

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 19 JUIN 2015 A 14 HEURES

CONSEILLER-RAPPORTEUR : M. Christophe SOULARD

PROCUREUR GENERAL : M. Jean-Claude MARIN

POURVOIN^o : S 14-21.323

Monsieur Dominique X...
(Ayant pour avocats la SCP Monot, Colin et Stoclet)

C/

L'Agent judiciaire de l'Etat et ministère public
(Ayant pour avocats la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer)

et

Monsieur le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes

POURVOIN^o : K 15-50.002

Monsieur le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes

C/

Monsieur Patrice Y...
(Ayant pour avocats la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray)

ARRÊTS ATTAQUÉS : Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes du 15 avril 2014 et
Arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes du 16 décembre 2014

AVIS
de Monsieur le Procureur Général
Jean-Claude MARIN

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 4 |
| 1. LA MULTIPLICITE DES CAS DE GPA INTERNATIONALES | 10 |
| 2. UN DEBAT DE SOCIETE AUX DIMENSIONS INTERNATIONALES | 14 |
| A. Une question examinée dans l'ordre international | 14 |
| B. Un débat non complètement tranché dans l'ordre européen | 17 |
| C. Débats de société autour de la prohibition de la GPA dans l'ordre interne | 21 |
| C.1 La législation : le droit positif | 21 |
| C.2 Les débats législatifs à l'occasion de la révision de la loi bioéthique en 2009 | 22 |
| C.3 Les propositions de loi | 26 |
| D. L'état de la question dans la jurisprudence | 27 |
| D.1 Les décisions du Conseil constitutionnel | 28 |
| D.2 Les arrêts de la Cour de cassation | 29 |
| D.3 La position du Conseil d'Etat | 31 |
| 3. LA DELIMITATION DU CADRE JURIDIQUE APPLICABLE A LA RECONNAISSANCE D'UNE GPA INTERNATIONALE | 33 |
| A. L'ordre public international : le critère opérant pour apprécier la reconnaissance d'une GPA internationale | 33 |
| B. Par leur portée limitée, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 n'emportent pas reconnaissance par principe de la conventionnalité des GPA internationales | 42 |
| C. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme impliquent la reconnaissance de la filiation paternelle biologiquement établie | 45 |
| D. Les impasses du recours aux règles de conflit de loi pour permettre l'établissement de la filiation d'un enfant né par GPA | 49 |
| E. Les dangers d'une lecture étroite de l'article 47 du code civil et de la transcription automatique d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA | 50 |
| F. La nécessité d'une expertise biologique judiciairement établie | 54 |
| 4. APPRECIATION DE LA GPA INTERNATIONALE DEVANT LE JUGE DU FOND, CONTROLE EN FONDAMENTALITE OPERE PAR LA COUR DE CASSATION ET CONSEQUENCES SUR LE PRESENT POURVOI | 57 |
| ANNEXES | 62 |

INTRODUCTION

L'Assemblée plénière de la Cour est appelée à statuer sur l'épineuse question de l'inscription sur les registres d'état civil en France des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite ou à l'aide de ce qu'il est convenu d'appeler une procréation ou gestation pour autrui (par commodité, nous dirons GPA) ainsi que de l'établissement de la filiation, en droit français, entre ces enfants et leurs parents d'intention.

Les progrès considérables accomplis par la science depuis quelques décennies en matière de procréation ont ouvert des perspectives nouvelles pour des couples ne pouvant pas avoir d'enfants, voire pour des personnes seules. Ces techniques scientifiques permettent, notamment, à une femme de porter un embryon et donner naissance à un enfant sans avoir fourni un ovocyte et sans qu'elle ait eu de rapport avec le père d'intention, même si celui-ci a pu fournir les gamètes.

Cette possibilité de faire porter un enfant par une autre femme, c'est-à-dire par une mère porteuse, est sans doute un grand progrès scientifique mais suscite immédiatement des interrogations d'ordre éthique ou moral : le souhait légitime d'avoir un enfant justifie-t-il que puisse être « loué » le ventre d'une femme, éventuellement contre une rémunération directe ou indirecte pour le porter et accoucher ? Peut-on tolérer cette « marchandisation » du corps des femmes ? Du côté de l'enfant, cette origine ne va-t-elle pas créer chez lui des désordres psychologiques ou psychiques ? La composition nouvelle de la famille, conséquence de ce mode de procréation, ne bouleverse-t-elle pas de manière excessive la conception traditionnelle de celle-ci ?

Légitimement, le législateur français s'est emparé de la question et, par la loi n° 94-663 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, a proclamé que « *le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » (article 16-1 du code civil). Plus précisément, s'agissant de la gestation pour autrui, ce même texte prévoit que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » (article 16-7 du code civil) et précise que cette disposition est d'ordre public (article 16-9 du code civil).

Cette prohibition de nature civile, même soutenue par un volet répressif (article 227-12 du code pénal) est, du fait de son caractère national, insuffisante pour empêcher le recours à des mères porteuses dès lors que certains Etats étrangers admettent ces pratiques. Aussi, nombre de personnes contournent la prohibition française et s'adressent à des mères porteuses à l'étranger. Cependant, n'ayant pas l'intention de s'y établir, elles rentrent en France avec le nouveau-né et demandent alors, sur le fondement de l'article 47 du code civil, que l'acte de naissance étranger soit transcrit sur les registres d'état civil et que l'enfant soit mentionné comme étant le leur.

Or, l'article 47 du code civil dispose que les actes d'état-civil dressés à l'étranger font foi sauf s'il est établi que « *les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Dans l'hypothèse d'une gestation pour autrui, un acte de naissance qui établit la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention ne correspond pas à la réalité dans la mesure où il mentionne, par exemple, que la mère d'intention est la mère biologique alors que le principe « *mater semper certa est* » (attribution de la filiation maternelle à la mère qui a porté l'enfant aux termes de l'article 332 du code civil) s'oppose à la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention, laquelle n'a pas accouché de l'enfant.

Le ministère public s'est donc trouvé fondé à s'opposer à la transcription de tels actes, ce qui a généré un contentieux important et délicat.

La première chambre civile de la Cour a pris position sur cette question par une série de trois arrêts du 6 avril 2011 (n° 0966486, 0917130, 1019053) puis par deux arrêts du 13 septembre 2013 (n°1218315 et 1230138).

La première série d'affaires.

S'agissant de l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 09-17.130 (affaire *E...*, Bull n° 70), l'enfant était né d'une convention de mère porteuse, le père d'intention ayant fourni les gamètes et l'ovocyte provenant d'une donneuse anonyme. Un jugement d'un tribunal américain a désigné les parents d'intention comme les parents de l'enfant puis les parents d'intention ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard. Ils ont souhaité faire porter cet acte de notoriété à l'état civil. Le ministère public s'y étant opposé, les parents d'intention ont engagé une action en transcription de l'acte de notoriété et, subsidiairement, d'établissement de la filiation paternelle.

La première chambre civile, pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant rejeté ces demandes énonce : « *qu'en l'état du droit positif, il est **contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes**, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français* ». La première chambre civile observe que cette solution ne prive pas l'enfant de sa filiation qui lui est reconnue par l'Etat étranger et ne l'empêche pas non plus de vivre en France.

Dans l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n° 10-19.053 (affaire *D...*, Bull n° 72), les faits à l'origine de la naissance sont identiques. Un jugement d'un tribunal américain a reconnu que les parents d'intention étaient les père et mère d'enfants nés d'une gestation pour autrui. Les parents ont souhaité faire transcrire les actes de naissance sur le registre d'état-civil. Cette transcription, effectuée dans un premier temps, a été

annulée par la cour d'appel de Paris. La première chambre civile a rejeté le pourvoi formé par les parents d'intention en ces termes : « *qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; **qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes**, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, 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* ». Dans cette affaire également, la première chambre relevait que la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention était reconnue par le droit américain et que les enfants n'étaient pas empêchés de vivre en France.

Dans l'affaire ayant donné lieu au pourvoi n°09-66.486, un couple recourt à une gestation pour autrui aux Etats-Unis (Etat du Minnesota), la mère porteuse ayant reçu les gamètes du couple. Un jugement d'abandon puis un jugement d'adoption au profit du couple est rendu par la juridiction américaine. Le ministère public après avoir ordonné la transcription de l'acte de naissance de l'enfant en a poursuivi en justice la modification pour voir supprimer la mention indiquant le nom de la mère. La première chambre civile a rejeté le pourvoi par en des termes identiques à ceux rappelés ci-dessus tout en précisant « que, dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que dans la mesure où ils donnaient effet à une convention de cette nature, les jugements "américains" du 4 juin 2001 étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, en sorte que l'acte de naissance litigieux ayant été établi en application de ces décisions, sa transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de Mme Y... en tant que mère ».

La seconde série d'affaires.

La première chambre civile a réaffirmé sa position dans les deux arrêts précités du 13 septembre 2013 (Bull n° 176).

Si la première chambre civile se fonde toujours sur l'indisponibilité de l'état des personnes, elle fait aussi reposer sa solution sur une contrariété à l'ordre public et sur la notion de fraude.

Est ainsi justifié le refus de transcription d'un acte de naissance lorsque la naissance est l'aboutissement d'un **processus d'ensemble frauduleux** alors même que la filiation dont l'établissement est contesté correspondrait à la réalité biologique.

La Cour s'exprime ainsi : « *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 ».

Le processus frauduleux, c'est-à-dire le recours à une GPA à l'étranger pour contourner l'interdiction en droit français, conduit à refuser la transcription de l'acte de naissance et à annuler la reconnaissance anténatale effectuée par le père de l'enfant.

La Cour a enfin précisé « *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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ».*

Pour la première chambre civile, l'existence d'une convention de gestation pour autrui étant contraire à l'ordre public, elle ne peut produire aucun effet juridique, ou des effets limités, tant au niveau de la transcription de l'acte de naissance (arrêt *D...* et arrêt dans le pourvoi n°09-66.486) que de l'établissement de la filiation par possession d'état (arrêt *E...*). Elle considère, en outre, que cette situation ne porte pas atteinte à la vie privée de l'enfant dans la mesure où sa filiation est établie à l'étranger, selon le droit étranger, avec ses parents d'intention et qu'il n'est pas empêché de vivre en France.

Cette vision des choses n'a pas été totalement suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a été saisie du cas des conjoints Mennesson et Labassée suite au rejet des pourvois intervenus dans la première série d'affaires et a rendu deux arrêts les 26 juin 2014 (*Mennesson c/ France*¹ et *Labassée c/ France*²).

C'est en cet état de la question résultant, d'une part, de la jurisprudence de la première chambre civile et, d'autre part, des deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 que sont soumis à la censure de l'Assemblée plénière, deux arrêts de la cour d'appel de Rennes.

Le premier arrêt, en date du 15 avril 2014 (pourvoi n° 14-21.323), fait application de la jurisprudence de la première chambre civile en constatant l'existence d'une convention de gestation pour autrui et en rejetant, en conséquence, l'inscription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français.

¹ CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11.

² CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11.

Les faits, tels qu'ils résultent de l'arrêt, sont les suivants : M. X... souhaite faire transcrire l'acte de naissance établi à Moscou et mentionnant que l'enfant prénommé K. est né de lui-même et d'une femme de nationalité russe. Il atteste sur l'honneur qu'il n'a pas eu recours à une mère porteuse et qu'il avait reconnu sa paternité avant la naissance devant un officier d'état civil français.

Dans cette affaire, contrairement aux affaires Mennesson et Labassée, aucun jugement étranger n'établit la filiation avec le père d'intention : seul l'acte de naissance est produit. Par ailleurs, il existe des doutes sérieux quant au fait que M. X... soit effectivement le père biologique de l'enfant.

Le second arrêt en date du 16 décembre 2014 (pourvoi n°15-50.002). La cour d'appel constate l'existence d'une gestation pour autrui mais relève que, selon une expertise effectuée en Russie, le père d'intention est le père biologique de l'enfant. Elle estime « *qu'il convient, suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme, de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant* » et d'ordonner la transcription de son acte de naissance sur les registres d'état-civil.

Les faits sont les suivants : M. Y... a reconnu un enfant à naître à la mairie de Rennes le 1^{er} février 2011 de lui-même et d'une femme de nationalité russe. Une enfant prénommée L. est née le 30 mai 2011. L'acte de naissance indique que M. Y... en est le père. Il a demandé la transcription de l'acte de naissance sur les registres du consulat de France, ce qui lui a été refusé après avis demandé par le consul général de France à Moscou au Procureur de la République de Nantes. Un accord portant sur la résidence de l'enfant et l'exercice des droits parentaux a été conclu entre la mère porteuse et M. Y.... Il semble apparaître que la mère porteuse a, ensuite, abandonné l'enfant sans que la situation soit très claire.

Ainsi qu'il ressort de ce bref exposé des faits, les situations en cause aujourd'hui devant l'assemblée plénière sont sensiblement différentes de celles ayant donné lieu aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 : doute sur le lien biologique entre le père d'intention et l'enfant, absence de mère d'intention, situation juridique non stabilisée entre la mère porteuse et l'enfant.

Comme il sera dit plus loin, la solution simple ou évidente qui consisterait, comme l'a fait la cour d'appel de Rennes, à considérer que l'intérêt de l'enfant prime toujours sur l'ordre public français en invoquant les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014, ne peut être retenue dans la mesure où, justement, la juridiction de Strasbourg a pesé de manière très équilibrée les intérêts en présence et où elle n'a tranché qu'en fonction des circonstances des espèces qui lui étaient soumises.

Afin de pouvoir proposer une solution propre à résoudre ce type de contentieux et de se prononcer sur les mérites des pourvois qui vous sont soumis, il convient, dans un premier temps, de faire un tour d'horizon des situations multiples de gestation pour

autrui internationales, c'est-à-dire dans lesquelles le ou les parent(s) d'intention ne sont pas ressortissants du pays dans lequel la naissance a lieu **(I)**.

Dans un deuxième temps, il sera exposé que la question de la reconnaissance de la GPA dans ses dimensions interne et internationale alimente un débat de société qui n'a été tranché dans aucun des ordres juridiques qu'il soit national, européen ou international **(II)**.

Dans un troisième temps, il faudra rechercher quelle pourrait être la délimitation du cadre juridique applicable à la reconnaissance des effets, en matière de filiation et d'état civil, à l'égard des enfants nés d'une GPA à l'étranger **(III)**.

Dans un quatrième temps, il conviendra de réfléchir sur la manière pour la Cour de cassation de s'assurer, en cette matière, qu'est bien effectué le contrôle conventionnel de proportionnalité, c'est-à-dire l'équilibre entre l'ordre public et les droits fondamentaux des enfants nés de GPA. Il conviendra de tirer les conséquences de ces réflexions quant aux arrêts qui sont soumis à la censure de l'Assemblée plénière **(IV)**.

1. LA MULTIPLICITE DES CAS DE GPA INTERNATIONALES

Tableau. En annexe au présent avis, figure un tableau qui recense les différents cas de GPA qui ont déjà été soumis à la Cour de cassation. Il met en exergue la complexité des situations factuelles qui engendrent un enchevêtrement des liens de parentés et des situations juridiques.

Terminologie. « *Pratique séculaire* »³, la maternité pour autrui a discrètement traversé les âges sans jamais tomber sous l'empire d'un régime légal. Déjà dans les temps bibliques⁴ puis dans la Rome antique⁵, le recours à cette pratique n'était pas rare et, alors, « *naturel car indissociable des rapports charnels* »⁶.

Plus tard, l'insémination artificielle, déjà sommairement pratiquée dès le début du XIX^{ème} siècle en France⁷ intensifiera son emploi. Avec la technique de la fécondation dite *in vitro*, la maternité de substitution connaît un essor grandissant à la fin des années 1980. Cette technique « *consiste à prélever des ovules et à recueillir les spermatozoïdes pour réaliser la fécondation dans une éprouvette de laboratoire* », suite à quoi, « *le médecin introduit un à trois embryons dans l'utérus dans l'espoir que l'un d'eux s'y implante et se développe pour donner naissance à un enfant* »⁸. Ainsi Louise et Amandine, respectivement nées en Angleterre et en France en 1978 et 1980, furent les premiers « *bébés éprouvettes* ».

³ (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires sociales et de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui, n°421, annexé au procès-verbal de la séance du 25 juin 2008, p. 9.

⁴ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...*, p. 10. Le rapport cite la *Genèse* (XVI) qui relate les circonstances de la conception d'Ismaël porté et mis au monde par Agar, servante de Saraï, l'épouse stérile d'Abram, père de l'enfant.

⁵ (Conseil de l'Europe) M. Hancock, *Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité*, Rapport fait pour la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, AS/Soc (2005) 9 révisé 2 du 5 juillet 2005. Page 6, le rapport mentionne que, dans la Rome antique, la maternité de substitution « *était organisée pour assurer le renouvellement des générations menacées par l'infertilité et la mortalité materno-infantile* ».

⁶ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...*, p. 10.

⁷ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...*, p. 12, le rapport se réfère ici à des inséminations artificielles intra conjugales de la fin du XVIII^{ème} siècle en Ecosse, et du début du XIX^{ème} en France.

⁸ E. de La Rochebrochard, « *200 000 enfants conçus par fécondation in vitro en France depuis 30 ans* », *Bulletin mensuel d'information de l'Institut national d'études démographiques*, n°45, décembre 2008.

Juridiquement, la maternité se définit traditionnellement par l'accouchement, et ce, en vertu de l'adage *mater semper certa est*.

A la différence du père, la mère est toujours certaine. Ce qui demeure vrai avec la procréation pour autrui qui, par définition, suppose que la femme qui porte l'enfant et le met au monde est sa mère biologique. A l'inverse, la gestation pour autrui questionne ce principe car la femme qui porte l'enfant « *n'en est que la gestatrice, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple demandeur ou de tiers donneurs* »⁹.

Dans cette dernière modalité de procréation, il existe une multitude d'hypothèses factuelles. Il faut donc distinguer entre les différentes figures, cumulables, d'une parenté divisible : les personnes qui fournissent les gamètes sont le père et la mère « biologiques », ou « génétiques » de l'enfant ; la femme qui le portera et lui donnera naissance est sa mère « utérine », « gestatrice » ou encore « de substitution ». Enfin, les parents qui souhaitent l'élever sont ses père et mère « d'intention » ou « commanditaires ».

