demander si la possibilité de créer un nouveau lien de filiation paternelle satisfait véritablement l'intérêt de l'enfant. En effet, si la filiation est établie en application des règles matérielles françaises, l'absence de reconnaissance du lien de filiation étranger entraîne une rupture dans la continuité du statut personnel de l'enfant. Exceptée dans l'hypothèse de la reconnaissance prénatale, cette rupture se manifeste par une absence de filiation. À quelle condition cette rupture est-elle contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ? Tout dépend de l'appréciation qui en est faite.

Soit l'on considère que l'intérêt de l'enfant est atteint dès lors qu'il se trouve dans « une situation d'incertitude juridique » (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, préc., pt 96. – CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, pt 75) du fait de l'absence de filiation dans l'ordre juridique français. Si la filiation est établie en France après le retour de l'enfant, selon un mode prévu par le droit interne, l'absence de filiation ne sera que temporaire. Elle a néanmoins l'inconvénient d'exister et de placer l'enfant dans un statut boiteux. Suivant le mode d'établissement de la filiation, cette absence provisoire de filiation peut disparaître de façon rétroactive. Tel est le cas avec la reconnaissance. En revanche, en cas d'adoption, la création du lien de filiation prend effet au jour du dépôt de la requête en adoption (C. civ., art. 355). Quant à la possession d'état, il existe un doute sur la nature déclarative ou constitutive de l'acte de notoriété (F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil. La famille : Dalloz, 8e éd. 2011, p. 467, n° 522). Quoiqu'il en soit, l'existence du statut boiteux en tant que tel ne semble pas être un souci pour la Cour EDH, puisqu'en imposant le seul établissement de la filiation biologique, elle maintient l'enfant dans un statut personnel boiteux du point de vue de sa filiation maternelle.

Il faut donc considérer que l'intérêt de l'enfant n'est atteint que si l'absence de filiation engendre une difficulté concrète, au regard notamment de sa succession ou de sa nationalité. Dans ce cas, seule la reconnaissance prénatale permet d'assurer la continuité du statut de l'enfant. Par exemple, dans l'affaire Labassée, les époux avaient obtenu le certificat de notoriété deux ans après la naissance de l'enfant. La transcription de l'acte de notoriété aurait satisfait les exigences de la Cour EDH. Pourtant, si le père était décédé durant ces deux années, donc avant que le lien de filiation ne soit créé en France, l'enfant n'aurait pas eu de vocation successorale. Finalement, même si la Cour EDH évoque la reconnaissance d'enfant, la possession d'état et l'adoption, le meilleur moyen de protéger l'intérêt de l'enfant apprécié in concreto, hormis la transcription des actes de naissance étrangers, est la reconnaissance prénatale. (...)

En imposant la seule reconnaissance de la filiation biologique, la Cour EDH a donc fait le choix d'une solution modérée. Quitte à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, n'aurait-il pas mieux fallu imposer la reconnaissance de la double filiation paternelle et maternelle prononcée par le droit étranger ? (solution préconisée par le rapport de la mission « Filiation, origines, parentalité », à l'unanimité des membres du groupe).

Certes, une telle solution aurait pour conséquence de cautionner le contournement de

la loi française, récemment qualifié de fraude à la loi. Mais la sanction ne doit pas peser sur l'enfant, étranger à la conclusion du contrat de mère porteuse. Elle aurait également pour conséquence de faire triompher la loi étrangère permissive au détriment du droit prohibitif du for pourtant impératif au plan international. Mais la France n'admet-elle pas la primauté de la loi permissive lorsqu'il s'agit de la loi française ? La loi du 17 mai 2013 permet en effet à un individu de se marier avec un conjoint de même sexe, en dépit de sa loi nationale prohibitive, dès lors que ce conjoint est lié par sa nationalité, son domicile voire sa simple résidence à un État qui autorise l'union. Elle admet donc que le statut prohibitif cède, au risque de créer une union boiteuse. Elle admet que le droit de célébrer un mariage homosexuel l'emporte sur les valeurs essentielles étrangères.

