

N° U1528597

Décision attaquée : 28 septembre 2015 de la cour d'appel de Rennes

M Jean-François X...
C/
PG près cour d'appel de Rennes

rapporteur : Jean-Noel.Acquaviva

RAPPORT

Arrêt de la cour d'appel de Rennes du 28 septembre 2015
Déclaration de pourvoi : 15 décembre 2015
Dépôt du mémoire ampliatif : 7 mars 2016
Signification au procureur général de Rennes : 23 mars
2016
Dépôt d'un mémoire complémentaire : 11 mai 2016
Demande article 700 : 3.500 euros

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par courrier du 14 mai 2012, le procureur de la République de Nantes a fait connaître à M. et Mme X..., son refus de transcrire sur les registres d'état civil les actes de naissance de leurs deux enfants, P... et P..., nés le... à Whittier (Etats-Unis) au motif qu'après enquête, il existait, des indices sérieux d'un recours à une gestation pour autrui, en l'absence notamment de justification du suivi médical de la grossesse de Mme X..., alors âgée de 52 ans, et de la nécessité pour elle d'aller accoucher aux Etats-Unis.

C'est dans ces circonstances que, par acte en date du 5 septembre 2012, M. et Mme X... ont fait assigner le procureur de la République aux fins de voir ordonner la transcription des actes de naissance dressés aux Etats-Unis conformément à l'arrêt de la Cour supérieure de l'Etat de Californie du 17 septembre 2010, lui-même conforme au code de la famille californien.

Par jugement rendu le 12 juin 2014, le tribunal de grande instance de Nantes a débouté les époux X... de leur demande.

Cette décision a été confirmée, par arrêt de la cour d'appel de Rennes du 28 septembre 2015.

C'est l'arrêt attaqué.

2 - Analyse succincte des moyens

Par un moyen unique articulé en neuf branches, M. et Mme X... reprochent à l'arrêt attaqué de les débouter de leur demande de transcription des actes de naissance de leurs enfants, P... et P... X..., nés le ...à Whittier (Etats-Unis), sur les registres d'état civil consulaires et du service d'état civil du ministère des affaires étrangères, alors que :

- de première part, les actes d'état civil établis dans un pays étrangers et rédigés dans les formes usitées dans ce pays font foi sauf s'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; que seule la réalité juridique et non la réalité biologique doit être prise en compte pour vérifier la valeur probante d'un acte d'état civil établi à l'étranger ; qu'il résultait des termes du jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010, qui servait de fondement aux actes de naissance dont la transcription était demandée, que les exposants étaient déclarés parents légaux des deux enfants et que la mère biologique avait renoncé à tous droits sur eux ; qu'en retenant que les faits déclarés par les intéressés lors de l'établissement des actes de naissance par le service de l'état civil californien sur la filiation maternelle des enfants ne correspondaient pas à la réalité, cependant que ces actes avaient été établis sur la foi d'une décision de justice rendue légalement en Californie et donnant force exécutoire à un contrat de gestation pour autrui qui attribuait la paternité et la maternité juridiques aux exposants, de sorte que le fait que la mère juridique ne soit pas la femme ayant accouché ne caractérisait pas une fausse information, la cour d'appel a violé l'article 47 du code civil ;

- de deuxième part, le ministère public n'avait contesté ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder aux actes dressés en Californie et s'était borné à justifier le refus de transcription de l'acte en invoquant l'existence d'un processus contraire à l'ordre public international français impliquant le recours à un contrat de gestation pour autrui ; qu'en refusant de prendre en compte les énonciations du jugement étranger du 17 septembre 2010 en ce qu'il mentionnait l'exposante comme étant la mère des enfants, après avoir pourtant rappelé que la théorie de la fraude soutenue par le ministère public n'était pas pertinente dès lors que la convention de gestation pour autrui conclue entre un parent d'intention et une mère porteuse ne faisait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger issu d'une telle convention, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article 47 du code civil ;

- de troisième part, le procureur de la République ne peut refuser une demande de transcription d'un acte d'état civil dressé à l'étranger qu'en établissant qu'il serait « irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » au regard des formes usitées dans ce pays ; que les actes de naissance des enfants concernés avaient été établis sur la base d'un jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010, lui-même conforme au code de la

famille californien, déclarant les exposants parents légaux des enfants à naître par gestation pour autrui ; qu'ils avaient donc été rédigés dans les formes usitées dans l'Etat de Californie ; qu'en retenant que le procureur de la République pouvait refuser de transcrire les actes de naissance établis dans ces conditions, la cour d'appel a violé l'article 47 du code civil ;

- de quatrième part, en examinant la force probatoire des actes de naissance en litige non pas au regard des dispositions édictées en vue de leur transcription par l'article 47 du code civil mais par application de la loi désignée par la règle de conflit pour l'établissement de la filiation de l'enfant, la cour d'appel a violé l'article 47 du code civil ;

- de cinquième part, le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation et sa nationalité ; que la juridiction européenne a retenu que la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants conçus par gestation pour autrui et les parents d'intention portait atteinte au respect de leur vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation ; qu'en limitant l'effet utile du droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et son droit à l'identité qui inclut la filiation et la nationalité au seul cas où la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique, la cour d'appel a violé l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme ;

- de sixième part, l'intérêt supérieur de l'enfant exige que soit transcrit sur les registres d'état civil français l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger et indiquant la filiation paternelle et maternelle ; qu'en retenant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être utilement invoqué que si la filiation paternelle était conforme à la vérité biologique, la cour d'appel a violé l'article 3, § 1, de la convention internationale des droits de l'enfant ;

- de septième part, le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations ; que le ministère public ne contestait pas que l'exposant était le père biologique des enfants P... et P... sur la foi du jugement de la Cour supérieure de Californie du 17 septembre 2010 et n'avait pas davantage soutenu que la vérité biologique de la filiation paternelle devait résulter d'une expertise judiciairement établie selon les modalités de l'article 16-10 du code civil ; qu'en retenant que l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de sa vie privée ne pouvaient être utilement invoqués que si la filiation paternelle était conforme à la vérité biologique comme résultant d'une expertise judiciairement selon les modalités de l'article 16-10 du code civil et que la filiation biologique de l'exposant n'était pas établie en l'absence d'un certificat médical en attestant et d'éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle pratiquée, relevant ainsi d'office un moyen sans avoir invité préalablement les parties à en discuter, la cour d'appel a méconnu le principe de la contradiction en violation de l'article 16 du code de procédure civile ;

- en outre, aucune disposition légale ne subordonne la transcription d'un acte d'état civil étranger sur les registres d'état civil français à la preuve de la filiation biologique paternelle par une expertise biologique judiciairement établie, l'article 16-10 du code civil ne concernant que les expertises génétiques ordonnées dans le cadre d'une action d'état ; qu'en soumettant dès lors la transcription d'un acte de naissance étranger à la condition que la filiation biologique paternelle résulte d'une expertise génétique judiciairement établie, la cour d'appel a violé les articles 16-10 et 47 code civil ;

- enfin, les exposants faisaient valoir (v. leurs concl. signifiées le 26 mai 2015, p. 6, § 4, et p. 7) que la filiation de leurs enfants était établie par la possession d'état à leur égard depuis quatre années, ce qui justifiait la transcription des actes de naissance, sauf à porter atteinte au respect de la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant ; qu'en refusant la transcription demandée sans répondre à ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

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

Conditions de la transcription sur les registres de l'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger, d'une convention de gestation pour autrui.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La situation juridique au regard du droit français des enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui est au coeur du débat.

Avant d'effectuer un rappel historique (4.1) puis d'examiner les questions spécifiquement posées par le pourvoi (4.2) et d'aborder, enfin, les réponses qui peuvent y être apportées (4.3), il y a lieu de rappeler un certain nombre d'éléments utiles.

Tout d'abord, le terme "gestation pour autrui" (GPA) désigne le fait pour une femme d'accepter, par convention, de porter un enfant pour le compte d'un couple qui en a assuré le projet et à qui la gestatrice s'est engagée à le remettre, après son accouchement.¹

Dans le cadre d'une gestation pour autrui, les gamètes peuvent venir soit du couple

1 Questions-réponses sur l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* (27 janvier 2015), disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_FRA.pdf

intentionnel ou d'un membre du couple intentionnel - et dans ce cas l'enfant a un lien génétique avec au moins un parent intentionnel – soit de deux donneurs, y compris de la mère porteuse. Par ailleurs, dans une grande majorité des cas, la fécondation in vitro est utilisée.