La médicalisation de la procréation, via le développement d'un véritable arsenal technique, aboutit aujourd'hui à dissocier les différentes étapes du processus de reproduction et à multiplier ses intervenants.

En effet, un embryon peut être artificiellement formé par la rencontre de gamètes d'origine inconnue, placés dans l'utérus d'une femme étrangère afin que celle-ci, éventuellement contre rémunération, porte un enfant qu'elle mettra au monde et remettra aux parents commanditaires ou d'intention.

Les conséquences négatives de telles pratiques n'ont pas manqué d'être mises en lumière par de récentes études.

Le bien-être de l'enfant. Tout d'abord la santé physique des enfants peut souffrir de cette situation. Dans certains Etats, les pratiques médicales peuvent mettre en danger la santé de l'enfant à naître. Par exemple, en Inde, le nombre d'embryons transférés à la mère porteuse peut être trop important ce qui mettra en danger la survie de l'enfant ou engendra des handicaps pour celui-ci¹⁰. Cette pratique est courante pour accroître les chances de réussite de la grossesse.

A propos de la santé psychologique des enfants issus d'une gestation pour autrui, les avis sont plus partagés. Une étude anglaise a recueilli des données sur le comportement d'enfants issus d'une GPA. Cette étude ne permet pas de réellement

⁹ op. cit. (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...*, p.12.

¹⁰ <http://www.theage.com.au/national/surrogacys-painful-path-to-parenthood-20130322-2glhn.html>

démontrer des conséquences néfastes sur la santé psychologique des enfants¹¹. Cependant, certains psychanalystes et pédopsychiatres ont relevé l'importance de la vie intra-utérine pour le développement de l'enfant ; cette continuité sensorielle entre le ventre de la mère et la future vie physique sera évidemment brisée du fait de la rupture imposée par les parents d'intention¹².

Une dernière conséquence pouvant influencer sur le bien-être de l'enfant est l'impossibilité de connaître ses origines. En effet, tout lien avec la mère porteuse est coupé et l'enfant ne pourra pas connaître son origine génétique, ethnique ou même culturelle. Cela dépendra de la volonté exclusive des parents d'intention.

La situation de la mère porteuse. Dans la majorité des Etats où sont autorisées les gestations pour autrui, un contrôle visant à évaluer les aptitudes de la mère porteuse est effectué. Toutefois, ce contrôle peut être plus ou moins poussé selon le pays où est effectuée la gestation pour autrui. L'aptitude à devenir mère porteuse est même parfois non contrôlée. En Ukraine, les contrôles sont extrêmement succincts : « une mère porteuse doit être juridiquement capable, être âgée de plus de 18 ans et avoir eu au moins un enfant à elle »¹³. En plus d'un contrôle succinct des aptitudes de la mère porteuse, les soins dispensés au cours de la grossesse ou après la naissance peuvent être problématiques. Plusieurs articles de journaux internationaux ont mis en lumière le manque de soins ainsi que les dangers pour les mères porteuses. En Inde, des hôpitaux spécialisés signalent un nombre important de décès de mères porteuses du fait d'un manque de soins et d'un contrôle manifestement insuffisant¹⁴.

Par ailleurs, le recours à une mère porteuse peut s'apparenter à une certaine forme d'exploitation de la femme. Plusieurs exemples ont été relevés de femmes ne sachant ni lire ni écrire et ayant signé un contrat de ce type sans en connaître les conséquences et les risques¹⁵. Ces femmes sont, en outre, dans des situations d'extrême pauvreté et la contrepartie financière est trop importante pour envisager qu'elles la refusent. Si la somme ainsi proposée paraît trop élevée, cela ne pourrait-il pas être assimilé à un achat d'enfant ? Il est difficile d'y répondre tant la limite est fine entre le simple remboursement des frais exposés par la mère porteuse et la marchandisation de l'enfant. Cette situation n'apparaît pas seulement dans des pays émergents ou auprès de femmes non éduquées. Aux Etats-Unis, les contrats de gestation pour autrui comprennent des clauses extrêmement restrictives pour la

¹¹ « Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment », par S. Golombok, L. Blake, P. Casey, G. Roman, V. Jadva. Disponible sur <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23176601>

¹² Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Alain Claeys (président) et Jean Leonetti (rapporteur), 2010

¹³ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (Doc. pré. No 3 C de mars 2014)

¹⁴ <http://www.cbsnews.com/news/are-indian-surrogacy-programs-exploiting-impooverished-women/>

¹⁵ *Ibid idem*

mère porteuse : l'interdiction de pratiquer des sports dangereux, de voyager ou de boire des produits contenant de la caféine en trop grande quantité¹⁶, etc. Les professeurs Jean Hauser et Catherine Labrusse-Riou ont comparé ce type de contrat à une forme de « *servitude* » ou « *d'esclavage* » volontaire¹⁷.

Cette situation peut également engendrer des répercussions sur l'entourage de la mère porteuse. Certains médecins ou psychiatres se sont étonnés du peu d'études faites sur les conséquences d'une gestation pour autrui sur le mari ou les enfants de la gestatrice¹⁸. Les répercussions peuvent aussi apparaître dans l'entourage plus large de la mère porteuse ; deux Etats (l'Inde et la Thaïlande) ont mis en relief la possible exclusion sociale des mères porteuses¹⁹.

La situation des parents d'intention

La reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention est au cœur de la problématique.

Il faut relever que ici que la procédure d'adoption plénière, qui reste soumise à de strictes conditions, ne peut bénéficier aux parents d'intention, comme l'a rappelé la Cour en formation plénière le 31 mai 1991²⁰.

A l'inverse de la France, certains Etats, tel que le Royaume-Uni, effectuent une enquête sociale des « *parents d'intention* » avant d'accorder la filiation juridique²¹.

Après avoir étudié la multiplicité des cas de gestations pour autrui internationales, il convient d'envisager les débats de société suscités par la reconnaissance de ces GPA.

¹⁶ http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm

¹⁷ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Alain Claeys (président) et Jean Leonetti (rapporteur), 2010

¹⁸ *Ibid idem*

¹⁹ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (Doc. pré. No 3 C de mars 2014)

²⁰ Cass Ass Plen Bull n°4, 31 mai 1991 n°902015 : « *Attendu que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes [...] Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »

²¹ « Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international » (Doc. pré. No 3 C de mars 2014)

2. UN DEBAT DE SOCIETE AUX DIMENSIONS INTERNATIONALES

Les débats de société qui ont émergé avec la problématique de la reconnaissance de la gestation pour autrui dans ses dimensions nationale et internationale sont restés non tranchés tant dans l'ordre international **(A)**, européen **(B)** que national **(C)**.

A. Une question examinée dans l'ordre international

Les Etats-Unis et l'Inde paraissent être les deux Etats autorisant le plus grand nombre de conventions de maternité de substitution à caractère international. Viennent ensuite la Thaïlande, l'Ukraine, la Russie, la Géorgie ou le Canada.

Les conventions de gestation pour autrui reposent majoritairement sur un don d'ovocyte, celui d'une donneuse ou celui de la mère d'intention.

Trois approches différentes peuvent être mentionnées concernant la réception des conventions de maternité de substitution à caractère international dans l'Etat d'accueil. La filiation sera régie par des règles distinctes selon la tradition juridique du pays.

Au sein des Etats fédéraux, qui s'appuient sur la notion de dissociation, la nationalité ainsi que le statut en matière d'immigration de l'enfant seront déterminés par les autorités compétentes séparément de la question de la filiation de l'enfant. En conséquence, l'Etat fédéral déterminera si l'enfant a acquis la nationalité par filiation en cherchant à savoir si l'un des parents d'intention peut être considéré comme parent de l'enfant. En revanche, la question de la filiation sera examinée conformément à la législation des états fédérés. En effet, les provinces des Etats fédéraux sont compétentes pour la question de la filiation alors que la question de la nationalité relève de l'Etat fédéral²².

La deuxième approche est celle des pays de *common law*. Dans la plupart de ces Etats, la question de la filiation de l'enfant est tranchée en référence au droit du for (au droit interne de l'Etat d'accueil)²³. Il y aura donc une application du droit interne de l'Etat des parents ayant conclu une convention de gestation pour autrui dans un pays autre.

Enfin, la dernière approche est celle des pays de tradition de droit civil. De manière semblable, la question de la filiation de l'enfant est normalement tranchée en

²²Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, mars 2014. Disponible à http://www.hcch.net/index_fr.php/index_de.php?act=text.display&tid=178

²³ Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution, HCCH, 2012. Disponible à http://www.hcch.net/index_fr.php/index_de.php?act=text.display&tid=178

appliquant les règles de droit international privé de l'Etat d'accueil²⁴. Un mécanisme de renvoi à la législation où a été conclue la gestation pour autrui pourra être mis en œuvre.

De nombreux Etats ont préparé des lignes directrices non contraignantes sur les conventions de maternité de substitution à caractère international (Australie, Canada, Irlande, Norvège, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Suisse) et d'autres commencent à élaborer des règles spécifiques (Finlande, Israël, Mexique, Philippines, Suède, Suisse)²⁵.

Concernant la coopération entre Etats, seul un petit nombre d'entre eux ont entrepris une coopération transfrontalière (par exemple la Nouvelle Zélande avec l'Australie, la Thaïlande et les Etats-Unis, ou les Pays-Bas avec l'Inde et l'Ukraine)²⁶.

S'agissant de l'examen de la législation étrangère concernant la gestation pour autrui, deux Etats retiendront l'attention.

Depuis 1985, le Royaume-Uni autorise, mais de façon très encadrée, la gestation pour autrui. La loi de 1985²⁷ « définit la mère de substitution comme la femme qui porte un enfant à la suite d'un accord conclu avant le début de la grossesse et qui a pour objet la remise de l'enfant à une ou plusieurs autres personnes appelées à exercer l'autorité parentale »²⁸. Puis, une loi de 1990²⁹, modifiée par deux lois³⁰ subséquentes, autorise le recours à une mère porteuse dans des conditions très strictes.

Tout d'abord, le contrat de gestation pour autrui ne peut être lucratif ; seuls des frais raisonnables peuvent être remboursés par les parents d'intention. Ensuite, la mère porteuse ne peut être tenue de remettre l'enfant à la naissance si elle ne le souhaite plus. Pour que les parents d'intention deviennent les parents légaux de l'enfant, une longue procédure doit être entreprise. Les parents d'intention doivent demander une autorisation parentale entre six semaines et six mois suivant la naissance. Cette décision pourra être accordée si le contrat est valable (sans rétractation de la mère

²⁴ Ibid.

²⁵ Projet filiation / Maternité de substitution, HCCH, mise à jour en Février 2015. Disponible à http://www.hcch.net/index_fr.php/index_de.php?act=text.display&tid=178

²⁶ Ibid.

²⁷ Surrogacy Arrangements Act 1985

²⁸ <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc19>

²⁹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990

³⁰ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 et Human Fertilisation and Embryology Act 2010

porteuse), si au moins l'un des parents d'intention a un lien génétique avec l'enfant et si un des deux membres du couple est domicilié au Royaume-Uni³¹.

En Belgique, la situation est différente car la gestation pour autrui n'est ni réglementée ni formellement interdite. Les juridictions sont donc seules, sans réelle base juridique, pour déterminer le cadre applicable à la gestation pour autrui. Ainsi, plusieurs décisions de cours belges commencent à établir le cadre juridique du recours à une mère porteuse. Le contrat de mère porteuse devra être non lucratif (par exemple : Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4 octobre 2001, R.W. 2001, n° 6 du 6 octobre 2001). Concernant, l'obligation d'un lien génétique entre le ou les parents d'intention, la jurisprudence belge est plus indécise. La jurisprudence a pu homologuer ce type de contrat lorsqu'il n'y avait aucun lien génétique entre les parents d'intention et l'enfant, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant (par exemple : Tribunal de la jeunesse de Namur, 7 janvier 2011, Act. Dr. Fam., 2013/5, p. 96)³².

La mère porteuse devra abandonner l'enfant pour que les parents d'intention puissent faire une demande d'adoption plénière.

S'agissant de la reconnaissance des actes de l'état civil ou des jugements étrangers concernant un enfant né d'une mère porteuse, la position de deux Etats de l'Union Européenne peut être intéressante à étudier : l'Espagne et l'Italie.

En Espagne, la Direction générale des registres a publié, en 2010, une instruction visant à encadrer la transcription d'actes intéressant des enfants nés d'une gestation pour autrui. Celle-ci est autorisée après une vérification par l'officier d'état civil. Cette vérification doit porter sur la régularité et l'authenticité de l'acte étranger, sur un contrôle des droits de la mère porteuse (existence d'un consentement libre et volontaire) et sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Finalement, l'identité de la mère porteuse devra être formellement établie³³.

Si ces règles procédurales sont suivies, les enfants issus d'une gestation pour autrui seront inscrits sur les registres d'état civil, alors même que l'Espagne interdit normalement toute convention de gestation pour autrui (loi n° 14 du 26 mai 2006).

L'Italie, de son côté interdit tout contrat de gestation pour autrui et pose le principe que la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant (article 269 du Code civil). La filiation maternelle de la mère d'intention ne pourra donc être reconnue en Italie.

³¹ La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, CIEC, Février 2014. Disponible à <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>

³² La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, CIEC, Février 2014. Disponible à <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>

³³ Ibid.

Pour la mère d'intention, l'unique solution serait de procéder à une demande d'adoption dans les conditions du droit commun italien³⁴.

Concernant la filiation paternelle, celle-ci est possible en cas de lien génétique avec l'enfant (articles 250 et 254 du Code civil). Ce lien pourra être prouvé par tous moyens.

Tous ces exemples montrent bien l'absence de solution commune au sein même de l'Union Européenne, chaque Etat procédant différemment et appliquant un raisonnement distinct.

Néanmoins, la dimension transnationale de la problématique a conduit les instances internationales à s'en emparer.

Ainsi, la Conférence de droit international privé de la Haye n'en est pour l'instant qu'au début de sa réflexion : un groupe d'expert devra approfondir la faisabilité d'un accord international contraignant sur la gestation pour autrui qui devrait normalement intervenir au cours du premier semestre 2016. Ce document devra avoir pour objectif d'instaurer une sécurité juridique quant aux statuts des enfants issus d'une convention de maternité de substitution à caractère international. Une solution pourrait être d'« *unifier les règles de droit international privé relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation juridique* »³⁵.

Enfin, la Commission Internationale de l'Etat civil a publié une étude recensant les problématiques issues de la gestation pour autrui sans, pour le moment, proposer de solution internationale³⁶.

Au-delà de l'absence de solution commune dans l'ordre international, la question de la reconnaissance de la GPA n'a par ailleurs été que partiellement tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Un débat non complètement tranché dans l'ordre européen

Dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas eu à trancher de questions liées à la situation des enfants nés d'une GPA. Elle s'est, en revanche, prononcée sur les droits des femmes ayant eu recours à une mère porteuse quant à l'octroi de congés de maternité.

Dans deux arrêts du 18 mars 2014, elle a dit pour droit, d'une part, que les Etats membres ne sont pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre de l'article 8

³⁴ Ibid.

³⁵ Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet Filiation / Maternité de substitution, HCCH, mars 2014. Disponible à http://www.hcch.net/index_fr.php/index_de.php?act=text.display&tid=178

³⁶ Etude disponible à <http://www.ciec1.org/>

de la directive 92/85/CEE à une travailleuse, en sa qualité de mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter cet enfant après la naissance ou qu'elle l'allaitte effectivement et, d'autre part, que ce refus ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 14 de la directive 2006/54/CE ni une discrimination fondée sur le handicap, au sens de la directive 2000/78/CE même lorsque la femme a eu recours à une mère porteuse en raison de son incapacité physique à porter un enfant (CJUE 18 mars 2014, D., C-167/12 et CJUE 18 mars 2014, Z., C-363/12).

A l'inverse, la question de la filiation des enfants nés par GPA a été débattue dans le cadre du Conseil de l'Europe et a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La Cour européenne des droits de l'homme, par les deux arrêts du 26 juin 2014 précités n'a pas pris position sur la conventionnalité du procédé de GPA mais s'est prononcée sur le sort des enfants nés à l'étranger grâce au recours à une mère porteuse.

En effet, le refus par la France de reconnaître à l'enfant sa filiation paternelle conforme à la vérité biologique, caractérisant une atteinte à son droit au respect de sa vie privée, a entraîné sa condamnation par la dite Cour dans les arrêts *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*, précités.

Dans ces deux arrêts, la Cour constate d'abord que la légalité de la convention de gestation pour autrui ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe³⁷ et « *suscite de délicates interrogations d'ordre éthique* ». Elle en déduit que les Etats doivent en principe se voir accorder « *une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision (...) d'autoriser ou non ce mode de procréation* »³⁸.

Ensuite, elle précise que l'applicabilité de l'article 8, en ce qu'il garantit le droit au respect de la vie familiale, est conditionnée par « *la réalité concrète de la relation entre les intéressés* », établie en l'espèce. Elle souligne également que la vie privée, protégée par le même article, « *intègre (...) des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu* », telle sa filiation, exigeant que « *chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* ». Dès lors, une « *relation directe* » existe « *entre la vie privée des enfants nés d'une GPA et la détermination juridique de leur filiation* »³⁹.

Puis la Cour relève l'existence d'une ingérence au regard de l'article 8 de la Convention et reconnaît la légitimité de certains des buts avancés par le

³⁷ *Menesson* point 78 et *Labassée* point 58.

³⁸ *Menesson* point 79 et *Labassée* point 58.

³⁹ *Menesson* point 46 et *Labassée* point 38.

gouvernement français pour la justifier, puisque la position de la France, qu'« elle n'entend pas (...) mettre en cause en tant que telle », « procède de la volonté de décourager » le recours, à l'étranger, d'une méthode prohibée afin, « selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et (...) la mère porteuse »⁴⁰.

Selon la Cour, l'appréciation du caractère nécessaire de l'ingérence impose d'opérer une distinction entre la vie familiale des requérants et la vie privée des enfants. Elle précise à cet égard que la marge d'appréciation des Etats doit être réduite dès lors qu'il est question de l'identité des individus et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer.