4. - Maintenir l'interdiction de la transcription mais ouvrir la voie d'une "reconstruction" de la filiation

L'expression "reconstruction de la filiation" est empruntée à M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon, qui, dans leur article précité⁹¹, écrivent que *la reconstruction de la filiation selon les règles du pays d'accueil (en France les règles de la filiation biologique et celles de l'adoption) paraît plus respectueuse des prohibitions légales que la voie de la reconnaissance de l'acte d'état civil étranger puisque le lien de filiation ne découle plus, indirectement, du contrat de gestation pour autrui, mais de la nécessité de respecter l'identité de l'enfant et de préserver son intérêt.*

L'idée serait que la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'issue d'une gestation pour autrui reste impossible mais que cette impossibilité soit compensée par la possibilité d'établir la filiation selon les règles du droit français. On peut se demander s'il n'est pas contradictoire, après avoir refusé de refuser de transcrire une filiation au nom de l'ordre public international, d'admettre que la filiation puisse être établie, selon les règles du droit français, alors que l'ordre public interne est *a priori* plus strict que l'ordre public international. Mais si la suggestion d'une reconstruction peut se discuter, elle est incontestablement très féconde et mérite, pour cette raison, qu'on l'étudie en détail.

La question se présente de manière différente selon que l'on envisage d'établir uniquement la filiation biologique ou que l'on étend la démarche à la filiation d'intention.

a. - Permettre l'établissement de la filiation biologique

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, la jurisprudence de la Cour de cassation s'oppose actuellement à la reconnaissance paternelle d'un enfant né à la suite d'une gestation pour autrui, même lorsque l'auteur de la reconnaissance est le père biologique. La voie

⁹¹ *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 EDH, précité note 31*

suggérée par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon suppose donc un inflexionnement de cette jurisprudence. Il est important de préciser que, si cette voie était ouverte, elle ne pourrait être empruntée que sous le contrôle du ministère public, compétent en application de l'article 336 du code civil. En cas de contestation, la filiation pourrait être établie par un test ADN, étant rappelé que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder⁹². La Cour de cassation contrôle les motifs par lesquels les juges justifient le refus d'ordonner une expertise biologique et se montre assez stricte pour admettre un motif légitime. Ainsi, dans le cadre d'une recherche en paternité, elle a censuré une décision qui, pour rejeter une demande d'expertise, avait relevé que le demandeur ne fournissait aucun indice ou présomption de paternité et qu'il ne connaissait pas l'adresse de la personne dont il cherchait à établir qu'il était le père.

En cas de succès de l'action, le jugement qui prononce expressément l'établissement de la filiation est déclaratif. Il en résulte que l'enfant peut réclamer tous les droits afférents à sa qualité et ouverts à son profit depuis sa naissance⁹³. Par ailleurs il faut rappeler que la reconnaissance de filiation peut être faite avant la naissance.

Le problème de l'établissement de la filiation biologique se pose de manière très différente selon qu'il s'agit de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle.

1) La filiation biologique paternelle

- *La voie d'une action d'une action en recherche de paternité*

Dans son commentaire des arrêts Mennesson et Labassée, M. Louis d'Avout envisage une action en recherche de filiation⁹⁴. Il écrit :

“Il n'est pas interdit de penser que la doctrine hexagonale, trop focalisée sur les débats idéologiques - bien sûr légitimes et importants - et les discussions de méthode, n'a pas suffisamment accompagné la jurisprudence nationale pour lui éviter cette condamnation européenne. Idéalement, il aurait fallu souligner et mieux faire comprendre qu'un refus de coopération de la France aux politiques législatives étrangères, se traduisant par l'inopposabilité en France des jugements et actes publics étrangers, n'interdisait pas de faire jouer ensuite les règles de conflit de lois (art. 311-14 s. c. civ.) pour permettre à l'enfant, représenté en justice à cette fin, d'agir contre son père biologique pour l'établissement de sa filiation. A notre sens, il eût même été possible d'infléchir la