Le terme de GPA recouvre, en effet, plusieurs situations différentes² :

- la conception de l'enfant résulte d'une fécondation in vitro (FIV) des gamètes du couple d'intention, suivie du transfert chez la gestatrice ; le couple d'intention est dans la situation de parents génétiques de l'enfant ;
- la conception de l'enfant résulte d'une FIV (ou d'une insémination) utilisant les spermatozoïdes du partenaire du couple d'intention et les ovocytes de la gestatrice, suivie du transfert chez la gestatrice ; la gestatrice est à la fois « génétique » et « porteuse » ; le couple d'intention n'a qu'un lien génétique partiel avec l'enfant, par le partenaire géniteur ;
- la conception de l'enfant résulte de la FIV utilisant un ovocyte provenant d'une donneuse fécondé par les spermatozoïdes du partenaire du couple intentionnel, suivie du transfert chez la gestatrice, ou bien, résulte de la fécondation de l'ovocyte de la mère d'intention par des spermatozoïdes provenant d'un donneur ; le couple d'intention n'a ici aussi qu'un lien génétique partiel avec l'enfant ;
- la conception de l'enfant résulte d'une FIV utilisant un double don de gamètes, spermatozoïdes d'un donneur et ovocytes d'une donneuse, suivie du transfert chez la gestatrice ; le couple d'intention n'a ici aucun lien génétique avec l'enfant.

Il doit être également rappelé l'état de la législation française au regard des techniques de procréation médicalement assistée (PMA).

Deux lois du 29 juillet 1994, modifiées le 6 août 2004, réglementent la PMA en France.

Elles définissent , outre les conditions et les effets de leur pratique, les techniques autorisées.

Au sens du droit français, la PMA regroupe les techniques permettant la procréation en dehors du processus naturel et tendant à satisfaire la demande parentale d'un couple.

Sont autorisées à la fois les PMA dites endogènes ou homologues c'est à dire pratiquées à l'intérieur du couple demandeur, avec utilisation des gamètes de l'un et l'autre de ses membres, mais aussi les PMA dites exogènes ou hétérologues avec

² “La gestation pour autrui”, Rapport 09-05, Académie nationale de Médecine, Bull. Acad. Nat. Méd., 2009, 193, n° 3, 583-618, séance du 10 mars 2009.

intervention d'un tiers (insémination artificielle avec donneur, fécondation in vitro à l'aide des ovules d'une autre femme ou du sperme d'un autre homme, transfert d'un embryon conçu avec des gamètes étrangers), les couples pouvant ainsi renoncer à procréer avec leur propre capital génétique.

Ceci posé, il convient de rappeler les développements de la jurisprudence sur la question de la gestation pour le compte d'autrui.

4.1 Rappel historique.

Ce rappel apparaît d'autant plus nécessaire qu'il rend compte de l'évolution de l'approche sur le plan juridique.

Il convient de l'envisager non seulement au plan national en examinant notamment les conséquences qui ont été, d'ores et déjà, tirées des dernières inflexions jurisprudentielles mais également, en droit comparé en analysant les réponses apportées à la problématique de la GPA par d'autres Etats qui ayant inscrit dans leur législation, l'interdiction du recours à la maternité de substitution, sont confrontés aux mêmes stratégies de contournement.

Il n'est pas, enfin, sans intérêt d'examiner l'accueil réservé à cette évolution par la doctrine dont les commentaires divergents reflètent les divisions de la société civile française.

4.1.1 Jurisprudence française.

La jurisprudence française est marquée par plusieurs étapes :

- Première étape

En 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur général contre un arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé l'adoption plénière par une femme de l'enfant déclaré sous le seul nom de son mari.

Dans cette affaire, l'épouse étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari avait donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, avait porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu, lequel avait été, à sa naissance, déclaré comme étant né du mari, sans indication de filiation maternelle. L'épouse avait sollicité ensuite l'adoption plénière de l'enfant.

La Cour de cassation, a, au visa des articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même Code, après avoir énoncé que *“la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à 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” , censuré l’arrêt de la cour d’appel qui avait accueilli la demande d’adoption plénière dès lors que celle-ci “n’était que l’ultime phase d’un processus d’ensemble destiné à permettre à un couple l’accueil à son foyer d’un enfant, conçu en exécution d’un contrat tendant à l’abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes, ce processus constituait un détournement de l’institution de l’adoption”.(Ass. Plén.31 mai 1991, pourvoi n°90-20.105).

Cette position a été réitérée dans un arrêt du 29 juin 1994 (1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n°92-13.563).

On trouve dans les affaires précitées, nombre d’éléments de la problématique qui nous est actuellement soumise et que nous aborderons ultérieurement où s’entrecroisent les notions d’intérêt de l’enfant qui devrait être apprécié de manière autonome, sans pouvoir être affecté par le comportement frauduleux des parents d’intention et de traitement discriminant au sein du couple vis-à-vis de l’enfant, la mère d’intention étant privée de l’exercice de ses droits de mère.

Ces deux décisions ont mis crûment en lumière les subterfuges mis en oeuvre par des couples infertiles, pour satisfaire à tout prix leur désir d’enfant mais aussi la difficulté pour les mères d’intention de faire établir un lien de filiation à l’égard de l’enfant né dans ces conditions.

La possibilité pour des couples stériles de recourir à des mères de substitution ayant suscité d’intenses débats éthiques et sociétaux, le législateur est, parallèlement, intervenu :

* D’abord, par la loi n°92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes qui est venue assortir de sanctions pénales :

- d’une part le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d’autorité, les parents ou l’un d’entre eux à abandonner un enfant né ou à naître (fait puni de six mois d’emprisonnement et de 500 000 F d’amende)

- d’autre part, le fait, dans un but lucratif, de s’entremettre entre une personne désireuse d’adopter un enfant et un parent désireux d’abandonner son enfant né ou à naître (fait puni d’un an d’emprisonnement et de 100 000 F d’amende).

Ce nouvel article 227-12 du code pénal est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994

* Ensuite, par la loi dite de bioéthique n°94-653 du 29 juillet 1994.

Ce texte a introduit dans le code civil deux nouveaux articles qui constituent le droit positif actuel.

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

Article 16-9 : “Les dispositions du présent chapitre sont d’ordre public”.

Cette loi entrée en vigueur le 30 juillet 1994 a également modifié les dispositions de l’article 227-12 du code pénal en y ajoutant deux nouveaux alinéas :

“ Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s’entremettre entre une personne ou un couple désireux d’accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre.

Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.”

La Cour de cassation a, sous l’empire de cette nouvelle législation, maintenu sa jurisprudence antérieure, énonçant désormais dans sa motivation que *“la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd’hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l’institution de l’adoption”* et approuvant les juges du fond de rejeter la demande d’adoption de l’enfant par l’épouse du père. (1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n°01-03.927).

En dépit de cette prohibition, on a assisté au cours des dernières décennies, en même temps que s’amorçait le déclin de l’adoption internationale à raison des politiques restrictives mise en place par des Etats jusque-là très ouverts aux couples étrangers (Ethiopie, Russie, Viet-Nam, Chine, Haïti), à un développement de ce que l’on a nommé le *“tourisme procréatif”* favorisé par la légalisation de la gestation pour autrui par un certain nombre d’Etats étrangers.

Il convient de relever à cet égard que tandis que certains Etats ont reconnu cette pratique pour autant qu’elle réponde à un but exclusivement altruiste, d’autres ont admis qu’elle pouvait revêtir un caractère commercial.

Dans ce contexte de ce que l’on a pu dénommer un véritable *“Baby business”*, ont proliféré dans un certain nombre de pays étrangers, des intermédiaires qui ont pour fonction de sélectionner les candidates et de veiller au bon déroulement de la maternité.

Ainsi, a-t-on observé qu’aux États-Unis, des *“surrogacy agencies”* qui établissent des contrats de droit privé fixant les droits et les devoirs des parties, le montant de la rémunération étant déterminé par les lois du marché.

Selon le rapport du 20 janvier 2010 de la mission d’information sur la révision des lois de bioéthique de l’Assemblée nationale, le coût pour les couples faisant appel à de telles agences s’échelonne de 60 à 150 000 euros, (voyage, frais médicaux,

séjour, traduction éventuelle, assurance et assistance juridique) tandis que le dédommagement de la gestatrice serait de l'ordre de 15 à 30 000 euros.

Une délocalisation de ces activités est, par ailleurs, observée dans des pays, par exemple en Inde, où beaucoup de femmes sont en situation de grande précarité.