- L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale des requérants

Dans un premier temps, la Cour exclut la violation du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention et des enfants au motif qu'ils sont en mesure de vivre ensemble en France « dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles »⁴¹. Elle constate, en l'espèce, que les risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants n'étaient pas insurmontables et que, malgré l'absence de reconnaissance de leur lien de filiation, les intéressés avaient pu *in concreto* bénéficier de leur droit au respect de leur vie familiale⁴². La Cour se contente ainsi de vérifier l'effectivité de la vie familiale sans exiger sa consécration juridique et considère en l'espèce que l'atteinte portée au respect de la vie familiale par le défaut de sa reconnaissance juridique n'est pas suffisamment grave pour constituer une violation de la Convention dès lors que cette vie familiale peut s'épanouir en fait.

- L'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant cantonnée au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle

La Cour, en examinant de manière précise la situation dans laquelle le défaut de reconnaissance de la filiation des enfants les place, constate l'existence d'une atteinte à leur droit au respect de la vie privée, mais cantonne par suite sa condamnation au défaut de reconnaissance de la filiation paternelle.

Elle considère ainsi 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 mais l'absence de reconnaissance en France de la filiation des enfants établie à l'étranger porte atteinte à leur identité au sein de la société française. La Cour note à cet égard que les enfants nés de gestation pour autrui, en l'état du droit positif, sont dans une situation d'incertitude juridique, une « *troublante incertitude* », quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française et

⁴⁰ Mennesson point 62 et Labassée point 54.

⁴¹ Mennesson point 92 et Labassée point 71.

⁴² Mennesson point 92 et Labassée point 73.

considère que cette indétermination est susceptible d'affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour relève en outre qu'ils ne peuvent hériter des parents d'intention qu'en tant que légataires, les droits successoraux étant alors calculés de manière moins favorable pour eux.

La Cour pointe encore le fait que si le juge français admet qu'un lien de filiation est établi par le droit californien entre les parents d'intention et l'enfant, il n'en reste pas moins qu'il ne reconnaît pas cette filiation dans l'ordre juridique interne. Cette situation contradictoire porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française.

Elle affirme ainsi qu'« *en faisant (...) obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* »⁴³. Elle fait référence en ce sens au fait que non seulement la filiation n'a pas été admise par les juridictions françaises à travers la transcription des actes de naissance mais qu'en outre, sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou par l'effet de la possession d'état se heurte à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Mais la Cour centre son analyse sur la filiation paternelle et limite sa condamnation à la non-reconnaissance de cette filiation. En effet, elle affirme qu'« *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* »⁴⁴.

Selon la Cour, une atteinte disproportionnée a ainsi été portée aux droits fondamentaux de l'enfant dans la mesure où l'enfant a été privé d'un élément essentiel de son identité, dès lors que cette filiation correspondait à la vérité biologique et que l'enfant, comme ses parents, la revendiquaient. S'agissant de la question de savoir si la filiation doit être consacrée par l'intermédiaire de la transcription des actes de naissance, par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption par l'effet de la possession d'état, il revient au juge ou au législateur national de prendre position.

Par un arrêt du 27 janvier 2015 *Paradiso et Campanelli c/ Italie*,⁴⁵ la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné l'Italie pour avoir refusé de transcrire sur les registres italiens de l'état civil, un acte de naissance russe, pourtant revêtu de l'apostille, qui indiquait comme parents légaux les parents d'intention. Dans un contexte très particulier (contrairement aux déclarations qu'ils avaient faites, aucun des parents n'avait de lien biologique avec l'enfant et l'on pouvait les soupçonner d'avoir « acheté » l'enfant), la Cour fait le reproche à l'Italie d'avoir ordonné le retrait

⁴³ Mennesson, par. 100, Labassée, par. 79.

⁴⁴ *Ibid idem*

⁴⁵ CEDH, 2^e section, 27 janvier 2015, n° 25358/12

de l'enfant et son placement en vue de l'adoption, ce qui caractérise selon elle une atteinte disproportionnée.

Au-delà du cadre international et européen, la gestation pour autrui a bien évidemment suscité un large débat de société au niveau national.

C. Débats de société autour de la prohibition de la GPA dans l'ordre interne

Afin d'étudier les différents débats de société portant sur la prohibition de la gestation pour autrui dans l'ordre interne, il convient d'examiner le droit positif (C.1), les débats législatifs ayant eu cours à l'occasion de la révision de la loi bioéthique en 2009 (C.2) ainsi que les différentes propositions de loi visant à modifier le cadre juridique interne (C.3).

C.1 La législation : le droit positif

Le législateur a placé la gestation pour autrui sous l'empire d'un régime d'interdiction par la loi n°94-653, précitée qui a institué l'article 16-7 du code civil en vertu duquel « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Elle a également ajouté l'article 16-9 du même code qui en fait une nullité d'ordre public.

Une législation répressive a par ailleurs institué une série d'incriminations sous le coup desquelles serait susceptible de tomber une convention de gestation pour autrui.

D'abord, l'article 227-13 du code pénal (article 345 de l'ancien code pénal) érige en délit la « *simulation ou dissimulation d'enfant* » parce qu'elles constituent une « *atteinte à l'état civil d'un enfant* ». Simulation et dissimulation sont considérées par la Cour de cassation comme les deux aspects des faits de supposition d'enfant, la supposition consistant à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché⁴⁶.

Ensuite, le fait de faire dresser un acte d'état civil sur des déclarations mensongères caractérise un faux commis dans une écriture publique, puni par l'article 441-4 du code pénal.

Enfin, l'article 227-12 du Code pénal créé par la loi de 1994 précitée institue l'incrimination d'incitation à l'abandon d'enfant et prévoit la poursuite des intermédiaires qui auraient organisé ou facilité la conclusion d'une convention de gestation pour autrui, les rendant passibles d'une peine de 15.000 € d'amende et d'un an d'emprisonnement. Ces amendes sont doublées lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif. Les personnes morales coupables de cette infraction encourent la dissolution en plus de la peine d'amende.

⁴⁶ Cass. crim. 12 janvier 2000, n° 99-82.905.

Hormis cette approche pénale, et malgré l'intensité des débats et rapports sur cette question, le législateur n'est pas intervenu, sur le plan civil, pour régler juridiquement le sort des gestations pour autrui internationales en fixant les conditions de leur reconnaissance ou en accordant à l'enfant, né par GPA, un statut autonome.

Le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, édicté dans l'ordre interne, continue à rayonner au plan international.

En réponse à une question écrite posée à l'Assemblée Nationale, le gouvernement a précisé : « *En matière de gestation pour autrui, le Président de la République a clairement indiqué qu'il était formellement opposé à cette pratique. Il a été annoncé qu'aucun recours ne serait intenté contre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France pour son refus d'inscription à l'état civil de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. La gestation pour autrui reste interdite sur le territoire français, mais il ne faut pas que cette prohibition s'applique contre l'intérêt des enfants nés et vivant sur le territoire français. Le gouvernement reste fermement opposé au développement de ces pratiques et soutient l'application stricte des dispositions pénales existantes permettant de poursuivre et de sanctionner les intermédiaires incitant les personnes à de telles conventions à l'étranger.*⁴⁷ »

C.2 Les débats législatifs à l'occasion de la révision de la loi bioéthique en 2009

Un corpus législatif régit en France les activités de bioéthique au sein desquelles s'inscrivent les techniques de procréation artificielles. Cet ensemble avait, en 2009, fait l'objet d'une révision⁴⁸ pour tenir compte « *des questions soulevées par [son] application et [régler] les interrogations éthiques nouvelles suscitées par l'évolution de la biologie, de la médecine et des mœurs* »⁴⁹.

Une telle évolution peut se voir dans le phénomène dit du « tourisme procréatif », occulte et donc difficilement quantifiable. Un rapport sénatorial de 2008 estime à une centaine le nombre de couples français qui, depuis 1991, partent chaque année à l'étranger afin d'y faire porter et mettre au monde un enfant qu'ils souhaitent ensuite élever en France. Un rapport d'information établi par le député Léonetti en 2010 relève quant à lui que ce phénomène concernerait trois cent couples infertiles par an⁵⁰.

⁴⁷ Questions n° 65068, 60875, 49113 et 48702, JO 18 novembre 2014, p.9655.

⁴⁸ Prévue par la Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique qui programmat sa propre révision dans un délai de cinq ans suivant son entrée en vigueur.

⁴⁹ (Conseil d'Etat), *La révision des lois de bioéthique*, Etude adoptée par l'assemblée générale plénière, paru à la Documentation française en 2009, p. 6.

⁵⁰ (Assemblée nationale) J. Leonetti (rapporteur), *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique* (n°2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p.165.

Ceux-ci se rendent « *de préférence aux Etats Unis et au Canada, où des agences les mettent en relation avec des mères de substitution et où ils peuvent obtenir des actes de l'état civil locaux établissant la filiation de l'enfant à leur égard* »⁵¹. De retour en France, ceux-ci effectuent divers démarches en vue de se voir reconnaître et établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Il s'agit « *en général, de la reconnaissance de l'enfant par le père et de l'adoption de ce même enfant par la mère d'intention* »⁵².

Cette démarche est, en l'état du droit, vouée à l'échec. La Cour de cassation s'est prononcée par une série d'arrêts excluant tant l'adoption que la possession d'état ou la reconnaissance de l'enfant par le père. (cf. *infra* « d. Les arrêts de la Cour de cassation »).

Ces arrêts ont fait naître des interrogations juridiques sérieuses sur le statut de l'enfant né d'une gestation pour autrui internationale.

En effet, si l'enfant peut se voir reconnaître une filiation à l'étranger, il ne peut le faire dans l'ordre juridique français compte tenu du refus de transcription de son acte de naissance, d'un acte de notoriété constatant la possession d'état ou d'opposabilité de la décision de justice étrangère homologuant la gestation pour autrui.

Or, l'absence d'acte d'état civil français est source de difficultés pratiques dans la vie quotidienne, notamment, dans les rapports entre la famille et les administrations, écoles, ou structures de soin. En pratique, les actes étrangers devront systématiquement être présentés traduits et apostillés.

Bien qu'une circulaire de la Garde des Sceaux (cf *infra*), prise au lendemain des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, leur permet aujourd'hui, sous certaines conditions, d'obtenir des certificats de nationalité française, ces enfants ne peuvent jouir pleinement des facilités et prérogatives attachées au statut d'enfant de parents français. Ainsi, « *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, 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* »⁵³.

Dans la recherche d'une sécurisation du statut des enfants, en droit français, deux séries de solutions se sont alors offertes au législateur : les plus audacieuses tendant à la légalisation de la gestation pour autrui et à sa mise en œuvre en France, au sein d'un cadre légal sécurisant ; d'autres tendaient plus simplement à une modification du droit de la filiation afin de permettre la reconnaissance de l'enfant par les parents d'intention. C'est une troisième voie qui a été suivie par le Parlement en 2009, celle

⁵¹ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui..., p. 34.

⁵² *op. cit.* (Conseil d'Etat), *La révision des lois de bioéthique*,... p. 64.

⁵³ *op. cit.* (Conseil d'Etat), *La révision des lois de bioéthique*,... p. 65.

du maintien de l'interdiction sans qu'aucune disposition n'ait été adoptée pour régler le sort des enfants nés de gestations pour autrui à l'étranger.

Plaidant en faveur de la légalisation de la gestation pour autrui et l'institution d'un régime légal et non contractuel, un rapport réalisé pour le Sénat en 2008 a considéré que « *la maternité pour autrui n'est pas en elle-même contraire au principe de dignité de la personne humaine et devrait pouvoir être admise dès lors qu'aucune transaction financière ne serait autorisée et qu'elle serait vécue comme un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi, ce qui éviterait la réification, l'instrumentalisation et la marchandisation du corps de la femme* »⁵⁴.

Ce rapport propose d'autoriser la gestation pour autrui dans un cadre très restreint aux seuls couples dans lesquels la femme ne pourrait mener de grossesse à terme sans danger pour sa santé ou celle de l'enfant. Cette gestation pour autrui serait réalisée selon une procédure placée sous le contrôle de l'Agence nationale de Bioéthique et du juge judiciaire. La première aurait pour fonction d'octroyer un agrément à la mère porteuse, le second déterminerait le montant de son dédommagement, s'assurerait de la réalité de son consentement et établirait la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention⁵⁵.

Ce rapport a été à l'origine d'une proposition de loi (n°233 et 234) qui est devenue caduque.

Dans la lignée des avis préconisant le *statu quo*, le Conseil d'Etat a conclu pour sa part en 2009 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 (...) à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui* ». La Haute juridiction administrative a critiqué de surcroît la proposition faite par le rapport sénatorial de 2008, laquelle « *ouvrirait la voie à une évolution difficile à circonscrire* », risquant de transformer la gestation pour autrui en « *pratique de convenance* »⁵⁶.

De la même manière, le Comité national d'éthique a considéré, dans un avis n°110, intitulé « *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* », que « *l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée* »⁵⁷.

⁵⁴ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui..., p.60.

⁵⁵ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui... pp. 73-80.

⁵⁶ *op. cit.* (Conseil d'Etat), La révision des lois de bioéthique,... p. 63.

⁵⁷ (Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé) F. Dreifuss-Netter et C. Legras (rapporteurs), avis n°110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 2010, p. 17.

Finalement, la Mission d'information de l'Assemblée nationale sur la révision des lois de bioéthique a rendu un rapport en 2010 préconisant « *de maintenir les dispositions protectrices de la loi et de ne pas légaliser la gestation pour autrui* »⁵⁸.

Les débats de 2009 ont orienté la sauvegarde de la dignité de la personne humaine vers le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui, pratique considérée comme attentatoire aux intérêts tant des enfants que des mères porteuses notamment au regard des dérives redoutées de marchandisation du corps de la femme et de réification de l'enfant, réduit à l'état d'objet d'une opération contractuelle. Le législateur n'est donc pas revenu sur l'interdiction de 1994.

Quoi qu'il en soit, la légalisation de la gestation pour autrui ne réglerait pas la reconnaissance de ses pleins effets lorsqu'elle est conclue à l'étranger en raison des modalités spécifiques propres à ces législations étrangères⁵⁹. Les rapports et avis précités le relèvent sans exception.

Compte tenu de l'internationalisation des gestations pour autrui, certains membres du Comité national d'éthique relevaient dans une note annexe à l'avis de 2010 que « *le maintien de la prohibition et ses conséquences sur l'établissement de la filiation juridique, vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de tous les enfants qui continueront de naître grâce à une GPA pratiquée dans des pays où elle n'est pas illégale et où les couples français qui en ont les moyens continueront de se rendre* »⁶⁰.

Le législateur n'a cependant pris aucune disposition organisant la réception des enfants nés de gestation pour autrui réalisée à l'étranger afin, notamment, de ne pas « *valider indirectement la GPA* »⁶¹ et de crainte de reconnaître implicitement un droit à l'enfant qu'il était résolu à ne pas consacrer.

Le rapport fait pour l'Assemblée nationale en 2010 a certes conclu à la suffisance du droit positif mais sur la seule considération que « *dans la vie pratique [des familles,] les difficultés évoquées du fait de l'absence de filiation maternelle ne doivent pas être*

⁵⁸ (Assemblée nationale) J. Leonetti (rapporteur), *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique* (n°2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p.171.

⁵⁹ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...*

& (Assemblée nationale) J. Leonetti (rapporteur), *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique* (n°2235), enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 janvier 2010, p.166 – Audition du professeur Bertrand Mathieu.

⁶⁰ M. Azoulay, J. Belaisch-Allart, C. Burlet, D. Siroux, D. Stoppa-Lyonnet, C. Sureau et B. Weil, « Note annexe pour l'avis sur la GPA » in (Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé) F. Dreifuss-Netter et C. Legras (rapporteurs), avis n°110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, p. 18.

⁶¹ *op. cit.* (Sénat) M. André, A. Milon et H. Richemont, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui...* p.192.

exagérées et que le plus souvent la filiation paternelle peut être établie »⁶². Cette réalité que nous propose ce rapport est aujourd'hui bien différente après l'intervention des arrêts de la première chambre civile de 2011 et 2013.

Voilà donc plus de six ans que le législateur a été saisi de la question juridique soulevée par les deux pourvois. Il ne l'a pas réglée pour autant alors que sa compétence pour la trancher ne fait aucun doute.

C.3 Les propositions de loi

Treize sénateurs ont déposé le 31 juillet 2012 la proposition n° 736 par laquelle ils envisagent de donner un fondement légal à la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger suite à une gestation pour autrui. Ils proposent d'inscrire un article 336-2 dans le code civil qui systématiserait la transcription à la condition que le « *protocole de gestation pour autrui* » étranger ait fait l'objet d'une décision de justice prise en conformité « *aux lois locales applicables* » et, de plus, « *que le consentement libre et éclairé de la femme qui a porté l'enfant soit reconnu par cette décision et que les possibilités de recours contre cette décision soient épuisées* »⁶³.

En l'absence d'inscription à l'ordre du jour, elle a été frappée de caducité. A ce jour, il s'agit de l'unique initiative parlementaire portant sur la question de la réception française de la gestation pour autrui internationale, les autres propositions relevées se limitent à réclamer un affermissement de l'interdiction par une pénalisation accrue.

Une proposition de loi n° 806, enregistrée le 6 mars 2013, ambitionne d'élargir l'incrimination prévue par l'article 227-12 du code pénal au « *fait de promouvoir ou de faciliter, par l'usage d'un moyen de communication, la conception d'un enfant par un couple dans l'intention préméditée de faire grandir l'enfant auprès de personnes différentes de ses parents biologiques* ».

La proposition de loi n° 2277, visant à lutter contre les démarches engagées par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, a été enregistrée le 14 octobre 2014 par la présidence de l'Assemblée nationale. Au motif « *que l'efficacité de la prohibition [de la GPA] est aujourd'hui menacée par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁶⁴, les députés auteurs de la proposition « *souhait(ent) s'opposer aux contrats de « mère porteuse » portant atteinte à la dignité de la personne humaine et au corps de la femme et dont l'enfant est l'objet du contrat niant ainsi son statut de personne humaine* ». Ils proposent donc de

⁶² *op. cit.* (Assemblée nationale) J. Leonetti (rapporteur), *Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, p. 198-199.