⁹² Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 2000 (98-12806); Solution réaffirmée par exemple par Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005 (04-13913)

⁹³ Cass. 1^{ère} civ. 29 juin 1977, n° 74-15.080 Bull. n° 305 ; CE 16 février 1979, n° 12722

⁹⁴ L. d'Avout, *La “reconnaissance” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée*, Rec. Dalloz, 2014, p. 1806, précité

jurisprudence de droit interne, afin de permettre une constitution, par voie de possession d'état, du lien de filiation avec la mère d'intention, après quelques années de vie en France avec l'enfant (le droit français étant alors compétent au titre de l'art. 311-15 c. civ.). Ce jeu possible des conflits de lois, pourtant classique, n'a pas été entendu ; pour partie, semble-t-il, à cause de l'incroyable effet de brouillage doctrinal lié à la promotion récente d'une nouvelle méthode dite de « reconnaissance des situations ».

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 oeuvre leurs règles de conflits de lois, afin que l'enfant ne soit pas privé sans raison suffisante du droit d'établir sa filiation biologique. Ainsi entendue, la jurisprudence de la Cour européenne ne constitue qu'un tempérament à la jurisprudence française, qui peut (et, selon nous, devrait) continuer à proroger, en matière internationale, la volonté claire du législateur, saut à en tempérer parfois les effets concrets dans l'intérêt de la personne privée de bonne foi (ici : l'enfant, et lui seulement).

Notre rôle d'annotateur n'est pas de livrer un guide pratique de transposition des arrêts de la Cour européenne. Mais, pour résumer le propos et à supposer que les arrêts commentés deviennent définitifs, il est loisible de présenter ainsi les deux réactions jurisprudentielles principalement envisageables en France :

- la réaction maximale consisterait en une reconnaissance partielle en France des liens de filiation biologique découlant des jugements et des actes étrangers d'état civil, obtenue techniquement par refus de déclenchement de l'exception d'ordre public ou de fraude. Mais cette reconnaissance partielle serait malaisée, qui coexisterait, s'agissant des mêmes titres, avec un refus de reconnaissance de la filiation maternelle, établie à l'étranger dans des circonstances contraires à l'ordre public français et non affectée par la décision de la Cour européenne ;

- la réaction minimale impliquerait, quant à elle, le maintien du refus de reconnaissance des jugements et actes étrangers, motif pris de la fraude des parents et de l'atteinte à l'ordre public, mais l'admission corrélative de l'enfant, dûment représenté en justice, à l'établissement en France de sa filiation en application des règles françaises de résolution des conflits de lois (filiation biologique à l'égard du père ; fondée éventuellement sur la possession d'état à l'encontre de la mère d'intention).

La solution "minimale" que propose M. d'Avout, est celle qui sépare le mieux, au moins

sur le plan symbolique, l'action destinée à établir la paternité et celle qui vise à faire transcrire l'acte d'état civil puisque la première est intentée au nom de l'enfant, dans son intérêt, au lieu que la seconde est mise en oeuvre par le père. Ainsi, sur le plan des principes, n'apparaît-il pas contradictoire d'interdire au père d'obtenir la transcription d'un acte d'état civil qui est la conséquence d'une fraude tout en permettant à l'enfant, auquel aucune fraude ne saurait être reprochée, de faire établir sa filiation. Toutefois cette distinction reste, dans une large mesure, symbolique tant il est vrai qu'on ne peut pas réduire la filiation à un lien biologique. En faisant établir sa filiation l'enfant ne fait pas seulement reconnaître un lien biologique mais facilite l'instauration d'un lien social qui implique tout autant son père; à l'inverse il est artificiel de séparer, dans la transcription de l'acte de naissance, les effets qu'elle produit à l'endroit du père et ceux qu'elle a sur l'enfant.