Mme Sylviane Agacinski a souligné, lors de son audition par cette mission d'information, que « *l'industrie procréative et le marché qu'elle ouvre concernent au premier chef les femmes, et nécessairement les plus pauvres d'entre elles, notamment les chômeuses. Lorsque la gestation est séparée de la fécondation in vitro, l'origine et les traits ethniques des gestatrices ne comptent pas. D'où un large recours au sous-prolétariat des femmes noires aux États-Unis et la délocalisation des gestations en Inde. À l'inverse, le marché des ovocytes, qui requiert des femmes blanches pour les couples occidentaux, fait massivement appel aux Caucasiennes qui sont à la fois blanches et bon marché. Celles-ci fournissent en ovocytes non seulement les établissements d'Ukraine et de Chypre, mais aussi des cliniques espagnoles spécialisées en procréation médicalement assistée. C'est en cela que cette pratique me paraît poser un problème social et ce contexte invite à ne pas tomber dans le piège d'une rhétorique exclusivement sentimentale et compassionnelle, qui ne parle que d'aider des couples en détresse.* »

Un article paru dans le journal Le Monde³ consacré précisément à la mondialisation du marché de la procréation relevait :

« L'opération, qui peut coûter en Inde jusqu'à 20 000 dollars (13 000 euros environ), est cinq fois moins chère qu'aux États-Unis. Des agences se sont même créées dans le but de recruter des mères porteuses. À Anand, une petite ville de l'ouest de l'Inde, une clinique a construit une résidence pour loger, durant leur grossesse, les mères, qui ont la possibilité de suivre des cours d'anglais et d'informatique. Pour porter le bébé d'un couple étranger, rien n'est plus simple. La "clinique de la fertilité", à Bombay, propose sur son site Internet un formulaire de candidature ».

Avec le développement des moyens modernes de communication à distance s'est trouvé facilité le recours avec ces intermédiaires offrant contre rémunération l'accès à une maternité de substitution mais également le contact direct avec des mères "porteuses" mues le plus souvent par des motivations financières, proposant leurs services à des couples hétérosexuels voire de même sexe.

Les difficultés rencontrées par "les parents d'intention", encore dénommés par certains auteurs "parents commanditaires"⁴, la convention de gestation pour autrui eût-elle été conclue dans un pays ayant légalisé cette pratique, de faire consacrer par l'état civil français la filiation de l'enfant né à l'étranger dans de telles conditions, de même que le constat de législations disparates dans l'espace européen et la

3 « Les mères porteuses, un créneau indien », Le Monde (5 août 2008)

4 J.Hauser, RTD civ. 2013. 828

rareté des poursuites pénales, ont conduit certains parlementaires à préconiser, dans la perspective de la révision programmée des lois de bioéthique, de légaliser cette pratique en l'encadrant strictement.

Il était préconisé de subordonner l'accès des couples à la maternité de substitution à de strictes conditions d'éligibilité et, afin d'en accroître les garanties éthiques, de substituer un régime légal au cadre conventionnel.

Le législateur n'a pas choisi cette voie et a maintenu le principe de l'interdiction, suivant en cela l'avis émis par de nombreuses autorités éthiques et médicales qui s'étaient prononcées en faveur du *statu quo*.

Il convient en effet de rappeler que notre droit détermine précisément les règles d'établissement de la filiation.

L'article 310-1 du code civil énonce que :

“La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au chapitre III du présent titre.”

Selon l'article 311-25 du même code :

“La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.”

La filiation paternelle est établie soit par l'effet de la présomption de paternité édictée au profit du mari de la mère par l'article 312 (*“L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.”*) laquelle présomption peut être écartée dans certaines circonstances (articles 313 à 315) soit par l'effet de la reconnaissance paternelle (article 316) soit par l'effet de la possession d'état (article 317).

Si la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari de la mère ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père, l'action en recherche de maternité, à défaut de titre et de possession d'état est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché (article 325).

Alors que dans les affaires précédemment soumises à la Cour de cassation, la mère d'intention avait tenté de faire établir un lien de filiation adoptive avec l'enfant né d'une mère “porteuse”, le débat s'est ensuite porté sur un autre terrain juridique.

En effet, à la faveur de législations étrangères admettant la gestation pour autrui et acceptant de délivrer à l'enfant né de celle-ci un acte d'état civil portant mention du nom du père et du nom soit de la mère gestatrice soit de la mère d'intention, les parquets ont été saisis, sur le fondement de l'article 47 du code civil, de demandes

de transcriptions de l'acte étranger sur les registres de l'état civil français.

Devant le refus du ministère public d'y procéder, des recours ont été introduits qui ont conduit à la saisine de la Cour de cassation.

Dans une première décision du 17 décembre 2008 (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n°07-20.468), la Cour de cassation a reconnu au procureur de la République un intérêt à agir en nullité des transcriptions d'actes d'état civil étrangers dès lors que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui.

Comme dans l'affaire qui nous est soumise, une décision de la Cour suprême de Californie avait conféré à un français la qualité de père génétique et à son épouse, celle de mère légale des enfants à naître, portés par une mère de substitution, conformément à la loi de l'Etat de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui. A la naissance des enfants, leurs actes de naissance avaient été établis selon le droit californien, indiquant comme père et comme mère, le couple français. Le mari ayant demandé la transcription des actes au Consulat de France à Los Angeles qui lui avait opposé un refus, les actes de naissance des enfants avaient été transcrits, aux fins d'annulation, à la demande du ministère public, sur les registres de l'Etat civil de Nantes, après quoi le procureur de la République avait fait assigner les époux pour demander cette annulation.

- Deuxième étape

Par deux nouveaux arrêts rendus le 6 avril 2011 (affaires Y... et Z...), la Cour de cassation a été conduite à se prononcer dans deux affaires à grand retentissement médiatique, comportant également, de nombreuses similitudes avec celle qui nous est soumise.

Dans la première affaire (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-17.130), un enfant était né dans l'Etat du Minnesota, aux Etats-Unis, d'une mère qui avait conclu avec des époux de nationalité française, un contrat de gestation pour le compte d'autrui, l'embryon provenant des gamètes du mari et d'une donneuse anonyme.

Un jugement d'un tribunal local avait constaté que le mari était le père biologique de l'enfant, que la garde de ce dernier lui était confiée et que la mère porteuse et son époux renonçaient à tout droit sur l'enfant.

Un second jugement du même jour avait constaté que la gestatrice n'entendait pas conserver ses droits parentaux sur l'enfant qui prenaient fin par cette décision.

Un acte de naissance avait été établi à l'enfant par les autorités compétentes de l'Etat du Minnesota, désignant le couple français comme ses parents.

De retour en France, ces derniers ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime de l'enfant à leur égard.

Le ministère public ayant refusé d'en porter la mention à l'état civil, les époux ont engagé une action, à titre principal, en transcription de l'acte de notoriété, et, à titre subsidiaire, en établissement de la filiation paternelle de l'enfant par la possession d'état.

Leur demande a été rejetée par le tribunal, décision confirmée par la cour d'appel.

Dans la seconde affaire, (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n°09-66.486), un enfant était né également dans l'Etat du Minnesota (Etats-Unis), après qu'une personne eut accepté de porter l'embryon issu des gamètes d'un homme et de son épouse, tous deux de nationalité française.

Un jugement du tribunal local de cet Etat avait prononcé l'adoption de l'enfant par le couple français après avoir constaté par une décision du même jour son abandon par sa mère.

Un acte de naissance de l'enfant a été délivré aux époux les mentionnant en qualité de père et mère.

Cet acte a été transcrit sur les registres de l'état civil du consulat général de France à Chicago, puis enregistré par le service central de l'état civil de Nantes.

Sur assignation du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, qui avait limité sa demande à l'annulation de la transcription relative à la seule filiation maternelle de l'enfant, la cour d'appel, confirmant la décision du tribunal, a dit que l'épouse du père n'était pas la mère de l'enfant et a annulé dans la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, la mention relative à celle-ci.

Dans ces deux affaires, la Cour de cassation a énoncé :

“Mais attendu que 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 ;” (première espèce)

“Mais 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 ;” (seconde espèce).

La Cour de cassation a maintenu cette position dans trois arrêts ultérieurs (1^{re} Civ., 13 sept. 2013, pourvois n° 12-30.138 et n°12-18.315 ; 1^{re} Civ., 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50.005).