⁶³ Proposition de loi n°736 enregistrée à la Présidence du Sénat le 31 juillet 2012, Autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui (<http://www.senat.fr/leg/pp11-736.html>).

⁶⁴ Rapport Léonetti p. 8.

« renforce(r) les sanctions à l'encontre des agences qui organisent ce trafic d'être humain en doublant les peines actuellement prévues » à l'article 227-12 du code pénal. Egalement, ils souhaitent « puni(r) les personnes qui ont recours à cette pratique illicite ainsi que les démarches auprès d'agences organisant la GPA » sur le sol français ou à l'étranger par l'insertion d'un nouvel article 511-4 dans le code pénal.

Certains auteurs doutent cependant du vote de cette proposition, laquelle a « peu de chances d'obtenir le soutien du gouvernement puisque le Premier ministre affirmait début octobre [2014] ne pas vouloir poursuivre les personnes recourant à la GPA tout en accentuant cependant la lutte contre les filières la permettant mais en laissant libre cours à la circulaire du garde des Sceaux sur la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger à la suite d'une GPA »⁶⁵.

Dans la même veine, la proposition de loi n°2706 déposée le 8 avril 2015 à la Présidence de l'Assemblée nationale tend à la sanction du recours à une mère porteuse et la création d'un article 47-1 dans le Code civil déclarant nul « tout acte étranger (...) qui constate, atteste, reconnaît ou prouve une filiation issue d'une procréation ou d'une gestation pour le compte d'autrui (...) y compris dans le cas où elle concernerait un ou des parents de nationalité française ». Finalement, cette proposition charge le Gouvernement de préparer des dispositions « qu'il pourrait soumettre pour proposer l'adoption d'une convention internationale spécifique sur l'interdiction de la gestation et de la procréation pour autrui ». Le Rapport Léonetti (2014), intervenu au lendemain des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme prend fermement partie contre une légalisation de la convention de gestation pour autrui. Il est assorti d'une proposition de loi visant à durcir la répression pénale du recours à la GPA.

Si le législateur ne s'est pas positionné sur l'épineuse question de la reconnaissance des gestations pour autrui étrangères, celle-ci a été en partie tranchée par la jurisprudence.

D. L'état de la question dans la jurisprudence

Le Conseil constitutionnel (D.1), la Cour de cassation (D.2) et le Conseil d'Etat (D.3) ont eu à connaître de la question portant sur la reconnaissance en droit interne des GPA internationales.

⁶⁵ Julien Couard, « Sanctionner les français cherchant à souscrire un contrat de gestation pour autrui », *Droit de la famille* n°12, décembre 2014, alerte 59.

D.1 Les décisions du Conseil constitutionnel

Dans un *obiter dictum* de 1994⁶⁶, le Conseil constitutionnel a placé les principes de primauté de la personne humaine, du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, d'inviolabilité, d'intégrité et d'absence de patrimonialité du corps humain ainsi que celui de l'intégrité de l'espèce humaine dans le champ du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (cons. 18) et a rattaché ce dernier au préambule de la Constitution de 1946 (cons. 2). L'interdiction de la convention de gestation pour autrui participe de la protection et de la garantie de ces principes.

Il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel reconnaît au législateur plénitude de compétence pour autoriser ou interdire la gestation pour autrui et encadrer sa contractualisation, notamment au regard de la filiation et de l'état civil des enfants qui en seraient issus. La transcription des actes de naissance établis au terme d'une GPA « *constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur* »⁶⁷. En effet, « *la jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante pour souligner la compétence du Parlement sur ces sujets de société* »⁶⁸.

En l'état du droit et, particulièrement, de la prohibition légale de la GPA, le Conseil a rappelé « *qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* »⁶⁹. Le maintien dans l'ordre interne de l'interdiction de la GPA lie le juge judiciaire et réduit sa marge de manœuvre pour ce qui est de la réception des conventions conclues et exécutées à l'étranger. La jurisprudence de la Cour de cassation semble bien s'inscrire dans la garantie de l'interdit et de la répression en privant les GPA d'effet juridique en France.

Cependant, lorsqu'il est saisi de la conciliation de deux principes que les débats opposent, le juge judiciaire doit en faire primer un. En l'espèce, il s'agirait de concilier, d'une part, le principe de non patrimonialité du corps humain qui revêt, *in fine*, une valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'intérêt de l'enfant que les plaideurs

⁶⁶ [Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994](#), *loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

⁶⁷ Il en est allé successivement ainsi pour l'interruption volontaire de grossesse (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975) pour la sélection des embryons (n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994), pour les greffes autogéniques (n° 2012-249 QPC du 16 mai 2012), pour l'adoption par des couples homosexuels (n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010) ou pour le mariage homosexuel (n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011). [Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », p. 19.](#)

⁶⁸ *Ibid idem*

⁶⁹ [Conseil constit., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe](#) (cons. 58).

invoquent en faveur de la reconnaissance et de la transcription de sa filiation établie à l'étranger et, que la Cour européenne des droits de l'homme a pu considérer comme relevant de son droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne une filiation paternelle biologique.

Or, l'intérêt de l'enfant dispose également d'un fondement constitutionnel, le Conseil l'ayant rattaché à l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 dans une décision du 17 mai 2013⁷⁰ dans laquelle il examine la conformité de la disposition légale qui lui est déférée au regard de « *l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (con. 53). Cet alinéa dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » ce dont le Conseil a par ailleurs déduit un droit subjectif que la Constitution garantit, « *le droit de mener une vie familiale normale* » (cons. 16).

D.2 Les arrêts de la Cour de cassation

Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation jugeait illicite l'objet de la convention de gestation pour autrui, dite alors « prêt d'utérus », au regard de l'article 1128 du code civil et interdisait ainsi sa conclusion car, elles « *contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère* »⁷¹.

Face à la résistance de certaines cours d'appel⁷², le procureur général près la Cour de cassation a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Réunie en 1991, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁷³, a confirmé l'analyse de la première chambre civile. Cette dernière définissait la « *convention de mère porteuse* » comme celle « *par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance* », et, jugeait que cette convention « *contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

Par ailleurs, elle a rappelé avec force le principe *mater semper certa est* en attribuant la filiation maternelle à la femme qui a porté l'enfant et l'a mis au monde et en jugeant que ce principe s'oppose à la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention qui n'a pas accouché. En effet, l'adoption de l'enfant par cette

⁷⁰ [Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013](#), *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

⁷¹ [Cass. 1re Civ. 13 décembre 1989, n° 88-15.655](#)

⁷² Notamment cinq arrêts rendus par la cour d'appel de Paris en 1990, « *aux termes manifestement provocateurs* » selon Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, p. 353.

⁷³ [Cass. Ass. pl., 31 mai 1991, précité](#)

dernière « *n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et (...) constituait un détournement de l'institution de l'adoption* ».

La loi de bioéthique de 1994 a entériné cette solution et ajouté l'article 16-7 au code civil qui interdit la convention de gestation pour autrui et la sanctionne d'une nullité, qui, aux termes de l'article 16-9, est d'ordre public.

Dans un arrêt du 17 décembre 2008⁷⁴, la première chambre a admis, au visa des articles 423 du code de procédure civile et 16-7 du code civil, la recevabilité de l'action du ministère public aux fins d'annulation de la transcription d'actes d'état civil étrangers sur les registres français dès lors qu'il résulte des « *énonciations inscrites sur les actes d'état civil [qu'ils] ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui* ».

Par ailleurs, comme il a été déjà dit, la première chambre civile est intervenue à nouveau par les trois arrêts du 6 avril 2011, précités, jugeant contraire à l'ordre public la conclusion d'une convention de gestation pour autrui souscrite à l'étranger.

Cette solution a été enrichie par les deux arrêts du 13 septembre 2013 précités. La première chambre civile considère que l'établissement des filiations, même conforme à la réalité biologique, masque un « processus frauduleux », consistant dans la délocalisation de la gestation pour autrui afin de contourner l'interdiction en droit français. Cette manœuvre conduit à refuser la transcription de l'acte de naissance et la reconnaissance des filiations qu'il établit. Il s'agit d'une application extensive du principe selon lequel la fraude corrompt tout que traduit l'adage *fraus omnia corrumpit*.

En abandonnant les principes essentiels pour recourir à la notion de « processus frauduleux », elle-même très teintée d'ordre public, notion déjà citée dans l'arrêt de 1991, la première chambre civile a voulu projeter les effets du refus de reconnaissance des gestations pour autrui internationales au-delà de l'annulation de la transcription pour l'élargir à celle de la reconnaissance paternelle anténatale.

Dans l'une des deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 septembre 2013 (n°1218315), la première chambre civile apporte, une nouvelle acception de l'article 336 du code civil, solution reprise par un arrêt en 2014, selon laquelle « *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* »⁷⁵.

⁷⁴ [Cass. 1^{ière} civ. 17 décembre 2008, n° 07-20.468](#)

⁷⁵ [Cass. 1^{ière} civ. 19 mars 2014, n° 13-50.005](#)

L'étendue de la sanction de la fraude atteint donc la reconnaissance de paternité même si l'examen de sa validité est en principe indépendant de la convention de gestation pour autrui.

D.3 La position du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a tout d'abord été saisi de la question de la délivrance de certificat de voyage à des parents d'intention d'un enfant né par GPA et désireux de venir en France avec l'enfant.

Le 4 mai 2011, il a estimé que : *« que la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C 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, ainsi que l'a jugé à bon droit le juge de première instance »*. En conséquence, *« le juge des référés, qui n'a pas enjoint à l'administration de délivrer un passeport aux enfants en cause, mais seulement un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national - ce qui peut prendre la forme du laissez-passer prévu par le décret du 30 décembre 2004 relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de titres de voyage - 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 »*⁷⁶.

Le conseil d'Etat s'est récemment prononcé sur la légalité de la circulaire du 25 janvier 2013 n° NOR JUSC1301528C aux termes de laquelle Madame la Garde des Sceaux requiert des procureurs généraux, procureurs de la République et greffiers en chef des tribunaux d'instance qu'ils veillent, à faire droit aux demandes de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de GPA internationales *« 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 la circulaire, *« le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus »*.

Cette circulaire a été déférée au juge de l'excès de pouvoir qui s'est prononcé par un arrêt en date du 12 décembre 2014⁷⁷, *« à l'aune de ce qu'impliquait nécessairement la réception de la jurisprudence de la Cour EDH »*⁷⁸.

Dans cette affaire, le rapporteur public a invité en effet la juridiction administrative à *« tirer les conséquences qui s'imposent en termes de nationalité, étant souligné que*

⁷⁶ CE, Ord, 4 mai 2011 n°348778

⁷⁷ CE, 12 décembre 2014, Association juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

⁷⁸ M. Guyomar, Chronique de jurisprudence du Conseil d'Etat, *Gazette du palais*, 29 janvier 2015, n°29, p. 16.

la nationalité ne concerne que les enfants et qu'elle n'a aucun effet reconnaissant quant à la filiation »⁷⁹.

Le Conseil d'Etat a donc jugé que *« la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention 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 »* (cons. 11).

Le Conseil d'Etat a ainsi conclu à la légalité de la circulaire, estimant qu'*« elle subordonne expressément la délivrance de tels certificats [à ce qu'] un lien de filiation de l'enfant avec un français soit établi »* (cons. 9) conformément à l'article 18 du code civil qui prévoit qu'est *« français, l'enfant dont l'un des parents au moins est français »*.

Or, la juridiction administrative a affirmé que *« doit être tenu pour établi un lien de filiation attesté par un acte d'état civil étranger dans les cas où, conformément à l'article 47 du code civil, un tel acte fait foi »*.

Dès lors, *« la circulaire s'est bornée à rappeler les dispositions de cet article »* (cons. 9) et n'est entachée d'aucun détournement de pouvoir.

Cependant, la circulaire du 25 janvier 2013 ne règle toujours pas la problématique générale de la reconnaissance des GPA internationales car elle se borne à certifier la nationalité française d'enfants dont la filiation est établie par un acte étranger à l'égard d'un français quand bien même cette filiation ne serait pas reconnue par le droit français mais seulement établie par la loi étrangère. Le sort de l'enfant n'est que partiellement réglé. Certes, sa vie pratique s'en trouve simplifiée dans ses relations avec les administrations et il disposera d'une carte d'identité ou d'un passeport mais, au regard de la loi française, il ne sera pas l'enfant de ses parents d'intention. Il ne succède pas aux droits de ses parents, ceux-ci n'exercent pas à son égard l'autorité parentale, etc.

Cette circulaire a suscité une certaine inquiétude chez les parlementaires, Mme Marie-Hélène des Esgaulx posait notamment une question orale sans débat (n°0978S) le 25 novembre 2014 à l'adresse de Mme la garde des Sceaux. La sénatrice constatait que par son arrêt *« le Conseil d'Etat valide de facto les conséquences d'une pratique interdite en France »*. Or, *« une convention de GPA ne peut pas être distinguée de ses effets, puisque la naissance de l'enfant constitue l'objet même et exclusif de cette convention. En validant ses effets, c'est la*

⁷⁹ X. Domino, *Conclusions sur CE Association juristes pour l'enfance et autres*, cité par op. cit. M. Guyomar, *Gazette du palais*, 2015, n°29, p. 16.

convention de GPA en elle-même que l'on valide ». Elle demandait finalement à la ministre si elle « *entend intervenir concrètement, et comment, contre cette pratique* ». En réponse, lui était indiqué que « *le Gouvernement entend faire respecter [la politique pénale] contre toutes les atteintes à l'ordre public* ».

Comme a pu le préciser le gouvernement français⁸⁰, la décision précitée du Conseil d'Etat du 12 décembre 2014 qui a validé la circulaire du 25 janvier 2013 sur la délivrance des certificats de nationalité française témoigne, par sa teneur, de la recherche d'un juste équilibre entre le principe d'ordre public de la prohibition de la GPA et la nécessaire protection de l'enfant.

Après avoir envisagé les dimensions internationales de la problématique, il convient de déterminer le cadre juridique applicable à la reconnaissance d'une gestation pour autrui internationale.

3. LA DELIMITATION DU CADRE JURIDIQUE APPLICABLE A LA RECONNAISSANCE D'UNE GPA INTERNATIONALE

A l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation et des derniers arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, quel cadre juridique appliquer à la reconnaissance, dans notre ordre juridique, d'une GPA internationale régulièrement souscrite à l'étranger mais qui paraît contraire à nos principes essentiels ?

Cette question doit être examinée à la lumière de notre conception internationale de l'ordre public **(A)**.

Après avoir rappelé la portée limitée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme **(B et C)**, qui, hors des cas jugés, ne saurait remettre en cause le principe de la prohibition en droit français de la GPA, il conviendra d'examiner les voies juridiques applicables à la reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA à l'étranger, en passant par les impasses du recours aux règles de conflits de loi **(D)**, les dangers d'une lecture étroite de l'article 47 du code civil **(E)** et enfin par la nécessité d'une expertise biologique établissant judiciairement la paternité **(F)**.

A. L'ordre public international : le critère opérant pour apprécier la reconnaissance d'une GPA internationale

L'ordre public, selon le doyen Carbonnier est le « rocher » sur lequel se construit la société⁸¹.

L'image proposée reflète la finalité de l'ordre public comme les difficultés pour le juriste de saisir cette notion autrement qu'à travers une idée ou une métaphore.

⁸⁰ Réponse ministérielle n°0978S, JO Sénat Q 18 février 2015 p.1827

⁸¹ L'ordre public est le thème de l'étude du rapport annuel de la Cour de cassation 2013

L'ordre public est une notion transversale du droit, appartenant tant au droit public qu'au droit privé. En droit public, elle renvoie aux règles et pouvoirs de police ainsi qu'à ses démembrements tels que la salubrité, la santé et la sécurité publiques. En droit civil, l'ordre public se révèle moins identifié mais aussi mouvant selon l'évolution de la société. En effet, comme l'exprimaient Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland, « l'ensemble ordre public a un contenu éminemment variable en fonction de ce que la société, à un moment donné, estime suffisamment important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général. Cette variabilité dans le détail du contenu n'exclut pas une certaine permanence dans les rubriques qui découpent la notion »⁸².

Par sa situation normative au sein du Code civil, prenant place parmi les sept dispositions figurant dans le titre préliminaire, l'article 6 aux termes duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » conforte le caractère fondamental et essentiel de la notion d'ordre public.

Malgré son caractère fondamental, la notion d'ordre public n'est ni clairement définie ni même circonscrite. C'est ainsi que certains auteurs ont décrit l'ordre public comme « *des normes à contenu indéterminé, des standards qui ne répondent à aucune définition précise et qui ont donc souvent besoin du relais des juges pour être concrétisées* »⁸³. Ainsi, le juge dispose d'un important pouvoir créateur pour définir le contenu de cet ordre public.

Paradoxalement, eu égard à son importance et à sa fonction, l'ordre public constitue une notion souple et polysémique tant elle peut recouvrir un grand nombre de significations. L'ordre public est donc une notion-cadre au sens développé par Henaff, selon qui « *la notion cadre est un mécanisme juridique basé sur un flou placé intentionnellement dans la loi (...) au juge de l'interpréter* », l'auteur ajoutant « *l'ordre public (...) est une illustration frappante du caractère purement notionnel des notions-cadre* »⁸⁴.

Si l'on part du noyau central, visé par l'article 6 du code civil tel qu'entendu en 1804, le domaine demeure relativement bien délimité. L'article 6 pose un principe à la fois directeur et correcteur du droit en ce qu'il traduit des impératifs sociaux, mais aussi la primauté de l'ordre social sur les volontés individuelles et les intérêts particuliers, en ce qu'il pondère et limite le principe de l'autonomie de la volonté.