Pour apprécier la manière dont cette solution pourrait être mise en oeuvre, il faut se rappeler que, selon l'article 327 du code civil, "la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant". Si l'enfant est mineur, l'action pourrait être engagée en son nom par son père puisqu'il semble admis que, malgré l'absence de reconnaissance, en France, du lien de filiation entre l'enfant et le père figurant sur l'acte de naissance établi à l'étranger, ce dernier puisse représenter le premier devant les juridictions françaises⁹⁵. A défaut, l'action sera engagée par un tuteur *ad hoc*, conformément à l'article 408, alinéa 2, du code civil. Si une action en recherche de paternité est ainsi engagée, la filiation se prouve et se conteste par tout moyen (article 310-3 du code civil). Elle pourrait donc être établie par un test ADN, dans les conditions décrites plus haut. En cas de succès de l'action, le jugement qui prononce expressément l'établissement de la paternité est déclaratif. Il en résulte que l'enfant peut réclamer tous les droits afférents à sa qualité et ouverts à son profit depuis sa naissance⁹⁶.

Reste à savoir à quel titre ces dispositions peuvent s'appliquer. Selon l'article 311-14 du code civil, "*la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant*". Par "loi personnelle", il faut entendre "loi nationale" et non pas "loi du domicile"⁹⁷. M. Louis d'Avout fait état de l'article 311-15 du code qui apporte une dérogation à l'article 311-14, précité, en disposant que "*Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère*". Cependant,

⁹⁵ V. par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053, Bull n°72, précité, dans lequel les parents agissaient notamment au nom de leurs enfants mineurs

⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ. 16 février 1982, n° 80-15.758, Bull. 69

⁹⁷ V. en ce sens P. Bourrel, H. Muir-Watt et E. Gallant, Jurisclasseur civil, art. 311-14 à 311-18, fasc. 10, n°15

cette disposition ne rend la loi française applicable que pour les effets qu'elle fait produire à la possession d'état dans la filiation. Il en résulte que si, pour la filiation recherchée, la loi française n'attache aucun effet à la possession, la loi étrangère, normalement applicable en vertu de l'article 311-14 du code civil, conservera sa compétence en la matière⁹⁸. Or, il s'agit ici de savoir si la filiation pourrait être établie en raison du fait qu'elle est prouvée biologiquement et non pas par l'effet de la possession d'état. Il faudrait alors déterminer la loi désignée par l'article 311-14. La mise en oeuvre de cet article soulève de nombreuses questions, qui ont été examinées de manière très complète par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon dans leur article précité⁹⁹. Le passage correspondant de cet article mérite d'être reproduit intégralement :

Trois cas de figure peuvent être distingués :

a). La mère porteuse est la mère biologique de l'enfant

Si la femme qui a accouché, mère génitrice et mère gestatrice, est mentionnée dans l'acte en qualité de mère (cf. les actes indiens de l'état civil en cause dans les arrêts de 2013), la détermination de la maternité ne pose pas de difficulté: la coïncidence entre la femme qui a accouché, la femme qui est biologiquement la « mère de l'enfant » et la femme désignée comme mère juridique dans l'acte de naissance, permet de faire jouer « normalement » la règle de conflit inscrite à l'article 311-14 du code civil. Sera applicable en vertu de ce texte la loi nationale de la mère: dans ce cas compétence serait donnée à la loi étrangère de la mère. En toute hypothèse, cette loi pourrait cependant être écartée au nom de l'ordre public français en matière internationale si elle permettait de rattacher l'enfant aux parents d'intention par application du contrat de gestation pour autrui.

Qu'en est-il si la mère porteuse, mère génitrice et gestatrice, apparaît dans l'acte de naissance étranger en qualité de femme ayant accouché mais que cet acte, conformément à la loi étrangère ne la désigne pas en qualité de mère (les parents d'intention, couple hétérosexuel ou homosexuel, personne seule, étant indiqués comme le ou les parents de l'enfant) ? Appliquer la loi étrangère de la femme qui a accouché au motif qu'il s'agirait de la loi nationale de la mère, au sens du droit français est plus qu'ambigu puisque cette loi ne lui reconnaît pas cette qualité. Dans un arrêt du 11 juin 1996¹⁰⁰, la Cour de cassation a affirmé que la loi de la mère devait être appliquée dès lors que la mère a été identifiée (en l'espèce, son nom apparaissait dans l'acte de naissance), quand bien même la filiation n'aurait pas été juridiquement établie. Mais