Dans ces trois espèces, un homme, de nationalité française avait conçu un enfant avec une femme de nationalité indienne, dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui. Après sa naissance, l'enfant avait été reconnu par ses deux parents puis abandonné par sa mère porteuse au profit de son père qui, après l'avoir ramené en France, avait entrepris d'une part, de faire transcrire l'acte de naissance indien sur les actes d'état civil français et, d'autre part, de faire valoir la reconnaissance anténatale des enfants qu'il avait effectuée en France.

Si la Cour de cassation a maintenu son opposition à la transcription de l'acte d'état civil étranger d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui, on doit relever, toutefois, une évolution, dans la motivation⁵.

Alors que les arrêts de 2013, continuent de faire référence à l'ordre public, en ce qu'une telle convention heurte les principes essentiels du droit français :

“Mais 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”,

l'arrêt de 2014, tout en faisant toujours référence à l'ordre public, relève, en effet, la fraude à la loi française :

“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”.

- Troisième étape

La dernière étape de cette évolution jurisprudentielle est marquée par les arrêts rendus par l'assemblée plénière de notre Cour le 3 juillet 2015 (Ass. Plen., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et 15-50.002).

Dans les deux affaires dont la Cour était saisie, un Français avait reconnu la paternité d'un enfant à naître en Russie et l'acte de naissance établi en Russie mentionnait l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère.

Le procureur de la République, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui (GPA) s'étant opposé à la demande du père tendant à voir transcrire l'acte de naissance russe à l'état civil français, celui-ci avait saisi une juridiction à cette fin.

L'arrêt qui avait écarté la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA a été cassé tandis qu'à l'inverse, le pourvoi dirigé contre le second arrêt qui avait ordonné la transcription en dépit de l'existence d'une convention de GPA a été rejeté.

Dans ces deux décisions, la Cour de cassation, au visa de l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a énoncé :

“Attendu qu’il résulte des deux premiers de ces textes que l’acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l’état civil sauf si d’autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l’acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité”.”

Il a été, ainsi, considéré, que les actes de naissance dont la transcription était demandée mentionnant comme père celui qui avait effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, devaient s'appliquer aux cas d'espèce.

Il s'ensuivait que la théorie de la fraude ne pouvait faire échec à la transcription de l'acte de naissance.

Ces décisions qualifiées par certains auteurs de “revirement a minima”⁶ ou de

6 Gouttenoire, A. « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à

changement de cap⁷, ou encore regardées comme laissant entrevoir “le bout du tunnel”⁸ ont été critiquées violemment par d’autres⁹.

Ces réactions sont révélatrices, comme on le verra, de la ligne de fracture qui oppose deux camps *a priori* irréconciliables : d’un côté les tenants de l’intérêt de l’enfant, qui faisant écho à la parole biblique¹⁰, considèrent que celui-ci, étranger aux manoeuvres de ses parents n’a pas en subir les conséquences¹¹, de l’autre, ceux attentifs avant tout à ne pas encourager le tourisme procréatif et la marchandisation du corps de la femme, en contravention du principe de droit essentiel de l’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes.

Ces décisions de l’Assemblée plénière faisaient suite aux arrêts de condamnation de la France rendus par la CEDH le 26 juin 2014 dans les affaires Y... et Z... qui avaient donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation de 2011.

Le communiqué de presse publié par la Cour de cassation sur son site internet “Arrêts relatifs à l’inscription à l’état civil d’enfants nés à l’étranger d’une GPA” fait d’ailleurs expressément référence aux arrêts de la CEDH, ce qui conduit à analyser la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

4.1.2 Jurisprudence de la CEDH

Dans les deux décisions¹² précitées, la Cour EDH, après avoir constaté que, sans ignorer que les enfants ont été identifiés aux États-Unis comme étant ceux des époux, la France leur avait nié cette qualité dans son ordre juridique, a estimé que cette contradiction portait atteinte à l’identité des enfants au sein de la société française.

Elle a considéré, tout en écartant l’atteinte au droit des parents à leur vie privée et familiale, que cette jurisprudence en empêchant totalement l’établissement du lien de filiation entre les enfants nés d’une gestation pour autrui – régulièrement – réalisée à l’étranger et leur père biologique, excédait la marge d’appréciation reconnue aux États dans leurs décisions relatives à la GPA.

l’étranger : un revirement a minima » JCP G., n° 38, 14 Septembre 2015, 965

7 Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C., « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », D. 2015, p.1819

8 Legrand, « Reconnaissance en France de la filiation d’un enfant né d’une GPA : le bout du tunnel ? », PA, 2015, n°156, p. 6

9 Hauser, J. « État civil des enfants nés à l’étranger d’une GPA : circulez y a rien à voir ! », RTD civ. 2015, p.581

10 “En ces jours-là, on ne dira plus: Les pères ont mangé des raisins verts, Et les dents des enfants en ont été agacées.” (Jérémie, 31, 28)

11 H. Fulchiron et et C. Bidaud-Garon “Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères” D. 2014. Chron. 1773

12 CEDH arrêts du 26 juin 2014 affaires Mennesson c. France,(requête n°65192/11) et Labassee c. France (requête n° 65941/11).

La Cour s'est prononcée de la sorte au terme d'un raisonnement dont il convient de résumer les développements successifs pour en saisir toute la portée :

- Elle a tenu, en premier lieu, pour acquis que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement le lien familial unissant les requérants s'analysait en une « ingérence » dans leur droit au respect de leur vie familiale et de leur vie privée et que pareille ingérence méconnaissait l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuivait un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et était « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre ;

- Elle a admis, en second lieu, que le Gouvernement français puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui », le refus de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procédant de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, de préserver les enfants et la mère porteuse,

- Elle a également estimé, après avoir apprécié les effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont disposait l'État français, que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménageait un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, s'agissant de leur droit au respect de leur vie familiale,

- Elle a, après avoir rappelé que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation et qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation, considéré, que l'enfant se trouvait à cet égard dans une situation d'incertitude juridique tant au niveau de sa nationalité que de l'ouverture de ses droits successoraux, relevant que la négation, dans l'ordre juridique français, de son lien de filiation, avec son père biologique porte atteinte à son identité au sein de la société française,

- Elle a retenu, par ailleurs, que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises mais portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté,

- Elle a estimé, en conséquence que se posait une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect devait guider

toute décision les concernant, d'autant plus, lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant (c'est nous qui soulignons),

- Elle en a, dès lors, conclu, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de l'enfant, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État français avait excédé ce que lui permettait sa marge d'appréciation et qu'étant donné aussi le poids qu'il y avait lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lors de la balance des intérêts en présence, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée avait été méconnu.

Saisie à nouveau d'un recours à la suite des arrêts précités de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 (1^{re} Civ., 13 sept. 2013, pourvois n° 12-30.138 et n°12-18.315), la CEDH a déclaré par deux arrêts rendus le 21 juillet 2016 que le refus de transcription ne constituait pas une violation du droit au respect de la vie familiale des parents mais constituait une violation du droit au respect de la vie privée des enfants issus de conventions de gestation pour autrui en Inde¹³.

Elle l'a encore confirmé dans une décision rendue le 19 janvier 2017 (Laborie c France, n°44024/13).

Enfin, dans une affaire n'intéressant pas cette fois, la France mais l'Italie, la Grande chambre de la CEDH, saisie par l'Italie d'un recours contre l'arrêt de chambre rendu le 27 janvier 2015 qui avait conclu à la violation de l'article 8 à l'égard des parents d'intention, a, dans un arrêt rendu le 24 janvier 2017, statué dans un sens totalement différent, concluant à l'absence de violation.

Il convient de rappeler les éléments de cette affaire qui présente sur de nombreux points des similitudes avec celle qui nous est soumise :

Donatina A... et Giovanni B..., ressortissants italiens, après avoir vainement tenté d'avoir un enfant, ont sollicité et obtenu en décembre 2006 un agrément judiciaire pour adopter un enfant étranger.

N'ayant pu adopter, ils ont décidé de recourir de nouveau à des techniques de procréation assistée et de faire appel à une mère porteuse en Russie.

Mme A... aurait déposé, selon elle, dans une clinique moscovite le liquide séminal de son mari.

Puis, une mère porteuse fut trouvée et Mme A... et M. B... conclurent une convention de gestation pour autrui (GPA) avec la société Rosjurconsulting.

13 CEDH, 21 juillet 2016, affaires Foulon et Bouvet c. France (n° 9063/14 et 10410/14)

Après fécondation in vitro, deux embryons furent implantés dans l'utérus de la mère porteuse en juin 2010.

L'enfant naquit à Moscou le.... A cette date, la mère porteuse donna son consentement écrit pour que l'enfant soit enregistré comme le fils du couple italien.