Il s'agit d'un ordre public que l'on qualifie parfois d'ordre public politique et moral, peu évolutif. Au-delà, un ordre public des personnes et de la famille, celui qui nous intéresse peut être délimité mais, cette fois, avec une stabilité bien moins grande et une définition plus incertaine. L'ordre public des personnes et de la famille est étroitement dépendant de conceptions changeantes qui font bouger les lignes de

⁸² Rép.dr.civ., Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs, mars 2004, mise à jour juin 2013, n°31

⁸³ Terré, Simler, Lequette, les obligations, Dalloz, 11ème éd., n°371

⁸⁴ Henaff, « L'unité des notions cadre », JCP G, 2005.189.

l'ordre public en général. Cet ordre public étant une mixtion de principes, un risque existe que certains de ces principes s'opposent, se confrontent.

Dans ce cas, quel principe l'emporte sur tel autre et ce d'autant que les notions d'ordre public interne et international ne se superposent pas ?

Face à une situation comportant un élément d'extranéité, les autorités judiciaires françaises peuvent invoquer non pas nos règles d'ordre public interne, mais celles qui sont élevées au rang d'ordre public international.

En matière de droit des personnes et de droit de la famille, l'ordre public international peut être opposé non seulement au stade de la reconnaissance ou de l'exequatur d'une décision étrangère par le juge, ou de celui de l'application d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit mais aussi au stade de la transcription d'un acte de l'état civil dressé à l'étranger ou pris en exécution d'un jugement sur l'état des personnes concernant un français.

La reconnaissance de ces situations étrangères dans notre ordre juridique s'incline ainsi, en raison de l'ordre public international, devant des règles que le juge élève au plus haut niveau en raison de leur fondamentalité ou de leur intangibilité.

Réciproquement, ces mêmes valeurs peuvent conduire à admettre dans notre ordre juridique des situations étrangères, en rupture avec nos traditions juridiques, mais qui, dans leurs effets, ne les heurtent pas suffisamment.

C'est dire que le contrôle n'est pas abstrait et qu'il repose sur une mise en perspective de la situation concrète avec le principe d'ordre public en cause.

Cette éviction se fonde donc sur une appréciation in concreto de la situation pour prendre en compte les conséquences effectives de l'application de la règle ou de la décision étrangère dans le cas d'espèce.

Dans un avis relatif à l'un des trois arrêts du 6 avril 2011 rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, l'avocat général Marc Domingo expliquait qu'il existe un noyau dur de l'ordre public international qui résiste aux intrusions de règles ou de décisions étrangères créant ou avalisant des situations juridiques dont notamment seuls les effets auraient vocation à se déployer en France. Il s'agit selon lui du domaine d'élection des droits fondamentaux. Mais la circonstance qu'un droit de cette nature a été méconnu par une norme juridique ou une décision étrangère ne conduit pas nécessairement à son éviction. Comme le font observer MM. Ancel et Lequette⁸⁵, la contrariété à l'ordre public devrait « *toujours être appréciée en fonction du seul résultat concret auquel conduit l'application de la norme étrangère* ».

⁸⁵ B.Ancel et Y.Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz n°26 p .175.

Comme déjà expliqué, les règles d'ordre public interne ne s'élèvent pas mécaniquement en règles d'ordre public international dans notre conception française. Pour qu'une règle d'ordre public interne intègre le corps des règles d'ordre public international, elle se doit de posséder une portée universelle. Cependant, la notion d'ordre public n'est pas plus claire en droit international qu'en droit privé.

Or, le fait est que cette réserve de l'ordre public, ultime défense des concepts juridiques du for, se "conventionnalise" de plus en plus, ce qui signifie qu'elle se nourrit de droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ou d'autres instruments internationaux.

Pour MM. Ancel et Lequette : « *Le culte que notre époque professe pour les droits de l'homme, conduit en effet à donner un relief tout particulier aux droits fondamentaux parmi les éléments qui permettent de caractériser l'ordre public international français* »⁸⁶.

Autrefois réceptacle des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »⁸⁷, la réserve d'ordre public connaît aujourd'hui, spécialement dans le domaine du droit de la famille et de l'état des personnes, de profonds changements sous la pression des nombreuses et rapides évolutions des structures familiales en Europe.

En l'état du droit, la question de la réception dans notre ordre juridique d'une GPA internationale, aux formes plures et aux effets différenciés, ne peut donc se résoudre d'autorité par l'opposition de la fraude ou, en sens inverse, par la suprématie d'un principe, fût-il aussi important que l'intérêt supérieur de l'enfant ou le respect de son droit à l'identité ou au droit de mener une vie familiale normale.

La réponse adaptée à chaque situation concrète, éclairée par les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme, doit pouvoir se concevoir en contemplation de plusieurs principes et valeurs qui s'entrecroisent.

Cette « bataille » entre principes et valeurs trouve sa pleine expression dans le creuset du critère de l'ordre public apprécié par le juge interne à la réception internationale dans notre ordre juridique d'une situation régulièrement acquise à l'étranger.

La question est bien de savoir si la défense de cet ordre public international peut continuer à s'opposer à la reconnaissance de situations de GPA régulièrement acquises dans des pays limitrophes partageant une culture juridique, des traditions, des principes et des instruments internationaux communs ?

⁸⁶ *Ibid idem*

⁸⁷ Civ. 1ère, 25 mai 1948, Lautour : définition de l'ordre public international français comme étant le réceptacle des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

Des principes supérieurs tels la libre circulation des personnes au sein d'un espace juridique européen ou l'intérêt supérieur de l'enfant qui irriguent également notre conception de l'ordre public international ne devraient-ils pas impliquer sa régénérescence sur ces questions aussi sensibles que la gestation pour autrui ?

C'est ici que prend place le débat sur la nouvelle notion de principes essentiels du droit français, consacrée par la Cour de cassation en 2008 et appliquée dans le domaine de la gestation pour autrui .

L'apparition de cette notion, plus souple et plus mouvante, témoigne aussi sans doute d'une volonté de la Cour de cassation de mieux s'adapter aux formidables mutations que connaît le droit de la famille et l'état des personnes en plaçant leur examen sous le double contrôle de l'ordre public et des normes fondamentales européennes.

D'un côté, se situent les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes, de l'immutabilité des personnes et de l'interdiction de la marchandisation du corps humain qui inspirent la prohibition légale de l'article 16-7 du code civil qui se retrouvent également dans les principes à valeur constitutionnelle de dignité de la personne et de respect de son intégrité.

Ces principes puisent eux-mêmes loin dans notre tradition juridique judéo-chrétienne. Ils ont inspiré, au côté de la fraude, la ligne de jurisprudence de la première chambre civile.

La première chambre a relevé que le contournement de la prohibition interne de la GPA pouvait aussi traduire aussi un détournement des règles de l'adoption internationale et des engagements internationaux en ce domaine.

Il faut garder à l'esprit que le recours à la GPA peut permettre d'échapper aux règles applicables à l'adoption internationale en imposant, par un fait accompli, l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du ou des parent(s) n'ayant aucun lien biologique avec l'enfant.

Ce faisant, ces règles qui nourrissent nos principes essentiels, se situent dans la marge d'appréciation des Etats ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, et doivent être pris en compte dans une appréciation globale en balance des intérêts en présence lorsqu'il s'agit de recevoir ou non dans notre ordre juridique une GPA internationale.

De l'autre côté, se placent des principes internationaux, tels que l'intérêt supérieur de l'enfant qui s'oppose à ce que l'enfant soit privé d'un lien juridique avec son parent alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance, le droit de mener une vie familiale normale, la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne.

A cet égard, et dans l'hypothèse d'un enfant né d'une GPA dans un Etat de l'Union européenne dans lequel cette pratique serait autorisée, il faut veiller à ce que cet enfant, citoyen de l'Union, ne soit pas privé des droits que lui confère ce statut et, notamment, celui de pouvoir circuler librement dans l'Union.

La CJUE affirme que l'article 20 TFUE (anciennement 18 CE) s'oppose aux mesures ayant pour effet de priver les citoyens de la jouissance effective de leurs droits conférés par ce statut et, notamment, du droit de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres.

Ainsi, elle a rappelé que, si les règles régissant la dévolution du nom des personnes relèvent de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union en particulier lorsqu'il s'agit de ressortissants d'un Etat membre séjournant sur le territoire d'un autre Etat membre.

Elle en a déduit que s'agissant d'enfants d'un couple hispano-belge et possédant la double nationalité, les autorités belges ne pouvaient refuser que ces enfants puissent porter le nom composé de celui de leur père et de leur mère en vertu du droit et de la tradition espagnols⁸⁸. Il en est de même d'un enfant allemand qui s'est vu conférer un nom double du fait de sa naissance au Danemark. Les autorités allemandes ne peuvent s'opposer à la transcription de ce nom double. En effet, le fait d'être obligé de porter en Allemagne un nom différent de celui qui lui a été attribué au Danemark est susceptible d'entraver son droit à la libre circulation⁸⁹. Enfin s'agissant d'un enfant né en Belgique de parents colombiens et qui s'était vu conférer à sa naissance la nationalité belge, la Cour a jugé que refuser un permis de travail aux parents du bébé aurait pour effet d'obliger ce citoyen à quitter l'Union et donc porterait atteinte à ses droits de citoyen⁹⁰.

Il convient donc d'avoir à l'esprit que le fait de refuser la transcription de l'acte de naissance d'un enfant ayant la nationalité de l'un des Etats membres de l'Union, alors que la nationalité française pourrait lui être dévolue du fait de l'établissement de sa filiation avec un français en application de la loi personnelle de sa mère, pourrait être considéré comme une restriction de ses droits de citoyen de l'Union même si le droit à la filiation n'est pas expressément prévu à l'article 20 TFUE et n'est pas directement lié à la liberté de circuler.

Dans ce creuset de l'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant tient une place à part.

Le doyen Carbonnier s'exprimait ainsi s'agissant de l'intérêt de l'enfant : « *C'est une notion clé qui a fait l'objet d'utiles analyses doctrinales et d'une remarquable recherche de psychosociologie : la clé ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable* ». Ses contours sont mal tranchés et ses occurrences sont inversement

⁸⁸ CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, C-148/02

⁸⁹ CJCE 14 octobre 2008, Grunkin Paul, C-353/06

⁹⁰ CJUE 8 mars 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano.

proportionnelles à sa consistance. Cependant, figer cette notion dans une définition rigide apparaît peu opportun eu égard aux objectifs poursuivis. La finalité protectrice de l'intérêt de l'enfant semble être le point de convergence entre les différents aspects de cette notion.

L'idée d'une protection spécifique de l'enfant était certes déjà présente dans le Code civil de 1804 puisque l'article 302 disposait que les enfants seraient confiés au parent qui aurait obtenu le divorce, à moins que le tribunal n'en décide autrement pour « *le plus grand avantage des enfants* ».

Mais cette notion a surtout été mise en lumière par la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), principal engagement international ratifié par la France relatif aux droits des enfants. Son article 3§1 énonce que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Plusieurs autres articles de cette Convention font mention de « l'intérêt supérieur de l'enfant », comme ceux concernant la séparation de l'enfant de sa famille (article 9), la responsabilité parentale (article 18), ou l'adoption (article 21).

Il est important de souligner que la traduction française a évincé le pluriel du concept puisque la version anglaise fait référence aux « *best interests of the child* », soit les meilleurs intérêts de l'enfant.

L'adjectif « supérieur » semble donc devoir être compris dans le sens du « meilleur intérêt de l'enfant » et non nécessairement comme un intérêt supérieur à tous les autres et l'intérêt supérieur de l'enfant ne paraît donc pas devoir être distingué d'éventuels autres intérêts de l'enfant.

D'autres textes internationaux font également référence à l'intérêt supérieur de l'enfant comme la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996 ratifiée par la France le 1er août 2007 ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont l'article 24 alinéa 2 énonce : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

La Cour de cassation a, en 2005, reconnu l'applicabilité directe de la Convention dite de New-York relative aux droits de l'enfant au visa des seules dispositions conventionnelles⁹¹. Depuis lors, la référence à l'intérêt de l'enfant se développe d'autant plus que nombreuses sont les dispositions du Code Civil qui exigent de le prendre en considération.

⁹¹ Cass.1re civ., 18 mai 2005, 8 nov. 2005 et 22 nov. 2005.

En effet, ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été intégré en droit français dans des dispositions relatives à l'autorité parentale, à la filiation ou au divorce, aux successions ou à la protection de l'enfance. Par exemple, aux termes de l'article 375-1, alinéa 2 du code civil, le juge des enfants doit « se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant ». Cependant la plupart des dispositions législatives se réfèrent à l'intérêt de l'enfant, sans l'adjectif « supérieur ».

La notion fondamentale de « l'intérêt supérieur de l'enfant » n'a néanmoins été pleinement définie ni par la CIDE, ni ensuite par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, en charge de veiller au respect des engagements pris par les Etats concernant la pleine mise en œuvre de la CIDE.

Aussi, la particularité de l'intérêt supérieur de l'enfant est qu'il s'agit d'un principe général exempt d'une définition précise qui devrait guider les actions et les décisions des autorités concernant les enfants. Selon T. Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être entendu comme un principe «définissant une exigence procédurale » selon laquelle l'autorité chargée de prendre une décision (juge des enfants, Défenseur des droits...) a l'obligation de vérifier les effets de celle-ci et sa compatibilité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

Mais aussi, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion qui peut être définie selon les situations tantôt de façon abstraite dans certains domaines par le législateur et est tantôt un concept qui doit être recherché, apprécié et mis en pratique de façon concrète par l'autorité judiciaire au regard de la situation propre de l'enfant. Elle est donc une notion cardinale qui assure une intense fonction de légitimation des décisions judiciaires. Néanmoins, étant une notion fuyante, elle peut être propre à favoriser l'arbitraire judiciaire selon le Professeur Gobert. En effet, qu'est-ce que « l'intérêt supérieur » de l'enfant ? A quoi serait-il supérieur ?

L'intérêt supérieur de l'enfant est donc celui que détermine le juge, le plus objectivement possible, au vu des éléments qui lui sont soumis. L'appréciation faite de l'intérêt de l'enfant sera nécessairement circonstanciée. Appréciée in concreto, au regard de la casuistique, la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant » peut conduire à des solutions divergentes d'une situation à une autre, d'un juge à un autre, d'un enfant à un autre et d'un moment à un autre. L'intérêt supérieur de l'enfant, si son champ d'application était élargi à l'ensemble du droit de la famille, pourrait-il alors aller jusqu'à s'opposer dans certaines hypothèses, au divorce de ses parents (voire à leur mariage) ou à l'établissement du lien de filiation de ses frères et sœurs ?

En écartant des dispositions légales, au motif que le résultat de leur mise en œuvre est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par l'espèce, le juge ferait prévaloir sa propre conception de l'intérêt supérieur de l'enfant sur celle posée plus

ou moins expressément par le législateur selon Mme Gouttenoire⁹². Il est alors nécessaire selon elle de distinguer, pour délimiter la marge de manœuvre du juge dans la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, selon le contenu de la loi : soit la loi ne tient manifestement pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et il faut sans doute admettre que le juge peut l'écarter au nom de l'article 3-1 de la CIDE ; soit la loi semble tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et a, formellement ou non, établi une présomption au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il paraît alors difficile d'admettre que le juge puisse affirmer le contraire en faisant prévaloir sa propre conception de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En matière de gestation pour autrui, selon la Professeure Fabre-Magnan « *en mettant sur les deux plateaux de la balance des choses éminemment hétérogènes - en l'occurrence d'un côté un interdit absolu (la convention de GPA) et de l'autre l'intérêt de l'enfant - c'est le système juridique dans son entier qui se trouve profondément atteint. Le standard de l'intérêt de l'enfant sert en effet alors, techniquement, à saper toutes les bases et tous les interdicts* »⁹³. Le risque est alors grand que prennent place uniquement des appréciations individuelles et subjectives, se réduisant à une pesée arbitraire des sentiments.

Madame Fabre-Magnan prend l'exemple de litiges qui pourraient survenir à propos de l'enfant né de GPA, soit que personne n'en veuille, soit qu'au contraire plusieurs personnes le réclament. L'appréciation du juge devra alors se faire au cas par cas. Dans le cas où ni le commanditaire, ni la mère porteuse ne souhaiteraient s'occuper de l'enfant, aucune attention ne serait alors portée à l'intérêt de l'enfant qui est « *occulté, bafoué et dénié* »⁹⁴ puisqu'il serait impossible d'obliger l'un ou l'autre à élever l'enfant.

Dans le cas inverse où plusieurs personnes se disputeraient un enfant, il appartiendra au juge de trancher au cas par cas sur l'intérêt particulier de cet enfant. Or selon elle, la notion d'intérêt de l'enfant conduit souvent, à ce stade, à véhiculer une vision particulièrement stéréotypée. Aux États-Unis par exemple, les juges ont pu confier l'enfant plutôt aux familles riches qu'aux familles pauvres, estimant que celui-ci aura alors plus de chances de réussir sa vie en étant recueilli par un couple aisé. De même, les couples blancs recherchent souvent des mères porteuses noires afin que celles-ci aient moins la tentation de garder l'enfant, et surtout que le juge soit incité à dire que l'intérêt de l'enfant blanc est plutôt d'aller avec des couples de même couleur.

⁹² Adeline Gouttenoire, Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, Petites affiches, 07 octobre 2010 n° 200, p. 24.

⁹³ Muriel Fabre-Magnan, Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, À propos de la gestation pour autrui, Recueil Dalloz 2015 p. 224.

⁹⁴ Ibid.

Une autre auteure de doctrine a pu s'inquiéter de l'effet d'une utilisation non raisonnée de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁵ : « *brandi comme un étendard des droits de l'enfant, auquel il n'est pas de bon ton de s'opposer, l'intérêt de supérieur de l'enfant pourrait désormais conduire à rendre superflue une grande part des institutions du droit des personnes et de la famille et plus spécifiquement du droit de la filiation* ». Le risque est grand, selon elle, de voir primer « l'intérêt de l'enfant », unique et suprême règle de conflit, écartant de ce fait toute autre disposition, même d'ordre public, qui pourrait contrarier cet absolutisme. Mme Lamarche s'inquiète également de ce que, par voie de conséquence, toutes les interdictions d'établissement de lien de filiation pourraient être écartées au nom du seul intérêt supérieur de l'enfant.