⁹⁸ V. en ce sens P. Bourrel, H. Muir-Watt et E. Gallant, Jurisclasseur civil, art. 311-14 à 311-18, fasc. 10, n° 49

⁹⁹ *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 EDH*

¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996 n°94, Bull. n° 244

dans ce type d'hypothèse, la notion de mère est a priori la même dans les différentes lois en présence : le seul problème est de savoir quelle loi appliquer pour établir juridiquement le lien. En cas de maternité pour autrui, c'est la notion même de maternité, au sens juridique du terme, qui diffère selon la loi applicable.

Pour résoudre la difficulté, deux voies peuvent être empruntées. La première consiste à traiter la définition de la qualité de mère comme une question préalable, régie par la lex fori, donc par la loi française. La qualité de mère (qui permettra, au moins à titre provisoire de faire jouer l'article 311-14) serait donc reconnue à la femme qui a accouché. Mais appliquer la règle mater semper certa, est-ce régler une question préalable ou trancher la question principale puisque celle-ci porte précisément sur la détermination de la filiation maternelle de l'enfant ? Et est-il vraiment cohérent de donner compétence à une loi dont on sait qu'elle ne reconnaît pas la qualité de mère à l'intéressée ? Il est vrai que le détour par la loi étrangère applicable en tant que loi nationale de cette femme, risque d'être bref : la loi nationale de la mère devra vraisemblablement être écartée comme contraire à l'ordre public français puisqu'elle a pour effet de rattacher l'enfant à ses parents d'intention sur la base du contrat de gestation pour autrui. On en reviendra donc à la compétence de la lex fori. Reste l'hypothèse d'une tierce loi (la femme qui a accouché étant ressortissante d'un Etat tiers) qui n'admettrait pas la maternité pour autrui et qui, par conséquent, n'aurait pas à être écartée. Dans ce cas, elle devrait être appliquée, aussi absurde que ce soit puisque cette femme n'a aucun lien effectif avec l'enfant ou, du moins, qu'elle n'en a plus.

Une autre forme de raisonnement consisterait à prolonger le démarche suivie par la Cour de cassation dans son arrêt de 1996 et dire qu'au stade de la détermination de la loi applicable, la seule mère à prendre en considération est celle dont la filiation existe, cette filiation fût-elle ensuite remise en cause : il s'agirait donc de la mère d'intention. Si elle est française, la lex fori serait compétente ; si elle est étrangère, la loi étrangère s'appliquerait et si celle-ci autorise la gestation pour autrui elle sera jugée contraire à l'ordre public français en matière internationale puisqu'elle construit la filiation sur un contrat prohibé. On en reviendrait donc à l'application de la lex fori.

Quid enfin, si l'identité de la femme qui a accouché n'apparaît pas dans l'acte de naissance ou dans le jugement étranger, celui-ci se contentant, par exemple, d'indiquer les dates et lieu de naissance de l'enfant ainsi que ses liens de filiation à l'égard de ses parents d'intention ? Si une filiation maternelle est ainsi établie, on appliquera cette loi, avec toute l'ambiguïté qu'il y a à appliquer une loi en vertu d'un critère de rattachement qui constitue l'objet principal du litige. Et de toute façon, si la femme en question est française, la qualité de mère ne pourra pas lui être confirmée puisque le droit français interdit la gestation pour autrui.