En mars 2011, le bureau d'état civil de Moscouregistra M. B... et Mme A... en tant que parents du nouveau-né.

Le certificat de naissance russe, indiquant qu'ils étaient les parents de l'enfant, fut apostillé conformément aux dispositions de la Convention de la Haye.

En avril 2011, Mme A..., munie du certificat de naissance, obtint du consulat d'Italie à Moscou les papiers lui permettant de rentrer en Italie avec l'enfant.

Le 30 avril 2011, elle arriva en Italie avec l'enfant. Par une note du 2 mai 2011, le consulat d'Italie à Moscou fit savoir au tribunal des mineurs de Campobasso, au ministère des Affaires étrangères, à la préfecture et à la ville de Colletorto que le dossier relatif à la naissance de l'enfant contenait des données fausses.

Quelques jours plus tard, M. B... demanda à la municipalité de Colletorto l'enregistrement du certificat de naissance.

Le 5 mai 2011, le parquet ouvrit une procédure pénale à l'encontre des requérants soupçonnés d'altération d'état civil, d'usage de faux et d'infraction à la loi sur l'adoption au motif qu'ils avaient amené l'enfant en Italie sans respecter la procédure légale.

Parallèlement, le ministère public près le tribunal pour mineurs de Campobasso demanda l'ouverture d'une procédure afin que l'enfant puisse être adopté, estimant que celui-ci devait être considéré en état d'abandon au sens de la loi.

Le même jour, le tribunal pour mineurs nomma un curateur spécial et ouvrit une procédure d'adoptabilité. A l'issue de cette procédure, le tribunal pour mineurs déclara le 5 juin 2013 que M. B... et Mme A... n'avaient plus la qualité pour agir dans la procédure d'adoption, étant donné qu'ils n'étaient ni les parents, ni les membres de la famille de l'enfant au sens légal.

Le 16 mai 2011, le tribunal pour mineurs mit l'enfant sous curatelle à la demande du procureur de la République. Le curateur demanda au tribunal de suspendre l'autorité parentale de M. B... et de Mme A..., en application de la loi sur l'adoption. Ces derniers firent opposition à ces mesures.

En juillet 2011, le tribunal ordonna de procéder à un test ADN pour établir si M. B... était le père biologique de l'enfant et le ministre de l'intérieur demanda au bureau d'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance. Le 1er août 2011, M.

B... et l'enfant se soumièrent à un test ADN, qui montra qu'il n'y avait pas de lien génétique entre eux. Le 4 août 2011, le bureau d'état civil de la municipalité de Colletorto refusa l'enregistrement du certificat de naissance et les parents d'intention introduisirent un recours contre ce refus devant le tribunal de Larino qui, le septembre 2011, se déclara incompétent. La procédure reprit devant la cour d'appel de Campobasso qui jugea que les parents d'intention n'étaient pas les parents biologiques. La cour d'appel observa que l'acte de naissance était faux et contraire à la loi russe. Elle estima qu'il était légitime de refuser la transcription du certificat de naissance russe ainsi que d'accueillir la demande du ministère public d'établir un nouvel acte de naissance. Elle ordonna par conséquent la délivrance d'un nouvel acte de naissance dans lequel il serait indiqué que l'enfant était né à Moscou, le 27 février 2011, de parents inconnus et décida qu'il lui serait attribué un nouveau nom.

Le 20 octobre 2011, par une décision immédiatement exécutoire, le tribunal pour mineurs ordonna l'éloignement de l'enfant, sa prise en charge par les services sociaux et son placement en foyer.

Mme A... et M. B... déposèrent un recours devant la cour d'appel de Campobasso, qui, par une décision rendue le 28 février 2012, rejeta le recours. Cette décision n'était pas susceptible de recours en cassation.

Entre temps, le 30 octobre 2011, le procureur de la République ordonna la saisie conservatoire du certificat de naissance russe. M. B... et Mme A... attaquèrent cette décision devant le tribunal de Campobasso qui rejeta leur recours. Pour le tribunal, il paraissait fondé qu'ils avaient eu une conduite illégale afin d'obtenir la transcription du certificat de naissance et contourner les lois italiennes.

Par exécution de la décision du 20 octobre 2011, l'enfant resta placé dans un foyer en lieu inconnu des requérants, pendant environ 15 mois. En janvier 2013, il fut placé dans une famille en vue de son adoption. En avril 2013, son tuteur demanda au tribunal pour mineurs d'attribuer une identité conventionnelle à l'enfant afin qu'il puisse être inscrit sans difficulté à l'école. L'adoption du mineur est devenue effective.

Invoquant l'article 8, à raison de la violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale, au motif que les mesures prises par les autorités qui ont conduit à l'éloignement définitif de l'enfant ont porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale Mme A... et M. B... ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme le 27 avril 2012.

Le 27 janvier 2015, une chambre de la deuxième section de la Cour a rendu un arrêt, concluant, par cinq voix contre deux, à la violation de l'article 8.

Le 27 avril 2015 le Gouvernement italien a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre conformément à l'article 43 de la Convention qui a rendu le 24

janvier la décision rappelée précédemment.

Pour rejeter toute violation de l'article 8, la Grande chambre a retenu tout d'abord que la relation entre les requérants et l'enfant ne relevait pas de la vie familiale au sens de l'article 8.

Elle note que, devant les juridictions italiennes, l'autorité parentale que les requérants ont exercée sur l'enfant a été implicitement reconnue dans la mesure où cette autorité a fait l'objet d'une demande de suspension. Elle constate toutefois que cette autorité était précaire. Selon le tribunal pour mineurs de Campobasso, les requérants étaient dans l'illégalité d'une part pour avoir amené en Italie un enfant étranger ne présentant aucun lien biologique avec aucun des deux, en violation des règles fixées en matière d'adoption internationale et d'autre part, pour avoir souscrit un accord prévoyant une fécondation contraire à l'interdiction de la procréation assistée hétérologue.

La Cour a déjà admis dans sa jurisprudence qu'en dépit de l'absence de liens biologiques et d'un lien de parenté juridiquement reconnu, il pouvait y avoir vie familiale entre les parents d'accueil qui avaient temporairement pris soin d'un enfant et celui-ci, en raison des forts liens personnels existant entre eux, du rôle assumé par les adultes vis-à-vis de l'enfant et du temps vécu ensemble.

La Cour observe que Mme A... et M. B... avaient tissé de forts liens affectifs avec l'enfant dans les premières étapes de sa vie, dont la qualité de ceux-ci ressort d'un rapport de l'équipe d'assistantes sociales demandé par le tribunal pour mineurs le 10 mai 2011. Mme A..., M. B... et l'enfant ont cohabité pendant six mois en Italie, Mme A... ayant auparavant vécu pendant environ deux mois avec l'enfant en Russie. La Cour observe que la fin des relations entre les requérants et l'enfant n'est pas directement imputable aux requérants, mais qu'elle est tout de même la conséquence de la précarité juridique qu'ils ont donnée aux liens en question en adoptant une conduite contraire au droit italien et en venant s'installer en Italie avec l'enfant. Les autorités italiennes ont rapidement réagi en demandant la suspension de l'autorité parentale et en ouvrant une procédure d'adoptabilité.

Compte tenu de l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, de la courte durée de la relation avec l'enfant et de la précarité juridique des liens entre eux, et malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Cour estime que les conditions propres à l'existence d'une vie familiale ne sont pas remplies. La Cour admet en revanche que les faits de la cause relèvent de la vie privée des requérants.

La Cour observe que les requérants ont été affectés par les décisions judiciaires ayant conduit à l'éloignement de l'enfant et à sa prise en charge par les services sociaux en vue de son adoption. Les mesures adoptées à l'égard de l'enfant s'analysent donc en une ingérence dans la vie privée des requérants. Une telle ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle est « prévue par la loi », poursuit un ou

plusieurs buts légitimes et qu'elle est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

La Cour estime qu'il était prévisible qu'en application du droit international privé, les juridictions italiennes jugent le droit italien applicable et que l'enfant soit en conséquence considéré comme étant en « état d'abandon » au sens de la loi sur l'adoption.

Dans la mesure où la conduite des requérants se heurtait à la loi sur l'adoption et à l'interdiction en droit italien des techniques de procréation assistée hétérologue, la Grande Chambre reconnaît – comme la chambre – que les mesures prises par les autorités tendaient à la « défense de l'ordre ».