Concept controversé et flexible, l'intérêt supérieur de l'enfant peut servir à lui seul de sésame pour admettre la GPA et la parenté d'intention.

Il ne peut faire céder notre conception de l'ordre public international qui s'oppose à ce qu'une filiation d'un enfant né par GPA étrangère soit inconditionnellement reconnue dans notre ordre interne.

La Cour européenne des droits de l'homme fait d'ailleurs une application encadrée de cet intérêt supérieur de l'enfant puisque le droit au respect à la vie privée de l'enfant auquel il concourt ne peut conduire à écarter la prohibition de la GPA posée par les Etats que dans l'hypothèse d'une filiation biologique établie.

B. Par leur portée limitée, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 n'emportent pas reconnaissance par principe de la conventionnalité des GPA internationales

On rappellera à titre liminaire que l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme oblige l'Etat condamné à exécution. Notre Cour a également reconnu une autorité de la chose interprétée mais relativement au cas jugé⁹⁶.

La formulation des arrêts permet de penser que seul le défaut de reconnaissance dans l'ordre français de la filiation paternelle biologique est condamné par la Cour

⁹⁵ Marie LAMARCHE, Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?, Droit de la famille n° 11, Novembre 2007.

⁹⁶ Arrêt d'assemblée plénière Amunga du 15 avril 2011 (n° 1030313, D. 2011. 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; ibid. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; ibid. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade ; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud) en considérant que : « les États 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

comme une atteinte au respect de la vie privée de l'enfant et à son droit à une identité.

Mais rien n'est dit sur le fait de savoir si le défaut de reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger, contraire à la prohibition de la gestation pour autrui, est en lui-même contraire au droit à la vie privée de l'enfant et plus généralement à son intérêt supérieur⁹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais entendu faire prévaloir par principe le droit au respect de la vie privée de l'enfant ou son intérêt supérieur sur les valeurs juridiques des Etats qui, dans la liberté de leur marge d'appréciation, peuvent autoriser ou non dans leur ordre interne la GPA.

Comme il a été dit, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion flexible, aux contours incertains, qui peut tout à la fois renvoyer au bien être éducatif de celui-ci et à son épanouissement personnel mais aussi la nécessité pour lui d'avoir un lien de filiation et de mener une vie familiale normale.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, précités, a entendu faire prévaloir sur la marge d'appréciation de l'Etat le principe de la reconnaissance et/ou l'établissement en droit interne de la filiation paternelle biologiquement certaine de l'enfant au regard notamment de son intérêt supérieur.

Mais cette prévalence doit rester cantonnée aux deux affaires examinées, sauf à faire rejaillir le primat de la filiation biologique – dont on connaît l'importance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – dans d'autres domaines de notre droit de la filiation, ce qui pourrait le bouleverser.

La portée de ces deux arrêts apparaît ainsi très limitée.

1- Les arrêts ont été prononcés dans deux situations d'une GPA souscrite légalement à l'étranger par un couple et sous le contrôle de l'autorité judiciaire étrangère qui l'a homologuée, puis qui a autorisé l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant et permis l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention.

2- Seule la distorsion entre la filiation biologique et la filiation juridique semble être stigmatisée dans ces deux arrêts.

La Cour de Strasbourg ne prend pas position sur la distorsion entre la filiation sociologique qui pourrait résulter d'une possession d'état acquise⁹⁸ et la filiation juridique.

⁹⁷ « Convention de gestation pour autrui – Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant » A.Gouttenoire, JCP G n°30-38, 28 juillet 2014, 877.

⁹⁸ Alors même que l'affaire *Labassée* lui offrait cette possibilité

3- Il est donc difficile de tirer d'autres conclusions sur le sort réservé à la filiation maternelle.

Ce traitement différencié entre la filiation paternelle et la filiation maternelle n'est d'ailleurs pas sans poser question dans notre ordre juridique interne.

Tout d'abord, les arrêts n'ont ni pour objet ni pour effet de prescrire la reconnaissance d'un lien de filiation de l'enfant à l'égard de la mère porteuse.

La transcription de l'acte d'état civil étranger indiquant le nom de la mère de l'enfant issu d'une GPA est impossible sauf à valider une situation de filiation maternelle par convention de gestation pour autrui que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas entérinée (*Mennesson* point 79 et *Labassée* point 58).

Ensuite, les arrêts n'ont ni pour objet ni pour effet de prescrire la reconnaissance d'un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, dont le nom peut apparaître dans l'acte et qui aurait adopté régulièrement à l'étranger l'enfant abandonné par la mère porteuse, question non abordée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

En poussant l'analyse, est-il néanmoins possible d'affirmer que l'enfant, au nom de son droit à l'identité établi à l'égard de son père, pourrait, par extension, revendiquer la reconnaissance de cette filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention qui a donné l'ovocyte mais n'a pas porté l'enfant ?

Dans sa formation solennelle, notre Cour a déjà interdit que l'enfant né d'une gestation pour autrui légale puisse faire l'objet d'une adoption plénière par la femme ou la compagne du père de l'enfant, lorsque la paternité de celui-ci est établie (Assemblée Plénière du 31 mai 1991 précité).

Il faut aussi rappeler que notre droit de la filiation reste dominé par l'anonymat du don.

En voulant conférer à l'enfant une filiation d'intention, en voulant lui donner un état civil « disponible » conforme au projet parental, et, enfin, en anéantissant la règle fondatrice suivant laquelle la maternité reste déterminée par l'accouchement, tout l'édifice de notre droit de la filiation s'en trouverait fragilisé.

La solution partielle dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme conduit ainsi à une impasse et, à maints égards, à une situation boiteuse, potentiellement préjudiciable à l'enfant et sur laquelle elle ne s'est pas encore prononcée faute d'en avoir été saisie.

En effet :

- soit l'enfant n'a pas été abandonné par la mère indiquée dans l'acte, et en ce cas il n'est pas adoptable en droit français par le conjoint du père biologique de l'enfant. L'enfant se trouve privé de ce second lien de filiation en France ;

- soit la mère d'intention a pu adopter l'enfant né à l'étranger d'une GPA mais, en l'état de la jurisprudence, la reconnaissance de cette adoption se heurte à la prohibition de la GPA au nom de l'ordre public.

On peut ajouter que la « mère porteuse », indiquée dans l'acte étranger n'est peut-être pas la mère biologique de l'enfant lorsque l'embryon est conçu par dons d'ovocytes.

Cette « *troublante incertitude* » de l'enfant est plus grande encore en cas de GPA totalement hétérologue par dons croisés des parents d'intention de matériels génétiques.

Le droit au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant qui fondent les deux cas jugés le 26 juin 2014 peuvent-ils être identiquement invoqués dans le cas de ces GPA hétérologues ?

La « *troublante incertitude* » ne procède-t-elle pas aussi dans ce traitement différencié des filiations de l'enfant, lequel se trouve, au moins au regard du droit français, sans filiation maternelle opposable ?

En somme est-il toujours conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de lui reconnaître une transcription partielle d'un acte de naissance étranger en raison du lien biologique paternel ?

Ce primat biologique, très étranger à notre culture juridique et à notre droit de la filiation, conduit à faire céder notre principe d'ordre public de prohibition de la GPA pour une reconnaissance partielle d'une filiation à l'égard d'un des deux parents d'intention.

Ces questions importantes pour la protection de l'enfant auraient pu être évoquées devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, ce que le gouvernement français n'a cependant pas permis de faire.

C. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme impliquent la reconnaissance de la filiation paternelle biologiquement établie

Comme il a été dit, par ses derniers arrêts, la première chambre civile a justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger 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, fût-elle licite à l'étranger et alors même que la filiation contestée correspond à la réalité biologique.

Ce faisant ces jurisprudences ont revitalisé la notion de fraude.

Dans sa conception maximale, le processus d'ensemble frauduleux fait priver d'effets les actes d'état civil dressés à l'étranger suivant la loi applicable et sanctionne

jusqu'à la reconnaissance paternelle régulièrement effectuée en France fût-elle biologiquement avérée.

L'intensité de la fraude conduit la même chambre à retenir sobrement : « *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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ».

Ce « ni-ni » fait apparaître en creux la préoccupation de défendre des valeurs reflétées dans une conception nationale de l'ordre public.

Comme a pu le souligner un auteur « *Ici, le contrôle de conventionnalité est éclipsé par l'ombre portée de la fraude teintée d'ordre public. L'adverbe « utilement » employé par la Cour invite à dire que la disposition conventionnelle ne peut dissoudre la fraude et que les faits soutendus par le moyen de conventionnalité, fussent-ils puissants (conséquences sur la vie de l'enfant), ne peuvent rompre la digue ainsi posée* »⁹⁹.

Mais cette objection de la fraude doit céder face au droit de l'enfant, au respect de sa vie privée et à son droit conventionnel à l'identité à l'égard de son père biologique.

En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant comme le respect à son droit à la vie privée qui implique son droit à l'identité doit, dans le cadre étroit des deux affaires jugées le 26 juin 2014, conduire la France à reconnaître la filiation paternelle de l'enfant biologiquement établie (Mennesson point 96 et Labassée point 75).

Comme ont pu très justement le dire certains auteurs, ce que la Cour européenne des droits de l'Homme n'admet pas « *c'est que le refus de reconnaissance de la filiation étrangère combiné avec l'interdiction d'établir la filiation selon les règles nationales prive l'enfant d'un élément essentiel de son identité* »¹⁰⁰.

La parenté d'intention ne construit pas la filiation d'un enfant né par GPA. A l'égard du père elle doit s'accompagner d'une filiation biologique établie.

Comment interpréter la formulation suivant laquelle cette analyse, clef de voute de ces arrêts de condamnation, « *prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant* » ? (points 100 et 102 des arrêts).

⁹⁹ Pierre Chevalier, La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan in RCDIP 2014 p 1 et s

¹⁰⁰ H Fulchion et C Bidau-Garon *Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA* RCDIP

Dès leur publication, ces arrêts ont fait l'objet d'interprétations contradictoires¹⁰¹.

Cette certitude biologique renforce-t-elle l'analyse ou en est-elle un élément nécessaire et déterminant ?

La formulation anglaise de ce considérant 100 nous semble déjà plus éloquente : « *This analysis takes on a special dimension where, as in the present case...* ». L'analyse « prend une autre dimension » en cas de filiation biologique établie, c'est dire que le lien biologique est déterminant.

Il nous semble que l'incertitude juridique et la troublante incertitude de l'enfant à l'égard de son père repose sur le constat qu'il se trouve privé du droit de faire reconnaître sa filiation à l'égard de son père biologique.

Le contraire conduirait à vider de son sens la marge d'appréciation dont disposent les Etats s'ils devaient reconnaître la filiation paternelle, fût-elle d'intention, au motif qu'elle est juridiquement établie au regard de la loi étrangère applicable.

Deux auteurs donnent une présentation de cette interprétation parfaitement éclairante : « *certaines semblent en déduire [comprendre analyse des arrêts] que le refus de reconnaissance d'un statut valablement créé à l'étranger constitue une atteinte au droit de l'enfant au respect de son identité [...]. Il y aurait donc obligation générale de reconnaissance, a fortiori dans l'hypothèse où le père d'intention est le père biologique. Une autre interprétation prend en compte l'ensemble du raisonnement construit par la cour. Celle-ci commence par poser l'existence d'une atteinte, une atteinte réelle puisque l'identité que possède, valablement, l'enfant dans un pays étranger lui est niée dans son pays de résidence (par. 75, arrêt Labassée, par. 96, arrêt Mennesson). Mais la portée de cette atteinte doit être appréciée au regard des droits et des intérêts en jeu : intérêts de l'Etat (le souci de l'Etat de détourner ses ressortissants de recourir à l'étranger à des procédés qu'il prohibe, par. 99, arrêt Mennesson, par. 78, arrêt Labassée), intérêts et droits de l'enfant (par. 99, arrêt Mennesson, par. 78, arrêt Labassée). Il convient de faire la balance entre les intérêts en présence, et dans cette balance, il est un élément décisif : lorsque la filiation en jeu correspond à la vérité biologique, refuser de reconnaître le lien qui a été valablement établi à l'étranger et interdire son établissement dans le pays où vit l'enfant, excède la marge d'appréciation reconnue aux Etats. Cette seconde interprétation semble devoir s'imposer. D'une part, elle correspond à la méthode classique utilisée par la cour, avec la balance des droits et des intérêts en présence. D'autre part, poser un principe général de reconnaissance de l'état tel que constitué à l'étranger au motif que cet état est une part de l'identité serait tout à fait excessif, qu'il s'agisse de nom, de mariage, de filiation, de partenariat ou de toute autre composante de l'état des personnes. Dans l'hypothèse particulière de la gestation*

¹⁰¹ Voir notamment P. Bonfils et A. Gouttenoire, préc., de L. L. Burgorgue-Larsen, AJDA 2014, 1763, de Jean Hauser, RTD civ. 2014. 616 et de H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, chron. « *Revue critique de droit international privé (à paraître)* ».

pour autrui, une telle obligation conduirait à valider les pires dérives : que l'on songe à certaines GPA indiennes ou thaïlandaises »¹⁰².

La Corte suprema di cassazione italienne¹⁰³ s'en est tenue à une lecture stricte des arrêts *Mennesson* et *Labassée*. 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, cette Cour refuse la transcription au nom de la contrariété de la GPA à l'ordre public italien¹⁰⁴.

Mais, est-il permis d'envisager d'étendre la solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à des hypothèses de filiation paternelle établie dans la durée par une possession d'état ? La réalité sociologique pourrait-elle venir au renfort de la vérité biologique pour permettre une entorse supplémentaire au principe de prohibition ?

Nous ne le pensons pas en raison de l'interprétation stricte qu'il convient de donner aux arrêts de Strasbourg, ce d'autant que dans l'affaire *Labassée* la reconnaissance de la filiation d'intention reposait sur la démonstration d'une possession d'état acquise et que les juges européens n'en ont tiré aucun argument.

A la lumière des deux cas jugés par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014, il nous semble, en l'état du droit, que le principe de l'indisponibilité du corps humain doit continuer à légitimer la prohibition légale de la gestation pour autrui et la reconnaissance d'une filiation à l'égard des parents d'intention.

Mais alors, quelles sont les voies envisageables pour traduire dans notre ordre interne cet impératif en prévoyant la reconnaissance du lien de filiation paternel biologique ?

L'établissement d'une filiation à l'égard du père biologique de l'enfant, comme le prescrivent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, impliquent-ils la transcription de son acte de naissance pour cette seule filiation paternelle biologiquement établie ? Existe-il d'autres options juridiques ?

En raison des impasses auxquelles conduisent les méthodes de droit international privé (D), la transcription de l'acte de naissance étranger peut apparaître comme une voie opérante de la reconnaissance de la filiation paternelle biologique, dès lors

¹⁰² H Fulchiron et D Bidaud Garon - « *Revue critique de droit international privé (à paraître)* ».

¹⁰³ Cassazione civile sez. I, 11/11/2014, n. 24001

¹⁰⁴ A l'inverse, par une décision du 10 décembre 2014, le *Bundesgerichtshof* (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13. Sur cette décision, cf. not. K. Duden, *International Surrogate Motherhood, Shifting the Focus to the Child*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2015, à par.) a, au contraire, accepté de reconnaître une décision californienne indiquant deux hommes, unis en Allemagne par un partenariat enregistré, comme pères de l'enfant. 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.

que l'acte d'état civil étranger fait foi (E) que cette filiation peut être établie judiciairement (F).

D. Les impasses du recours aux règles de conflit de loi pour permettre l'établissement de la filiation d'un enfant né par GPA

La reconstruction de la filiation de l'enfant suivant nos règles de conflits de droit international privé « paraît plus respectueuse des prohibitions légales puisque le lien de filiation ne découle plus de la GPA »¹⁰⁵.

Elle est même envisageable puisque dans l'arrêt *Campanelli et Paradiso c/ Italie*, précité, la Cour européenne des droits de l'Homme a relevé 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 » (§72).

Mais cette méthode est-elle applicable en France ?

L'article 311-14 du code civil pose une règle de conflit pour l'établissement de la filiation de l'enfant.

La loi ainsi désignée pourrait-elle nous conduire à répondre au droit conventionnel de l'enfant à voir reconnaître dans notre droit interne la filiation de l'enfant à l'égard de son père ?

Cette voie conduit à une impasse.

La Cour européenne des droits de l'Homme ne bannit pas le principe de la prohibition de la GPA, que chaque Etat peut édicter dans sa marge d'appréciation, de sorte que l'opposition de l'ordre public international persiste toujours à faire obstacle à la réception inconditionnelle d'une situation internationale de GPA qu'elle procède d'un jugement étranger ou de l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cet ordre public «s'atténue » seulement en présence d'une parenté biologique paternelle.

Par ailleurs, à supposer que le jeu du renvoi puisse opérer, subsiste de nombreuses questions : Quelle est la loi désignée ? La loi de la mère désignée dans l'acte ? La loi de la mère d'intention ? La loi de la mère porteuse ? La loi de la mère biologique qui peut ne pas être la mère porteuse en cas de don d'ovocyte?

¹⁰⁵ H Fulchiron et C Bidaud Garon ont très récemment rappelé les deux approches possibles pour donner une suite aux arrêts de la CEDH du 26 avril 2014 : reconnaissance de l'acte étranger établissant la filiation ou reconstruction de celle-ci.

Les vicissitudes de l'origine de la GPA rendent ce rattachement aussi incertain que douteux comme l'ont mis en évidence des auteurs¹⁰⁶.

Enfin, l'application de l'article 311-17 du code civil, qui reconnaît la validité de la reconnaissance si elle est faite en conformité avec la loi nationale ou celle de l'enfant s'articule difficilement avec l'impératif biologique de la filiation paternelle exigé par les arrêts de la CEDH. Comment faire produire son plein effet à la reconnaissance du père d'intention de l'enfant sans s'assurer de la certitude de ce lien biologique ?

La reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une GPA par le recours aux règles de droit international privé apparaît donc périlleuse.

La transcription dans nos registres de l'état civil de l'acte de naissance étranger relatant celle-ci paraît plus adaptée dès lors qu'elle reste encadrée par un contrôle juridictionnel (E) et qu'elle conduit à relater une filiation paternelle biologique judiciairement établie (F).