Dans une telle hypothèse, dire que l'enfant n'a pas de mère connue au sens de l'article 311-14, serait incohérent. Si, en revanche, l'enfant n'a pas de mère d'intention (il est rattaché seulement à son père... ou à deux hommes en qualité de père), on pourrait

considérer que la mère est « inconnue » au sens de l'article 311-14 du code civil et que s'applique par conséquent la loi nationale de l'enfant, ce qui reviendra le plus souvent à appliquer la lex fori.

b). la « mère biologique » est une tierce femme

Si la femme qui a fourni les gamètes est une tierce femme, on voit mal comment elle pourrait être qualifiée de « mère » : elle ne l'est ni au sens du droit français (ce serait d'ailleurs remettre en cause un autre fondement français des PMA : l'anonymat du donneur et l'absence de lien de filiation avec l'enfant (cf. art. 16-8 et 311-19 C civ. et L.1211-5 CSP), ni au sens du droit étranger potentiellement applicable.

c). la « mère biologique » est la mère d'intention

La situation est plus délicate lorsque la « mère d'intention » est également la « mère biologique » de l'enfant. N'est-ce pas elle qui devrait être qualifiée de mère dans le cadre de l'article 311-14 ? Il ne le semble pas. Ce serait en effet transgresser les principes du droit français : la règle mater semper certa s'applique sans que l'on ait à s'interroger sur l'origine des gamètes (cf. dans un autre type de procréation médicalement assistée l'hypothèse de la mère d'intention qui porterait l'embryon conçu in vitro avec les gamètes d'une tierce femme) ; et l'on ne respecterait pas plus le droit étranger puisque pour lui la maternité est établie sur le fondement du projet parental et non pas en raison de la vérité biologique du lien. On peut imaginer que, sous l'influence des arrêts Labassée et Mennesson, un Etat accepte de reconnaître la filiation maternelle de l'enfant telle qu'elle a été établie en vertu du contrat de gestation pour autrui, au motif que ce lien correspond à la réalité sociale, qu'il est vécu et qu'il est revendiqué par tous les intéressés. Mais il s'agirait alors de reconnaissance. Permettre son établissement par application de la loi compétente selon la règle de conflit, semble en revanche impossible en l'état du droit français.

Il résulte de cette analyse que l'application de la loi française à une recherche de paternité est incertaine. De manière générale, on peut se demander s'il est loisible d'invoquer l'ordre public français pour rendre la loi française applicable afin de permettre d'établir une filiation dans une situation elle-même contraire à l'ordre public français. Dans le cas où la loi étrangère serait applicable, une difficulté pourrait se produire, par exemple, dans le cas où la femme qui a accouché est mariée et où la loi nationale interdit de combattre la présomption de paternité désignant le mari ou si, en amont, la loi nationale ne prévoit pas la recherche de filiation, sauf à considérer, que, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une loi étrangère qui ne permet pas une action en recherche de filiation est contraire à l'ordre public français et doit en conséquence être écartée.

- La voie de la reconnaissance de paternité

L'application de la règle de conflit de lois ne suscite pas ici les mêmes difficultés. En effet l'article 311-17 du code civil dispose que *la reconnaissance est valable si elle est faite en conformité avec la loi nationale de son auteur ou avec la loi nationale de l'enfant*. Si le père est Français, la reconnaissance pourra donc être faite en France ou devant les autorités consulaires à l'étranger. *Quid si le père est étranger ?* Selon M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon¹⁰¹ *« Si la mère d'intention est française et que sa filiation avait été établie à l'étranger, la filiation paternelle pourra être établie en vertu de la loi française, loi nationale de l'enfant à raison de sa filiation maternelle « étrangère » : certes, cette nationalité est précaire, mais en vertu de la circulaire Taubira, l'enfant disposera d'un certificat de nationalité qui devrait permettre de procéder à la reconnaissance. La seule hypothèse dans laquelle la voie de la reconnaissance paternelle paraît difficilement envisageable, dès lors qu'on exclut le jeu de la possession d'état, est celle dans laquelle les parents de l'enfant résideraient en France mais ne seraient pas français »*.

2) L'établissement de la filiation biologique maternelle

On se heurte ici à la difficulté de définir ce qu'il faut entendre par "lien biologique" entre la mère et l'enfant. Le droit français n'envisage pas d'autre mère naturelle que la femme qui a accouché (article 332 du code civil). Certes l'adage de droit romain *mater semper certa est* est apparu à une époque où l'on imaginait sans doute pas que la mère puisse porter un enfant conçu avec un ovocyte d'une autre femme mais le législateur a retenu la même conception de la maternité lorsqu'il a traité la question de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur puisqu'il a interdit qu'un lien de filiation soit établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation (article 311-19 du code civil).