Elle admet par ailleurs que ces mesures visaient également la protection des « droits et libertés » d'autrui. Sur ce dernier point, la Cour juge légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de protéger les enfants. Les mesures litigieuses répondaient donc à des buts légitimes.

Enfin, pour apprécier la nécessité des mesures litigieuses « dans une société démocratique », la Cour doit examiner si les motifs invoqués pour les justifier étaient pertinents et suffisants. De plus, selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu. Il y a lieu de tenir compte du fait qu'une marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales.

La Cour note que les juridictions nationales ont fondé leurs décisions sur l'absence de tout lien génétique entre Mme A..., M. B... et l'enfant, sur la violation de la législation nationale relative à l'adoption internationale et à la procréation médicalement assistée. Ces mesures ont eu pour effet de rompre immédiatement et définitivement tout contact entre les requérants et l'enfant, qui a été placé dans un foyer et mis sous tutelle.

Dans sa décision du 20 octobre 2011, le tribunal pour mineurs de Campobasso retint que Mme A... avait déclaré ne pas être la mère génétique ; que les ovules provenaient d'une femme inconnue ; que le test ADN infirmait l'existence de tout lien génétique entre M. B... et l'enfant ; que le couple avait payé une importante somme d'argent ; que rien ne prouvait que le matériel génétique de M. B... avait été réellement transporté en Russie. De plus, il ne s'agissait pas d'un cas de maternité subrogée traditionnelle car l'enfant n'avait aucun lien génétique avec les requérants. La seule certitude portait sur l'identité de la mère porteuse, qui n'était pas la mère génétique et qui avait renoncé à l'enfant mis au monde. Les parents génétiques demeuraient inconnus. Les requérants étaient dans l'illégalité car ils avaient emmené un enfant en Italie sans respecter la loi sur l'adoption. L'accord conclu par

eux avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la GPA qui interdisait la fécondation assistée hétérologue. La seule façon de mettre un terme à cette situation illégale était d'éloigner l'enfant. Le tribunal pour mineurs a estimé que, vu la courte période passée avec les requérants et son bas âge, le traumatisme de la séparation d'avec les requérants ne serait pas irréparable. Le tribunal a ajouté que, eu égard au fait que les requérants avaient préféré court-circuiter la loi sur l'adoption malgré l'agrément qu'ils avaient obtenu, on pouvait penser que l'enfant résultait d'un désir narcissique du couple ou était destiné à résoudre des problèmes de couple et qu'il était possible d'exprimer des doutes quant à la réelle capacité affective et éducative des requérants.

La Cour observe que les autorités internes se sont fondées sur deux séries d'arguments : l'illégalité de la conduite des requérants et l'urgence qu'il y avait à prendre des mesures concernant l'enfant qu'elles considéraient comme étant en état d'abandon au sens de la loi sur l'adoption. La Cour ne doute pas de la pertinence de ces motifs qui sont directement liés au but légitime de la défense de l'ordre et de la protection de l'enfant. Par ailleurs, centrés sur la situation de l'enfant et sur l'illégalité de la conduite des requérants, ces motifs étaient suffisants et proportionnés.

S'agissant de la proportionnalité, la Cour ne sous-estime pas l'impact de la séparation immédiate et irréversible de l'enfant sur la vie privée de Mme A... et M. B.... Cependant, l'intérêt général pesant lourdement dans la balance, la Cour observe qu'il convient, en comparaison, d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel en poursuivant leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien.

La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, tout en demeurant dans les limites de la marge d'appréciation dont elles disposaient.

Certains commentateurs ont vu dans cette décision "la volonté de la Cour, dans le respect du principe de subsidiarité, de ne pas offrir la protection de la Convention à une situation de « fait accompli », en violation du droit interne"¹⁴.

L'évolution des réponses apportées sur le plan juridique à la problématique de la GPA a conduit à en tirer, d'ores et déjà, un certain nombre de conséquences et a provoqué par ailleurs diverses initiatives.

14 F. Sudre, La Cour ferme la porte aux GPA illégales, JCP, Edit. G n° 7-8, 13 Février 2017, 176

4.1.3 Conséquences de cette évolution jurisprudentielle

Au regard de l'évolution de la jurisprudence, un certain nombre de décisions et d'initiatives ont été prises et des préconisations ont été formulées.

L'attention de la chancellerie ayant été appelée sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de Français, lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, le ministre de la justice, a, à la suite des arrêts Y... et Z... de la Cour de Strasbourg, rappelé aux parquets, dans une circulaire du 25 janvier 2013¹⁵ que "le fait que le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 précité".

Les requêtes en annulation de cette circulaire portées devant le Conseil d'État ont été rejetées¹⁶.

Par ailleurs, le juge des référés du Conseil d'État, saisi par une ressortissante française, qui s'était vu refuser par l'ambassade de France en Arménie un laissez-passer consulaire pour lui permettre de regagner le territoire français en compagnie d'un enfant, né en Arménie le 24 juin 2016, et dont l'acte de naissance, établi par le service d'état-civil arménien, indiquait qu'elle était sa mère, ce au motif que cette naissance résultait d'une convention de gestation pour autrui et que, dès lors, la requérante ne pouvait être regardée comme mère de l'enfant, a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant impliquait, dans les circonstances particulières de l'espèce, de ne pas séparer l'enfant de la requérante, et a enjoint au ministre des affaires étrangères et du développement international de délivrer, à titre provisoire, à l'enfant un document de voyage lui permettant d'entrer sur le territoire national¹⁷.

Ces développements ont également suscitées des initiatives parlementaires.

Ainsi, une proposition de loi autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui¹⁸ a été déposée au Sénat le 11 octobre 2016. Il est proposé d'insérer, après l'article 336-1 du code civil, un article 336-2 ainsi rédigé :

15 BOMJ n°2013-01 du 31 janvier 2013 - JUSC1301528C

16 CE, 12 décembre 2014, Association Juristes pour l'enfance et autres N°367324,366989,366710,365779, 367317,368861

17 CE, ordonnance du 3 août 2016, ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A. N° 401924

18 Texte n° 18 (2016-2017) de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 11 octobre 2016

« Art. 336-2. - Lorsque l'état civil de l'enfant a été établi par une autorité étrangère en conformité avec une décision de justice faisant suite à un protocole de gestation pour autrui, cet état civil est transcrit dans les registres français sans contestation possible aux conditions que la décision de justice soit conforme aux lois locales applicables, que le consentement libre et éclairé de la femme qui a porté l'enfant soit reconnu par cette décision et que les voies de recours contre cette décision soient épuisées. ».

L'exposé des motifs de cette proposition de loi énonce que :

“Le droit français considère que la maternité est certaine par le fait de l'accouchement (mater semper certa est). Aussi, en l'absence de transcription, la vie de ces familles devient compliquée à l'occasion de certains événements de la vie, ce qui place les enfants dans une situation très fragile et les prive d'un certain nombre de prérogatives : en cas de divorce des parents ou de décès de la mère d'intention, par exemple.

Par ailleurs, s'ils sont nés par gestation pour autrui dans un pays étranger qui ne reconnaît pas le droit du sol, ces enfants sont apatrides, sans aucune nationalité.

Cette situation n'est pas tolérable. Il n'est pas possible que ces enfants qui, selon la législation de leur pays d'origine, n'ont pas d'autres parents que ceux qui ont contracté un contrat de gestation pour autrui soient pénalisés du seul fait de leur mode de conception”.

Par ailleurs, d'autres parlementaires estimant que la jurisprudence de la CEDH risquait de faciliter le recours à la pratique de la gestation pour autrui dans la mesure où les couples qui auront, contre rémunération, obtenu une gestation pour autrui à l'étranger, pourront légaliser la situation de l'enfant, ont souhaité renforcer notre dispositif législatif de lutte contre la GPA.

C'est ainsi que plusieurs propositions de loi¹⁹ ont été déposées au Sénat visant à lutter contre les démarches engagées à l'étranger par des Français pour obtenir une gestation pour autrui, a été présentée au Sénat, le 20 octobre 2016.

Ces textes poursuivent, selon l'exposé de leurs motifs, le double objectif, d'une part, de renforcer les sanctions à l'encontre des agences qui organisent “ce trafic d'être humain” en augmentant les peines actuellement prévues par la loi, d'autre part, de prévoir l'application de la loi pénale française lorsque les délits sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant durablement sur le territoire français.

19 Texte n° 535 (2014-2015) de M. Jean-Pierre LELEUX et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 18 juin 2015 ; Texte n°63(2016-2017) de M. Jean-Pierre LELEUX et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 20 octobre 2016

Plusieurs propositions de résolution ont été également déposées devant le Parlement européen afin de voir affirmer l'interdiction de la GPA²⁰.