E. Les dangers d'une lecture étroite de l'article 47 du code civil et de la transcription automatique d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA

L'acte de l'état civil est une « photographie » de l'état de la personne. Il retrace les événements constitutifs de cet état et permet d'en faire la preuve.

Lorsqu'ils relatent un événement concernant un français ou affectant son état, l'acte étranger est transcrit dans nos registres.

On présente souvent cette transcription d'un acte de l'état civil comme une simple mesure de publicité destinée à rendre opposable dans notre droit interne un acte dressé à l'étranger.

Dans cette optique, cette mesure n'emporterait pas établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention, laquelle pourrait être établie différemment et ultérieurement.

Cette lecture formaliste de la transcription ne convainc pas.

D'une part, la transcription est parfois érigée en un point de contrôle obligatoire de l'état de la personne, comme en attestent les dispositions des articles 171-2 et suivants du code civil, issus de la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 concernant les mariages à l'étranger.

D'autre part, force est de constater qu'en transcrivant dans les registres français l'acte de naissance étranger d'un enfant né par GPA, les autorités françaises reconnaîtraient indirectement cette filiation en admettant de faire produire en France des effets à une GPA étrangère portant prohibée.

¹⁰⁶ H Fulchiron et C Bidaud Garon, précité

Pour preuve, le ministère public, dans l'affaire Mennesson, s'est opposé à la reconnaissance de la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention en ordonnant la transcription de l'acte de naissance étranger pour mieux en poursuivre l'annulation, action recevable suivant l'arrêt précité de décembre 2008 de la première chambre civile, plutôt que d'agir en inopposabilité de la décision de justice américaine reconnaissant le lien de filiation à l'égard des parents d'intention.

La recherche d'une transcription de l'acte de naissance étranger est d'ailleurs l'origine principale des contentieux élevés sur la question de la réception des GPA internationales.

C'est dire que la transcription de l'acte de naissance étranger peut apparaître comme une voie de reconnaissance de la filiation paternelle biologique, ce qui pose la question de la reconnaissance internationale de l'acte d'état civil étranger.

Les différences importantes qui peuvent exister entre les ordres juridiques nationaux quant aux conditions d'établissement des actes de l'état civil ont historiquement conduit les Etats à mettre en place des procédures de contrôle de ces documents venant de l'étranger avant de leur faire produire tous leurs effets dans leur ordre juridique interne.

A la différence des décisions étrangères, la reconnaissance en France des actes de l'état civil n'obéit pas à un contrôle d'exequatur, ce qu'il est permis de regretter¹⁰⁷, mais aux dispositions de l'article 47 du code civil qui régit leur force probatoire.

L'acte étranger, légalisé et traduit, fait ainsi foi des mentions qu'il renferme s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ce pays 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* ».

Est-ce à dire qu'il faudrait admettre dans notre ordre juridique, par sa transcription, un acte d'état civil de naissance étranger entérinant une situation de gestation pour autrui admise à l'étranger et qui ne serait pas contestable en la forme ?

A cette question délicate, la réponse ne peut être que négative.

Certes, la jurisprudence a longtemps eu une lecture historiquement « documentaire » de ces irrégularités.

Mais les deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 septembre 2013, précités, révèlent une évolution importante de ces « irrégularités » lorsque l'acte d'état civil

¹⁰⁷ Il n'y a pas lieu de rappeler que les dispositions article 509 du code de procédure civile de nature réglementaire, ne peuvent primer sur les règles légales et spécifiques de l'article 47 du code civil, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'un contrôle d'exequatur ou en reconnaissance de l'acte d'état civil offrirait au juge une palette d'outils (compétence, ordre public, fraude) plus adaptée à la diversité des situations qui lui sont présentées.

régulièrement dressé à l'étranger prend place dans un « processus d'ensemble » illicite et frauduleux.

C'est dire qu'un acte de naissance étranger parfaitement régulier en la forme, répondant aux conditions d'établissement prévues par la loi étrangère mais masquant ou reflétant une convention de mère porteuse contraire à notre ordre public ne saurait, par ce seul constat, être transcrit dans nos registres d'état civil pour produire tous ses effets en France.

La force probatoire reconnue à un acte de l'état civil étranger régulier en la forme ne saurait, par un « fait accompli » parental, conduire à forcer notre ordre juridique en entérinant des pratiques réprouvées.

Les arrêts du 26 juin 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme pourraient-ils modifier cette lecture de l'article 47 du code civil ?

Dans une approche maximaliste, qui est celle adoptée par la cour d'appel de Rennes dans l'arrêt attaqué du 16 décembre 2014 (pourvoi n° 15-50.002), les décisions de la Cour de Strasbourg rendraient impérative la transcription de l'acte de naissance de l'enfant issu d'une GPA auquel il conviendrait de faire produire le plein effet.

Ce serait oublier plusieurs choses.

La Cour européenne des droits de l'homme : *« estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'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 ».*

La transcription de l'acte de naissance à l'étranger dans nos registres de l'état civil n'est ainsi nécessaire que si la reconnaissance et l'établissement en droit interne du lien de filiation à l'égard de leur père biologique l'imposent.

Envisager une transcription automatique reviendrait, d'une part, à admettre une reconnaissance systématique des GPA internationales, ce que les arrêts européens ne prévoient pas et ce qui serait contraire à notre principe de prohibition.

D'autre part, lorsqu'elle s'impose, la transcription de l'acte de naissance étranger dans son intégralité est en l'état impossible.

Comme il a été dit, la portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se cantonne à la reconnaissance dans notre ordre juridique de la filiation paternelle biologique à l'égard de l'enfant, laquelle est appréciée distinctement de la filiation à l'égard de la mère, fût-elle également biologiquement certaine.

Les arrêts de la Cour européenne ne tranchent par la question du sort juridique de la filiation maternelle relatée dans l'acte de naissance étranger. Cette filiation, en ce

qu'elle procède d'une convention de gestation pour autrui continue, de s'opposer à nos principes essentiels.

En droit français, la mère est toujours celle qui accouche (*mater semper certa*).

Cette jurisprudence européenne ne peut donc conduire à faire produire dans l'ordre français son plein effet à un acte de naissance étranger qui, pour partie, n'est pas en conformité avec notre conception internationale de l'ordre public. Elle doit en revanche conduire la France à donner à l'enfant, au nom de son droit à l'identité, une filiation reconnue biologiquement en lui donnant tous ses effets.

On ne peut que rappeler ici, à nouveau, la solution boiteuse à laquelle aboutit l'application de ces arrêts à l'égard d'un enfant qui, au moins en France, ne peut avoir un acte d'état civil indivisible.

A défaut d'abandon par « la mère porteuse » et de contestation de la filiation maternelle inscrite dans l'acte de naissance étranger, l'enfant ne peut pas être adopté plénièrement en France par le conjoint du père biologique.

Cet obstacle à une transcription intégrale de l'acte de naissance n'est pas un motif suffisant pour censurer un juge du fond qui ordonnerait celle-ci sans en préciser les modalités.

Mais elle le devient lorsque ce même juge, se méprenant sur la portée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, considère que les parents des enfants nés par GPA à l'étranger doivent pouvoir faire transcrire les actes de naissance sur les registres français en violation de la prohibition interne sans s'assurer que le lien biologique paternel offre toute certitude (cf. supra).

Tout devrait conduire à envisager, ce que les textes ne prévoient pas encore, un « découpage » de l'acte de naissance au stade de sa transcription dans les registres d'état civil français pour n'en faire ressortir, par un acte d'état civil *ad hoc*, que la filiation paternelle biologiquement avérée au nom du droit de l'enfant à son identité.

La cour s'est déjà orientée en ce sens par l'un de ses arrêts du 6 avril 2011 (pourvoi n°0966486) puisque, comme il a été déjà dit, la première chambre civile a admis la transcription limitée d'un acte de naissance d'un enfant né par GPA par la suppression de la seule mention de « Mme Y... en tant que mère ».

Il pourrait également être envisagé de dresser un nouvel acte de naissance à l'égard du père par un jugement supplétif de naissance.

Ne pourrait-on pas imaginer, à l'occasion de la demande en transcription, une action judiciaire parallèle d'état visant à permettre au père de faire établir son lien biologique avec l'enfant ?

Pourquoi ne pas envisager en droit français, indépendamment de la question de la transcription, une reconnaissance sans filiation de l'enfant par les parents d'intention ?¹⁰⁸

L'exploration de ces voies relève de la compétence du législateur et des pouvoirs publics. Il convient de souligner le silence du législateur dans l'élaboration d'une législation spécifique traitant le cas et le statut des enfants nés de GPA internationales.

Ne sont dressées ici que des pistes possibles en rappelant que la Cour de cassation ne peut se substituer au législateur.

Toutefois en vous appuyant sur le précédent de l'arrêt précité du 6 avril 2011 et en poursuivant votre œuvre prétéorique, vous pourriez admettre la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, fût-il issu d'une GPA, avec l'occultation de la mention relative à la mère d'intention dès lors que la filiation paternelle est par ailleurs biologiquement établie.

Ici prend place une autre problématique. La transcription de l'acte de naissance étranger ne peut suffire à établir la filiation paternelle, elle doit seulement aboutir à relater celle-ci dans nos registres français à condition qu'elle soit biologiquement établie, ce qui pose la question de sa certitude judiciaire.

F. La nécessité d'une expertise biologique judiciairement établie

Pour reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique par la transcription de l'acte de naissance étranger, le juge doit s'assurer avec certitude de la réalité de ce lien, faute de quoi les arrêts Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014 ne pourraient être utilement invoqués et la transcription, même partielle de l'acte, ordonnée.

Sans cela, le droit à l'identité, et donc au respect de la vie privée de l'enfant ne peut être utilement invoqué pour s'opposer à la prohibition en droit français de toutes les conséquences d'une GPA à l'étranger.

Cette lecture « biologique » de la filiation est en contradiction avec notre droit de la filiation qui peut aussi résulter d'éléments sociologiques.

La torsion de nos principes essentiels qui commande l'application des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme doit donc être contenue pour ne pas essaimer et fragiliser tout l'édifice de notre droit français de la filiation.

En l'état du droit, soit la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et l'article 16-10 du code civil, l'examen comparé des sangs ou les expertises

¹⁰⁸ On notera que la France est partie à une convention n° 5 de la Commission internationale de l'état civil qui permet l'établissement de reconnaissance sans filiation.

génétiques ne peuvent être ordonnées que dans le cadre d'une action en référé préventif (article 145 du CPC) ou à l'occasion d'une action relative à la filiation ou à fins de subsides, et dont la réalisation ne peut être confiée qu'aux seuls laboratoires agréés.

Le père de l'enfant né par GPA ne semble pas pouvoir réclamer cette preuve dans le cadre de son action en transcription de l'acte de naissance étranger.

En effet, les actions en transcription de l'acte de l'état civil étranger ne sont pas des actions d'état et ne peuvent servir de support, sauf à faire œuvre prétorienne, à la prescription de telles mesures d'instruction.

En revanche, une action autonome pourrait être envisagée à l'initiative du père de l'enfant ou du ministère public. Une fois cette preuve apportée, la transcription partielle de l'acte de naissance devient possible.

On peut également imaginer que cette preuve scientifique, ordonnée conformément à la loi étrangère applicable résulte d'un jugement étranger, reconnu en droit français. Si ce tribunal est reconnu compétent internationalement et que ni la fraude ni l'ordre public ne s'y opposent, cette preuve scientifique judiciaire pourrait suffire à faire reconnaître le lien de filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique.

Mais il est bon que cette preuve reste enfermée dans le cadre judiciaire sauf à s'exposer à un risque de fabrication de preuves et accentuer celui d'une marchandisation de la GPA internationale. De plus, la nécessité d'une preuve judiciairement établie permet d'assurer une uniformité dans le traitement contentieux des actions en matière de la filiation.

Seule la certitude d'une expertise scientifique ordonnée dans un cadre judiciaire pourra assoir la réalité du lien biologique de filiation paternelle.

On serait tenté d'objecter que cette exigence probatoire heurte nos règles de conflits de droit international privé, voire constitutionnelles, conduisant à la reconnaissance d'une filiation.

Dans sa décision DC Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, le Conseil Constitutionnel n'a-t-il pas émis une réserve à la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile en ces termes, il est vrai dans un cadre très précis : « *Considérant, en premier lieu, que les dispositions critiquées ne trouveront à s'appliquer que sous réserve des conventions internationales qui déterminent la loi applicable au lien de filiation ; qu'il ressort des travaux parlementaires que le législateur n'a pas entendu déroger aux règles du conflit des lois définies par les articles 311-14 et suivants du code civil, lesquelles soumettent en principe la filiation de l'enfant à la loi personnelle de la mère ; que les dispositions déferées [test*

ADN¹⁰⁹] n'ont pas pour objet et ne sauraient, sans violer l'article 1er de la Déclaration de 1789, avoir pour effet d'instituer, à l'égard des enfants demandeurs de visa, des règles particulières de filiation qui pourraient conduire à ne pas reconnaître un lien de filiation légalement établi au sens de la loi qui leur est applicable ; que, dès lors, la preuve de la filiation au moyen de « la possession d'état telle que définie à l'article 311-1 du code civil » ne pourra être accueillie que si, en vertu de la loi applicable, un mode de preuve comparable est admis ; qu'en outre, ces dispositions ne pourront priver l'étranger de la possibilité de justifier du lien de filiation selon d'autres modes de preuve admis en vertu de la loi applicable ; Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions critiquées qui tendent à suppléer l'absence ou le défaut d'authenticité d'un acte de l'état civil étranger par l'identification génétique du lien de filiation ne s'appliquent pas, à l'évidence, lorsque la filiation en cause n'est pas fondée sur un lien génétique ; que, dès lors, elles ne sont pas applicables en particulier à la preuve de la filiation adoptive, qui se fait par la production d'un jugement ou d'une décision d'effet équivalent ; que, par suite, le grief tiré de la « violation du principe d'égalité entre enfants biologiques ou non » manque en fait.

Mais, outre le fait que la reconnaissance en droit français de la filiation paternelle de l'enfant né par GPA suit une autre voie que l'article 311-14 du code civil, puisqu'elle résulte de la transcription de l'acte de naissance, il convient de souligner que cette expertise génétique concourt dans le cas présent avant tout à une meilleure protection de l'enfant et à son droit au respect à une vie privée qui se traduit par son droit essentiel à son identité.

En somme, hors la réserve conventionnelle tenant au droit à l'identité de l'enfant à l'égard de son père biologique, l'affirmation de nos valeurs qui fondent également notre ordre public dans sa dimension internationale doit toujours légitimer la prohibition de la GPA.

Mais lorsque le lien biologique paternel d'un enfant né par GPA est établi, le principe du respect dû à la vie privée, posé à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales justifie que son état civil français¹¹⁰ indique désormais le lien de filiation à l'égard de son père, le principe de l'indisponibilité de l'état des

¹⁰⁹ L'article déferé fixait les conditions et les modalités permettant à un enfant mineur demandeur d'un visa d'une durée supérieure à trois mois, ou à son représentant légal, de solliciter dans le cadre du regroupement familial qu'il soit procédé à son identification par ses empreintes génétiques pour apporter un élément de preuve d'une filiation déclarée avec sa mère lorsqu'il n'a pas été possible d'apporter cette preuve au moyen d'un acte de l'état civil

¹¹⁰ Cette formulation large permet de ne pas se positionner sur ce que les pouvoirs publics décideront pour faire enregistrer ce lien de filiation dans les registres français (transcription partielle, acte ad hoc, acte transcrivant un jugement supplétif).

personnes que protège notre ordre public international ne faisant pas obstacle à une telle indication¹¹¹.

Reste à savoir si la cour sera prête à faire œuvre prétorienne en exigeant cette preuve judiciaire comme une conséquence nécessaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme ou s'il faut s'en remettre au législateur pour faire modifier le cadre de notre législation.

Trop d'hésitations des pouvoirs publics pour élaborer un statut propre de l'enfant né par GPA à l'étranger ou pour demander le renvoi en grand chambre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, comme la nécessité de ne pas tarder à trouver une solution juridique au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant nous conduisent à vous inviter à dégager une solution prétorienne.

En conséquence, la cour pourrait retenir l'attendu de principe suivant.

Attendu 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 et, en conséquence, de transcrire sur les registres d'état civil français l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une telle convention ; que toutefois, le principe dû au respect de la vie privée, posé à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales justifie que l'état civil français d'un tel enfant mentionne le lien de filiation biologique à l'égard de son père français à condition qu'il soit incontestablement établi ; qu'en conséquence, le juge ne peut faire droit à une demande de transcription d'un tel acte qu'après s'être assuré de l'établissement judiciaire de cette filiation biologique ;

4. Appréciation de la GPA internationale devant le juge du fond, contrôle en fondamentalité opéré par la Cour de cassation et conséquences sur le présent pourvoi

¹¹¹ Voir l'arrêt d'assemblée plénière du 11 décembre 1992 (pourvoi n°9111900): « Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ;Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »

En l'état de la réponse à la fois partielle (la filiation paternelle biologiquement avérée) et contextualisée, (soit une GPA étrangère judiciairement homologuée et une GPA autorisée dans le cadre d'un couple) apportée par les arrêts de la Cour de Strasbourg du 26 juin 2014, il appartient toujours aux Etats, sous la réserve de la préservation du droit à l'identité de l'enfant, de décider de recevoir ou non dans leur ordre interne une GPA internationale.

Comme il a été déjà esquissé, malgré l'intensité des débats et rapports sur la question, le législateur n'est pas intervenu, sur le plan civil, pour régler juridiquement le sort des enfants nés par GPA internationales en fixant les conditions de leur reconnaissance dans notre droit positif.

Il revient donc au juge du fond de le faire sous le contrôle de la Cour.

L'appréciation de la situation de GPA internationale par le prisme de l'ordre public international et de nos principes essentiels, ainsi qu'a pu déjà le faire la première chambre civile dans ses arrêts de 2011 et 2013, désormais revisitée à l'aune des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, doit pouvoir se faire en plénitude par une analyse en profondeur et factuelle de la situation.