Ainsi que l'écrivent M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon¹⁰²: *« S'il y a coïncidence entre biologie et gestation, le problème ne se pose pas : la mère est celle qui a accouché, i.e. la mère porteuse. Reste à savoir si l'abandon auquel elle a consenti est valable. Si la mère biologique est une tierce femme, il n'est pas question d'établir la filiation de l'enfant à son égard : ce serait contraire, on l'a souligné, aux principes sur lesquels est construit le droit français des PMA. La situation la plus délicate est celle où la « mère d'intention » est également la « mère biologique » de l'enfant : peut-on sur le fondement des règles françaises régissant la filiation « par le sang », établir un lien de filiation à son égard ? A priori, la reconnaissance ne semble pas possible : certes, elle correspond à la réalité biologique, mais on sait que la femme en question n'est pas celle qui a accouché (...) et le même raisonnement s'imposerait pour une action en recherche de maternité (cf. infra). En tout hypothèse, l'écran de l'accouchement empêche*

¹⁰¹ *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 EDH, précité*

¹⁰² H. Fulchiron et C. 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 EDH, précité*

l'établissement éventuel d'un tel lien.

Pour franchir l'obstacle, pourrait-on s'appuyer sur une lecture particulièrement « dynamique » des arrêts Labassée et Mennesson ? La règle Mater semper certa devrait être écartée car elle aboutit à un résultat absurde (la femme qui a accouché a seulement porté l'enfant et ne souhaite pas le prendre en charge) et contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. La filiation de la mère biologique/mère d'intention est conforme à la réalité biologique, sociale et affective ; ne pas permettre son établissement, à défaut de sa reconnaissance, alors même que l'enfant possède à l'étranger un tel état, ne serait-ce pas aller à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de son identité? "

b - Permettre l'établissement de la parenté d'intention

Ainsi qu'on l'a observé précédemment, si la Cour européenne des droits de l'homme n'a condamné la France que pour son double refus de transcrire ou d'établir une filiation paternelle biologique, elle n'en pas moins considéré que le refus de reconnaître la filiation d'intention porte en lui-même atteinte à la vie privée de l'enfant, notamment par les conséquences qu'il a sur les droits à succession. Simplement elle a jugé que cette atteinte n'allait pas au-delà de la marge d'appréciation laissée aux Etats. Aussi cette jurisprudence nous invite-t-elle, sans nous y contraindre, à explorer la piste de l'établissement d'une parenté d'intention¹⁰³.

Il paraît difficile d'envisager qu'une telle parentalité puisse être établie par la voie d'une reconnaissance ou d'une action en recherche de paternité et/ou de maternité qui, par hypothèse, serait mensongère puisqu'elle tendrait à établir un lien de filiation avec un père qui n'est pas le père biologique et/ou avec la mère qui n'a pas accouché. Le problème serait le même avec la possession d'état, dont les effets pourraient être contestés notamment par le ministère public faisant valoir que cette possession d'état n'est pas conforme à la réalité puisqu'elle ne désigne par la mère qui a accouché et/ou le père biologique.

Reste la voie de l'adoption. M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon considèrent qu'il s'agit de la voie *« la plus idoine pour consacrer une filiation dépourvue de réalité biologique : la voie la plus logique puisqu'elle correspond à la réalité de la situation et la voie la plus respectueuse du système juridique considéré puisque l'on évite ainsi de « tordre » les règles de la filiation « par le sang ». Si l'on raisonne par rapport, au droit français, on recourra, selon les cas, à l'adoption simple ou à l'adoption*