Le point 115 de la résolution adoptée le 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière²¹ *“condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises; estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme”*.

4.1.4 Analyse des réponses apportées en droit comparé²²

- En Espagne, le Tribunal supremo, en son assemblée civile plénière composée de neuf juges, par une décision du 6 février 2014 (Sentencia n°835/2013), a rejeté l'inscription de la filiation de deux enfants nés en Californie suite à un contrat de gestation pour autrui conclu par un couple marié homosexuel, telle qu'établie par les actes d'état civil étrangers, sur les registres nationaux de l'état civil, au motif que le contrat en cause est un contrat de gestation pour autrui, interdit par le droit espagnol. Dans cette affaire, deux hommes de nationalité espagnole s'étant mariés en 2005 ont eu recours aux services d'une mère porteuse en Californie, qui a donné naissance en 2008 à deux enfants. Les parents d'intention, ayant demandé leur inscription sur les registres du consulat d'Espagne à Los Angeles, ont produit des certificats de naissance établis par les autorités de l'État de Californie dans lesquels ils apparaissaient tous deux comme parents des enfants, conformément à la législation locale.

Le consulat leur ayant opposé un refus tiré de la prohibition en droit espagnol de la gestation pour autrui, les deux hommes ont formé un recours administratif, à l'issue duquel ils ont obtenu l'annulation de la décision de refus et l'inscription des enfants sur les registres de l'état civil espagnol. Sur recours du ministère public espagnol, se fondant sur la prohibition légale de la maternité de substitution, la décision a été annulée en première instance comme en appel. Le Tribunal supremo a jugé que l'ordre public espagnol s'oppose à ce qu'une filiation établie par des actes étrangers en vertu d'une loi autorisant le recours à la gestation pour autrui soit transcrite sur les registres espagnols de l'état civil. Rejetant le moyen tiré de ce que le refus d'inscrire la filiation sur les registres espagnols de l'état civil méconnaîtrait les droits de l'enfant notamment tels que protégés par l'article 8 de la Convention européenne

20 Proposition déposée le 14 mai 2015 B8 0524/2015

21 Résolution P8_TA(2015)0470 du 17 décembre 2015

22 Etude du bureau de droit comparé du Service d'études de documentation et du rapport de la Cour de cassation, Bull.n°831, 15 novembre 2015, p.6-7

des droits de l'homme, le Tribunal supremo souligne l'existence d'institutions, telles l'action en recherche de paternité à l'égard du père biologique, l'accueil familial ou l'adoption, de nature à permettre le développement et la protection de liens de filiation. Quatre juges ont adopté un vote divergent. Cette position a été confirmée par un acte du 2 février 2015 (ATS 335/2015).

- En Irlande, par six décisions du 7 novembre 2014 (263/2013 « M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors »), dont deux divergentes, la Supreme Court, composée de sept juges, a infirmé la décision d'une cour d'appel qui avait accepté la désignation à l'état civil de la mère ayant fourni son embryon comme mère d'un enfant né par recours à la gestation pour autrui. Dans cette affaire, les deux femmes étaient d'accord sur la désignation de la mère génétique d'intention comme mère légale. La Supreme Court rejette les moyens des parents d'intention, précisant qu'il revient à l'Oireachtas (parlement national) de modifier la loi en la matière.

- En Italie, la première section civile de la Corte suprema di cassazione, composée de cinq juges, par une décision du 11 novembre 2014 (Sentenza 24001/14), a rejeté le pourvoi de deux parents d'intention, qui ont eu recours à une gestation pour autrui d'un enfant conçu avec les gamètes de donneurs et n'entretenaient pas de lien biologique avec l'enfant, souffrant tous deux de pathologies entraînant la stérilité et qui étaient tous deux mentionnés comme parents par l'acte de naissance ukrainien de l'enfant. La Corte suprema di cassazione, relevant l'absence de lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant, refuse la transcription sur les registres italiens de l'état civil au motif de sa contrariété avec l'ordre public italien, notamment l'atteinte à la dignité humaine que constitue le recours à une mère porteuse, et confirme l'absence d'effet en Italie de la filiation indiquée dans les actes dressés en Ukraine, ainsi que le placement de l'enfant en vue d'une adoption, seule institution susceptible de permettre la réalisation d'un projet parental en l'absence de lien biologique entre parents et enfant.

La Corte suprema di cassazione rappelle la marge d'appréciation dont disposent les juridictions nationales pour l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui.

- En Allemagne, le Bundesgerichtshof, composé de cinq juges, par une décision du 10 décembre 2014 (Beschluss XII ZB 463/13), a reconnu un jugement californien indiquant deux hommes unis en Allemagne par un partenariat enregistré comme pères d'un enfant né en Californie d'une gestation pour autrui. Il a ainsi ordonné la transcription de la filiation des deux parents d'intention, un seul ayant un lien biologique avec l'enfant, telle qu'établie par un jugement étranger, sur les registres allemands de l'état civil. Le Bundesgerichtshof énonce qu'il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public par la seule attribution de la parenté légale aux parents d'intention dans un cas de gestation pour autrui si l'un des parents d'intention a un lien biologique avec l'enfant, cependant que la mère porteuse n'a pas de lien génétique avec l'enfant. Le Bundesgerichtshof relève notamment que priver l'enfant d'un lien

de parenté légale avec le second parent d'intention, dépourvu de lien biologique avec lui mais disposé, contrairement à la mère porteuse, à assumer des responsabilités parentales à son égard, reviendrait à porter atteinte au droit de l'enfant, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- Le Tribunal fédéral de Suisse (Bundesgericht/Tribunale federale), en sa deuxième section civile composée de cinq juges, par arrêt du 21 mai 2015 (5A748/2014), a décidé que le partenaire enregistré du père biologique d'un enfant né d'une mère porteuse en Californie ne peut pas se faire enregistrer en qualité de parent de l'enfant dans le registre de l'état civil suisse, la reconnaissance d'un jugement californien établissant cette paternité n'étant pas compatible avec l'ordre public suisse. Le Tribunal fédéral estime compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme le rejet de la réquisition d'inscription d'un deuxième père dans la mesure où ce rejet ne fait naître aucune insécurité juridique pour l'enfant du point de vue de son droit à une filiation et à une vie familiale, le père biologique étant connu et légalement désigné comme tel, et l'enfant se voyant garantir de pouvoir demeurer en Suisse au sein de sa famille. Dans le même sens, une décision du 14 septembre 2015 (5A 443/2014) a refusé la transcription de la filiation établie par un certificat de naissance suite à une décision d'une juridiction californienne dans une espèce où les enfants issus d'une gestation pour autrui étaient dépourvus de lien biologique avec les parents d'intention.

4.2.4 Opinion doctrinale

L'ensemble de ces décisions a suscité de nombreux commentaires de la doctrine dont la lecture révèle une ligne de fracture majeure entre deux conceptions opposées, les appréciations juridiques s'entremêlant souvent de considérations extérieures.

Certains ont vu, dans le dernier état de la jurisprudence européenne et française, la consécration du fait accompli, d'autres les prémisses, voire la confirmation d'un bouleversement majeur du droit de la filiation, justifiant l'intervention du législateur d'autres, à l'inverse, la juste prise en considération du primat de l'intérêt supérieur des enfants.

Consécration du fait accompli.

Les arrêts de la CEDH ont été critiqués en ce que cette juridiction n'aurait pas *“en présence d'une question éthique disputée, en l'absence de tout consensus européen, [...] hésité à faire prévaloir son appréciation personnelle sur celle des autorités françaises, rappelant à cette occasion que la « marge d'appréciation », ultime soupape de sécurité pour la démocratie, était purement incantatoire, car*

laissée à son appréciation, quant à elle, discrétionnaire".²³

Il était souligné que ces décisions constituaient une *"nouvelle manifestation de l'orgueil proprement aristocratique d'une juridiction qui, à la différence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, ne semble vouloir fixer aucune limite (autre que celle de sa volonté) à son office, les arrêts Y... et Z... [étant] une parfaite illustration des dérives de l'instrumentalisation contemporaine des droits de l'homme"*²⁴.