On rappellera à cet égard que la Cour de Strasbourg invite les juges nationaux à examiner avec rigueur : « *les moyens ayant trait aux droits et libertés garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité* »¹¹².

Dans la mise en balance des intérêts en présence que lui invite à faire la Cour européenne des droits de l'Homme, il nous semble important que le juge relève l'ensemble des éléments factuels et les effets concrets produits dans l'ordre interne par une GPA internationale à l'occasion d'une transcription, même partielle, d'un acte de naissance étranger. Il doit s'agir des conditions de la conclusion de la GPA internationale, de l'origine de la démarche, individuelle ou en couple, si tant est qu'elle soit connue, du processus ayant conduit le ou les parents d'intention à contourner la prohibition de la GPA, et du contexte biologique (dons de matériels génétiques ? GPA homologue ou hétérologue ?).

La Cour de cassation pourrait censurer pour défaut de base légale –nous pourrions dire défaut de base conventionnelle - un juge du fond qui, par pétition, se bornerait à relever la violation d'un principe conventionnel en s'abstenant de la caractériser au regard des faits d'espèce pour admettre la reconnaissance d'une filiation d'un enfant né par GPA.

En la matière, l'automatisme des principes invoqués ne joue pas et il importe que le juge du fond se livre à cette appréciation concrète et en proportionnalité de la situation née d'une GPA internationale.

¹¹² CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, Fabris c/ France, consid. n° 72, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen

Pour tirer les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sans enfreindre notre règle interne d'ordre public de prohibition de la GPA, le juge devra également pouvoir relever avec certitude la nature biologique de la filiation paternelle.

Il est à peine besoin de rappeler combien la Cour de cassation s'est orientée, ces dernières années, vers un contrôle plus intense de la proportionnalité au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ce contrôle est parfois en « basse tension », les arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 en témoignent. Mais, il peut être également de plus haute intensité, comme l'illustre, à titre d'exemple, l'arrêt du 4 décembre 2013 rendu au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relevé d'office (pouvoi n° 12-26.066)¹¹³.

Les travaux que mène actuellement la Cour de cassation sur cette question, sans révéler un basculement de la conception habituelle du contrôle normatif, atteste d'une application dynamique du contrôle de conventionnalité.

La gravité d'une atteinte à un droit fondamentalement garanti requiert ainsi un contrôle de proportionnalité attentif que la Cour se doit de vérifier. Si elle ne revient pas sur l'appréciation souveraine des faits, au moins doit-elle s'assurer que l'atteinte aux principes conventionnels invoqués repose sur des considérations factuelles et concrètes.

En définitive, il incombe à la Cour de cassation d'assurer le respect effectif des droits protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de conférer son plein et entier effet à l'article 8 de cette Convention tel qu'il a été interprété par la Cour de Strasbourg, c'est-à-dire de n'autoriser l'établissement d'un lien de filiation de l'enfant né par GPA à l'égard de son père que lorsque le juge :

- aura par lui-même mis en balance les intérêts en présence et les principes conventionnellement garantis au regard des faits de l'espèce,
- aura acquis la certitude du lien biologique judiciairement établie entre l'enfant et le père d'intention.

En l'espèce.

¹¹³ « prononcé de la nullité du mariage de M. S. avec Mme D. [mariage contracté entre la belle fille et son beau-père en violation de l'article 161 du code civil] revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». Délaissant l'article 12 de la Conv. EDH soutenant l'un des moyens du pourvoi, la chambre soulève d'office l'article 8 du même instrument, non pour rejeter le pourvoi, mais pour casser l'arrêt en considération d'éléments factuels.

Tout d'abord, il sera rappelé que les pourvois font suite à des actions en transcription d'acte d'état civil étranger. Il ne s'agit pas d'action en établissement de la filiation.

Les présentes affaires se distinguent de celles précédemment jugées en 2011 et ayant conduit aux arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 juin 2014.

Dans l'affaire *Menesson*, le litige portait sur la demande conjointe des parents de transcription d'un acte de naissance étranger établi à la suite d'une GPA homologuée par le juge étranger.

Dans les présentes affaires, les actions visent à obtenir la transcription d'un acte d'état civil étranger, à la seule demande du père prétendu de l'enfant et sans que la GPA procède d'une homologation préalable.

Dans la première affaire (pourvoi n°14-21.323), pour refuser de faire droit à la demande de transcription de l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger et conforme à la réalité de la paternité de M. Dominique X... à l'égard de son fils K., la cour d'appel estime que la naissance est l'aboutissement d'un processus d'ensemble frauduleux.

Les constatations de la cour d'appel l'amenant à conclure que l'enfant K. est né par GPA à la suite d'un contrat conclu entre M.X... et une mère porteuse relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappent au contrôle de la Cour de cassation.

L'invocation d'une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, principe fondamental et garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la CIDE, ou aux droits corrélatifs au respect de sa vie privée (identité, filiation, nationalité) ne peut conduire à elle seule à écarter la prohibition dans notre ordre interne des GPA lorsque le père d'intention la contourne en souscrivant à l'étranger un tel contrat. La transcription de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA ne reste en effet possible que dans le cadre étroit d'une filiation paternelle biologiquement établie.

L'arrêt attaqué, qui se place dans le sillage des arrêts de la première chambre civile du 13 septembre 2013 en rappelant « *qu'en présence de la fraude le respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH ne saurait être utilement invoqué* » pourrait apparaître critiquable à la lumière des deux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme le 26 juin 2014.

Mais l'insuffisance de cette motivation est sans emport sur le pourvoi si l'on observe par ailleurs que la filiation biologique à l'égard du père est inconnue, aucune des mentions de l'arrêt n'en faisant état et n'est ni sérieusement alléguée ni démontrée

puisqu'aucune revendication en ce sens n'est mentionnée dans les écritures en appel. La seule affirmation du requérant suivant laquelle l'acte serait conforme à la vérité biologique, en l'absence d'autres éléments, étant à cet égard insuffisante.

De plus, la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a pris soin de présenter un faisceau d'indices caractérisant « l'existence d'un processus frauduleux » de la GPA et a ainsi fait ressortir qu'il résulte des doutes sérieux sur la paternité biologique de M.X... ou, à tout le moins, des doutes suffisants pour ne pas conduire la cour d'appel à s'interroger davantage sur sa réalité.

Dans ces conditions, vous pourrez **rejeter le pourvoi**.

Dans la seconde affaire (pourvoi n°15-50.002), la cour d'appel de Rennes invoque l'intérêt supérieur de l'enfant et s'appuie sur les arrêts de la Cour de Strasbourg du 26 juin 2014.

Elle considère « qu'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 CIDE 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 ».

Pour établir la réalité biologique du lien de filiation de l'enfant à l'égard de son père, la cour d'appel rappelle « que 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% ».

Ce rapport « d'expertise » n'équivaut pas à la preuve judiciaire de la réalité biologique de la filiation.

Ces constatations sont donc insuffisantes pour invoquer utilement les arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'Homme.

En outre, la cour d'appel ne pouvait abstraitement invoquer l'intérêt supérieur de l'enfant pour conclure à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA en ce qu'il relate également sa filiation maternelle, laquelle, de surcroît, n'est pas biologiquement démontrée mais seulement affirmée¹¹⁴. Il appartient à la Cour de

¹¹⁴ La mère qui accouche n'est peut-être pas celle dont provient l'ovocyte.

cassation de condamner cette interprétation extensive des arrêts précités de la Cour européenne des droits de l'Homme pour les motifs qui ont déjà été exposés

Vous pourrez en conséquence entrer en voie **de cassation (deuxième branche)**, au besoin en relevant le moyen de pur droit tiré de l'exigence d'une preuve de paternité biologique pour pouvoir faire transcrire, même partiellement, l'acte de naissance de l'enfant relatant sa filiation paternelle.

Annexes

- Tableau 1 – Affaires concernant des GPA déjà tranchées par la Cour de cassation

Tableau 1 – Affaires concernant des GPA déjà tranchées par la Cour de cassation

| AFFAIRE | Objet du contrat | Conditions de l'insémination | Origine de la filiation (lien biologique) | Etablissement de la filiation (état civil) | Objet de la demande en justice | Jugements antérieurs | Visa | Principe(s) | Solution |
|--|-------------------------------|--|---|--|--|--|---|--|---|
| Cass. Ass. 31 mai 1991 No 90-20.105 | Procréation pour autrui (PPA) | Insémination artificielle avec sperme du père et ovocytes de la mère porteuse | Père Le père biologique est le père d'intention Mère • La mère d'intention est l'épouse du père biologique • La mère biologique est la mère porteuse | Père L'acte de naissance établit la filiation paternelle de l'enfant à l'égard du père biologique Mère L'acte de naissance n'établit pas de filiation maternelle, ni à l'égard de la mère porteuse, ni au profit de la mère d'intention | Demande aux fins de l'adoption plénière, par la mère d'intention, de l'enfant issu de la GPA | 1^{ère} instance • Rejet de la demande • Appel interjeté par les époux requérants 2^{ème} instance • Accueil de la demande (CA Paris, 15.6.90) • Pourvoi dans l'intérêt de la loi | « articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code » | « Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ; » | CASSATION « Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; » |
| Cass. 1^{re} Civ. 6 avril 2011 No 09-17.130 | Gestation pour autrui (GPA) | Insémination artificielle d'un embryon provenant des gamètes du père et d'une donneuse anonyme | Père Le père biologique est le père d'intention Mère • La mère d'intention est l'épouse du père biologique • La mère biologique est une donneuse anonyme distincte de la mère utérine | • Deux jugements étrangers (Minnesota) constatant la paternité biologique du père et la renonciation à tout droit sur l'enfant de la mère utérine et du mari de cette dernière • Un acte de naissance établi dans le même Etat désignant le père biologique et son épouse, le couple commanditaire, comme parents de l'enfant | Demande aux fins de transcription du certificat de notoriété (délivré par le juge d'instance de Tourcoing) attestant de la possession d'état de l'enfant | 1^{ère} instance • Les requérants sont déboutés de leur demande • Appel interjeté par les époux requérants 2^{ème} instance • Confirmation (CA Douai, 14.9.09) • Pourvoi formé par les parents d'intention et l'enfant issu de la GPA | - | « attendu 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 art. 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français » | REJET « Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit, qu'en l'état de la convention du 29.10. 2000 portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la possession d'état de Y. à l'égard de M. et Mme X. ne pouvait produire aucun effet quant à l'établissement de sa filiation ; qu'une telle situation, qui ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît ni ne l'empêche de vivre avec les époux X. en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cette enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant » |

| AFFAIRE | | Conditions de l'insémination | Origine de la filiation lien biologique | Etablissement de la filiation état civil | Objet de la demande en justice | Procédure | Principe(s) | Solution |
|--|-----|---|---|---|---|---|--|--|
| Cass. 1 ^{re} Civ. 6 avril 2011 No 09-66.486 | GPA | Recours par le couple commanditaire et aux services d'une mère porteuse qui a porté l'embryon issu de leurs gamètes | Père Le père d'intention est le père biologique Mère La mère d'intention est la mère biologique | Jugement d'adoption prononcé par le tribunal de Beltrami (Minnesota) au profit des parents d'intention | Demande du Procureur de la République aux fins de modification de l'acte de naissance transcrit en ce qui concerne la filiation maternelle | <ul style="list-style-type: none"> Annulation dans le corps de la transcription de la mention faite de la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention Appel interjeté par les parents d'intention Confirmation Pourvoi formé par les parents d'intention | « attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français , de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, 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 » | REJET « la cour d'appel a retenu, à bon droit, que dans la mesure où ils donnaient effet à une convention de cette nature, les jugements "américains" du 4 juin 2001 étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, en sorte que l'acte de naissance litigieux ayant été établi en application de ces décisions, sa transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de Mme Y... en tant que mère ; qu'une telle rectification, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'Etat du Minnesota lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ; que le moyen n'est pas fondé » |
| Cass.1 ^{re} Civ. 6 avril 2011 No 10-19.053 | GPA | Insémination artificielle d'un embryon provenant des gamètes du père et d'une donneuse anonyme | Père Le père biologique est le père d'intention Mère <ul style="list-style-type: none"> La mère d'intention est l'épouse du père biologique La mère biologique est une donneuse anonyme distincte de la mère utérine | <ul style="list-style-type: none"> Certificats de naissance dressés par les autorités américaines désignant les époux comme parents des deux jumelles. Le ministère public fait transcrire les actes de naissance litigieux afin d'engager une action en annulation de la transcription. Jugement de la cour supérieure de Californie déclarant le père d'intention "père génétique" et son épouse, "mère légale de tout enfant qui naîtrait" de la mère porteuse. | Demande du ministère public aux fins d'annulation des actes de naissance des enfants dont la transcription avait été antérieurement opérée à cette fin. | <ul style="list-style-type: none"> Action du ministère public déclarée irrecevable Confirmation Puis cassation Civ 1^{ère}, 17.12.08. Renvoi à la CA Paris qui annule la transcription des actes de naissance. | « attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français , de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, 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 » | REJET « Que dès lors, la cour d'appel a retenu à bon droit que dans la mesure où il donnait effet à une convention de cette nature, le jugement "américain" du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres d'état civil français devait être annulée ; qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, 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 ; que le moyen n'est pas fondé » |

| AFFAIRE | Objet du contrat | Conditions de l'insémination | Origine de la filiation lien biologique | Procédure et objet de la demande en justice | Jugements antérieurs | Principe(s) | Solution |
|---|-----------------------|---|--|--|---|---|---|
| Cass. 1^{ère} Civ. 13/09/2013 No 12-30.138 | Maternité pour autrui | Le père prétend avoir eu une relation avec la mère porteuse | <p>Le père d'intention prétend être le père biologique</p> <p>La mère biologique est la mère porteuse</p> <p>Etablissement de la filiation</p> <p>Les jumeaux issus de la maternité pour autrui ont été reconnus avant leur naissance par le père</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Demande du père au consulat de France à Bombay aux fins de transcription des actes de naissance des enfants. • Sur instructions du parquet de Nantes, le consulat de France sursoit à la demande de transcription. • Assignation du parquet de Nantes en transcription des actes de naissance par le père | <p>1^{ère} instance Le père est accueilli dans sa demande</p> <p>2nde instance</p> <ul style="list-style-type: none"> • Confirmation • Pourvoi dans l'intérêt de la loi | <p>Visa « Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code »</p> <p>Motivation « Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés »</p> | <p>CASSATION « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public établissaient l'existence d'une convention de gestation pour le compte d'autrui entre M. Vinçon et Mme Sawant, caractérisant ainsi un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement, ce dont il résultait que l'acte de naissance de celui-ci ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés »</p> <p>CASSATION « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre M. X... et Mme Y..., ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés »</p> |
| Cass. 1^{ère} Civ. 13/09/2013 No 12-18.315 | Maternité pour autrui | Le père prétend avoir eu une relation avec la mère porteuse | <p>Le père d'intention prétend être le père biologique</p> <p>La mère biologique est la mère porteuse</p> <p>Etablissement de la filiation</p> <p>Enfant reconnu avant sa naissance par le père en France</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Le père sollicite la transcription de l'acte de naissance de l'enfant au consulat de France de Bombay • Le PR s'y oppose • Assignation du PR et de l'AJT en transcription sous astreinte des actes de naissance par le père et la mère • Le parquet sollicite reconventionnellement outre le débouté des prétentions l'annulation de la reconnaissance paternelle | <p>1^{ère} instance</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les parents sont accueillis dans leur demande • Le ministère public est débouté <p>2nde instance</p> <ul style="list-style-type: none"> • Infirimation et annulation de la reconnaissance paternelle du père • Pourvoi formé par les époux déboutés | <p>« Attendu 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 »</p> | <p>REJET « 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués »</p> |

| AFFAIRE | Objet du contrat | Conditions de l'insémination | Origine de la filiation lien biologique | Procédure et objet de la demande en justice | Jugements antérieurs | Principe(s) | Solution |
|---|-----------------------|---|---|--|---|--|--|
| Cass. 1^{ère} Civ. 19 mars 2014 No 13-50.005 | Maternité pour autrui | Le père prétend avoir eu une relation avec la mère porteuse | <p>Le père d'intention prétend être le père biologique</p> <p>La mère biologique est la mère porteuse</p> <p>Etablissement de la filiation</p> <p>Enfant reconnu conjointement par le père et la mère en France au consulat de France à Bombay et sollicitent la transcription de l'acte de naissance</p> <p>Le PR s'y oppose au vu d'un faisceau d'indices laissant présumer le recours à un contrat de GPA</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Assignation du PR aux fins de transcription de l'acte de naissance | <p>1^{ère} instance Les parents sont accueillis dans leur demande PR débouté de sa demande d'annulation de la reconnaissance paternelle</p> <p>2^{nde} instance</p> <ul style="list-style-type: none"> • Appel du MP • Confirmation | <p>Visa</p> <p>« Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil ensemble l'article 336 du même code »</p> <p>Motivation</p> <p>« Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés »</p> | <p>CASSATION</p> <p>« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que l'enfant Cylian est né le 2 juin 2010 à Mumbai (Inde), de Mme X... et M. Y... lequel, de nationalité française et résidant en France, l'a reconnu ; que le 23 juillet 2010, ce dernier a demandé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français de l'état civil, demande à laquelle le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'est opposé ;</p> <p>Attendu que, pour ordonner cette transcription, la cour d'appel a énoncé, d'une part, que la régularité de l'acte de naissance n'était pas contestée, ni le fait que M. Y... et Mme X... fussent les père et mère de l'enfant, de sorte que l'acte était conforme aux dispositions de l'article 47 du code civil, d'autre part, que la fraude à la loi invoquée par le ministère public pouvait ouvrir à celui-ci, le cas échéant, l'action en contestation prévue par l'article 336 du code civil, mais ne conduisait pas pour autant à juger que l'acte de naissance était, par lui-même, contraire à l'ordre public ;</p> <p>Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que les éléments réunis par le ministère public établissaient l'existence d'une convention de gestation pour le compte d'autrui entre M. Y... et Mme X..., caractérisant ainsi un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement, ce dont il résultait que l'acte de naissance de celui-ci ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »</p> |