¹⁰³ A cet égard il est intéressant de relever que, dans ses conclusions préalables à l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2014, M. le rapporteur public Xavier Domino écrivait : "Dans une hypothèse où la GPA s'est déroulée dans des conditions juridiques régulières dans le pays étranger où elle a eu lieu, et eu égard à la jurisprudence la CEDH et à sa dynamique, nous estimons qu'il serait probablement contraire à l'article 8 de la Convention protégeant l'identité de l'enfant au titre de sa privée, de ne pas lui délivrer de certificat de nationalité française" (cité par M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon)

plénière, avec application des dispositions propres à l'adoption de l'enfant du conjoint dans l'hypothèse où le couple d'intention, couple hétérosexuel ou couple homosexuel, serait marié (art. 345-1 c. civ.). Techniquement, rien ne devrait s'y opposer. Il se peut cependant que la filiation ait été établie à l'égard de la mère porteuse. Dans les affaires « américaines » soumises à la Cour de cassation, l'acte de naissance rédigé au vu du jugement sollicité par les parties au contrat de maternité de substitution, ne donnait pas à la femme qui a accouché la qualité de mère, mais mentionnait ab initio la mère d'intention comme parent légal. Mais quid si la mère porteuse a été inscrite dans l'acte de naissance en tant que mère, un jugement ultérieur intervenant pour rattacher l'enfant à la mère d'intention, avec transcription en marge de l'acte de naissance ? Comme ce jugement est privé d'effet en droit français en ce qu'il tire les conséquences du contrat de maternité de substitution, ne doit-on pas s'en tenir à la filiation établie initialement ? Certes, la mère porteuse aura, parallèlement, renoncé à ses droits d'autorité parentale, y compris le droit de consentir à l'adoption, et/ou le tribunal aura confié ces droits à la mère d'intention en sa qualité de mère. Mais, là encore, cette renonciation ou cette décision, qui reposent sur l'exécution du contrat de maternité de substitution, peuvent-elles produire effet en France ?

Si les actes de l'état civil dressés à l'étranger ne peuvent être transcrits sur les registres de l'état civil, si le jugement étranger en vertu duquel la filiation aurait été établie ne peut être reconnu en France, il n'en reste pas moins que la mère porteuse a renoncé à ses droits sur l'enfant. Peu importe qu'on la considère ou non comme mère de l'enfant : la renonciation a eu lieu et elle est intervenue conformément à la loi étrangère applicable. Que si la reconnaissance de la filiation et, au besoin, l'exequatur du jugement étranger se heurtaient malgré tout à un refus au motif qu'ils mettent en œuvre la convention de gestation pour autrui, le père (dont la filiation aurait été préalablement établie en sa qualité de parent biologique), plusieurs pistes pourraient être explorées.

En cas d'adoption de l'enfant du conjoint (la paternité du père, ou de l'autre père dans le cas d'un couple homosexuel, ayant été établie en tant que parenté biologique), celui-ci pourrait par exemple demander au juge français de prendre une décision de retrait de l'autorité parentale au titre de l'article 378-1 c. civ. (le juge français et la loi française étant compétents en la matière au titre de la résidence habituelle de l'enfant, cf. Convention de La Haye 1996) : la mère porteuse ne s'est jamais occupée de l'enfant et n'entend pas le prendre en charge.

Reste la question de principe : prononcer l'adoption dans une telle hypothèse, n'est-ce pas aller à l'encontre des règles d'ordre public posées par le droit français en matière de GPA ? N'est-ce pas valider la « fraude » commise par les parents ? Ne devrait-on pas considérer qu'un tel comportement fait obstacle au prononcé de l'adoption ? L'argument de la fraude a cependant montré ses limites : dans ses avis du 22 septembre 2014, la cour de cassation a estimé que l'adoption par l'épouse de la mère, d'un enfant né à l'étranger dans le cadre d'un projet parental commun grâce à une PMA non autorisée en droit français, était valable dès lors que les conditions légales de l'adoption étaient

remplies et que celle-ci correspondait à l'intérêt de l'enfant. Certes, le contexte et, surtout, les principes en jeu n'étaient pas les mêmes ; le raisonnement en terme de fraude n'en a pas moins été écarté et les débats suscités par son utilisation en matière de GPA prouvent la fragilité de cette arme.

Plusieurs projets d'arrêt sont proposés