Il était également fait observer par J. Hauser que si cette jurisprudence ne condamnait pas l'interdiction de la GPA par l'article 16-7 du code civil, elle en annulait *"peu ou prou la portée puisque le contournement se fera par l'intérêt de l'enfant devenu un pur « fait accompli »"*²⁵ et que *"l'enfant « fait accompli », après l'enfant conventionnel de 1994²⁶ est une idée respectable, mais courte, qui ne saurait résumer la complexité de la question en ce qu'elle occulte complètement la mère porteuse et la responsabilité des parents de commande à son égard. Dans la mesure où l'arrêt n'avait pas à introduire de distinctions, ni n'en avait le pouvoir, c'est la porte ouverte, sans limite claire, à toutes les GPA. On regrettera, en passant, qu'une fois de plus, l'Europe ait été totalement incapable de trouver une solution commune"*²⁷.

Opinion partagée par Claire Neirinck²⁸, pour qui *"la transcription sur les registres de l'état civil revient à valider sans réserve le fait frauduleusement accompli"*.

C'est pourquoi les tenants de cette ligne invitaient l'assemblée plénière à conserver la jurisprudence de la première chambre civile *"tout à la fois respectueuse du droit français et du droit européen"*.

Ces auteurs émettaient l'opinion que *"si la Cour de cassation abandonnait son appréciation au profit de celle de la Cour européenne, dans un dialogue des juges aux allures de soumission volontaire, au moins le ferait-elle en toute connaissance de cause, en ayant pleinement conscience de la signification et des conséquences de sa décision. Reconnaître la filiation des enfants, c'est autoriser ce que le législateur - et l'assemblée plénière avant lui - a interdit : la pratique des mères porteuses. En effet, il n'est pas seulement hypocrite, mais également inexact,*

23 F. Chénéde L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger D. 2015 p.1172

24 Ibid.

25 J. Hauser État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! RTD Civ. 2014 p. 616

26 J. Hauser, L'enfant conventionnel, D. 1996.182

27 J. Hauser État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! RTD Civ. 2014 p. 616

28 C. Neirinck, "Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui !" Droit de la famille n° 9, Septembre 2014, comm. 128

comme l'ont d'ailleurs reconnu certains juges de la CEDH, de distinguer le sort des enfants de celui de l'interdiction de la GPA. L'établissement de leur filiation à l'égard des parents d'intention est l'objet même de la maternité pour autrui, qui ne se résume pas au fait pour la mère gestatrice de porter l'enfant (maternité...), mais comprend également le renoncement à établir sa parenté au profit de celle des commanditaires (...pour autrui). En refusant de donner effet à la violation délibérée de l'article 16-7 du code civil, la première chambre civile a souhaité préserver cet interdit. En fermant les yeux sur son contournement, l'assemblée plénière déciderait de son abandon".²⁹

C'est dire qu'en répondant négativement dans les arrêts du 3 juillet 2015, à la question de savoir si le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut être motivé par le seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA, la décision de la Cour de cassation pouvait être regardée comme entérinant, de fait, le coup de force de parents qui, en connaissance de cause, ont entendu contourner la prohibition française en profitant à l'étranger, moyennant finances, d'une législation bienveillante.

On a pu voir dans cette dernière évolution jurisprudentielle *“une solution contra legem, en opposition avec l'article 16-7 du Code civil, sauf à considérer qu'il s'agit seulement d'apporter une exception à ce texte lorsque la convention de GPA a été exécutée à l'étranger”³⁰.*

On a pu également y déceler la manifestation de la volonté de la Cour de cassation en, limitant le débat à une simple question d'état civil de *“renvoyer la Cour européenne des droits de l'homme à sa curieuse méthodologie de fait et aux contradictions de son arrêt”* bien qu'il soit observé que *“l'on savait bien que réduire la question à un simple problème de paperasses à l'état civil n'était que l'affichage immédiat et conduisait à mettre la poussière sous le tapis. L'état civil, au sens formel, n'est qu'une apparence administrative provisoire destinée à éventuellement être détruite par les actions en réclamation ou en contestation d'état. La question posée n'était pas, à court terme, une question d'état civil, état civil que l'enfant avait déjà à l'étranger, mais celle d'une inadéquation entre son statut civil et les circonstances de sa procréation”³¹*

29 F. Chénéde L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger D. 2015 p.1172

30 Gouttenoire, A. « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima » JCP G., n° 38, 14 Septembre 2015, 965

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

Bouleversement du droit de la filiation

Certains auteurs ont considéré que si la Cour de cassation dans les arrêts de 2015 a semblé régler, en apparence, *“par une approche de scribe”* une affaire technique de transcription d'état civil, la question qui lui était posée concernait en réalité la filiation et que par la réponse qui lui a été donnée, elle a modifié la notion même de filiation, *“de deux façons. En premier lieu, la filiation est présentée comme une affaire privée ; en second lieu, la filiation est présentée comme un lien biologique” dont il est déduit qu'il faut “admettre que, d'une façon irréfragable, celui qui a un lien biologique avec l'enfant est au regard du droit français le père de l'enfant”³².*

Considérant que *“la filiation est une institution et en tant que telle, seul le législateur est légitime à la modifier d'une façon aussi substantielle”*, Marie-Anne Frison-Roche estime que par les arrêts de 2015, la Cour de cassation qui a fait prévaloir la parole du père biologique sur l'État et son ordre public a dépossédé celui-ci de son pouvoir, car il *“est désormais clair : s'il y a un « lien biologique » entre l'homme qui déclare l'enfant à l'état civil et l'enfant déclaré, alors l'État français n'a, selon la Cour de cassation, plus rien à dire”*.

Aussi, cet auteur fait-il grief à la Cour de cassation d'avoir en réduisant la filiation à un simple lien biologique, *“fait sans doute le pire”* car *“elle a tout à la fois détruit l'institution politique de la filiation”* mais également adopté une *“démarche casuistique ôtant tout repère pour la suite”³³*, ce qui imposerait l'intervention du législateur.

Cette opinion est, toutefois, réfutée par d'autres auteurs qui observent au contraire que *“trop vite accusée de s'ériger en législateur et d'aller à l'encontre des choix démocratiquement effectués par la représentation nationale, la Cour fait ici preuve de retenue. Respectant la lettre de sa saisine, elle se contente de remplir son rôle : statuer en droit sur la question qui lui était posée”*, tout en reconnaissant également qu'il appartient au "législateur de prendre ses responsabilités"³⁴.

Appel à l'intervention du législateur.

M.A Frison Roche est, en effet, d'avis que *“parce que le juge semble avoir abandonné les femmes et les enfants à leur sort, devenus matériel humain à la disposition des plus riches [...], c'est aujourd'hui au législateur de restaurer les principes élémentaires par lesquels les personnes et les choses ne sont pas*

32 M-A Frison-Roche, Maternités de substitution (Gestation pour autrui - GPA) Petites affiches, 08 octobre 2015 n° 201, P. 10

33 Ibid.

34 H. Fulchiron, Ch.Bidaud-Garon, Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation, D. 2015. 1819

*interchangeables suivant la fortune de chacun*³⁵.

D'autres auteurs, tout en estimant à l'inverse que l' *"approche minimaliste [de la Cour de cassation] est sans doute la moins mauvaise, dès lors qu'elle est celle du juge dont les pouvoirs en matière d'élaboration du contenu des règles de droit sont, par définition, limités"* et en relevant qu' *"il apparaît finalement que la Cour de cassation, à la suite de la Cour EDH, n'accepte de reconnaître les effets, en matière de filiation, d'une GPA conclue à l'étranger que dans la mesure où ces derniers - et non la GPA elle-même - ne heurtent pas de principes essentiels du droit de l'État dans lequel leur reconnaissance est sollicitée. Il ne s'agit pas du tout de reconnaître la GPA en elle-même, ce qui serait contraire aux textes qui la prohibent dans notre espace juridique, mais d'en admettre les effets dont la négation serait disproportionnée au regard des règles relatives à la filiation et au droit à l'identité de l'enfant"*, ont exprimé également l'avis qu' il revient au législateur de prendre le relais *"pour apporter une solution globale aux enfants nés d'une GPA à l'étranger, sans pour autant remettre en cause la prohibition de la GPA sur le territoire français"*³⁶.

Il a pu être, toutefois, relevé que le législateur *"ne semble pas pressé d'intervenir sur un sujet hautement sensible"*³⁷

Primat de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour d'autres auteurs, les arrêts de la CEDH et le revirement opéré par la Cour de cassation dans les arrêts de 2015, viennent justement consacrer le primat de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme l'a souligné Antoine Gouëzel, l'intérêt de l'enfant est omniprésent dans le contentieux du droit familial³⁸.

C'est au nom de cet intérêt que de nombreux auteurs, avaient dénoncé la "solution boiteuse inadmissible" à laquelle avait conduit la "promotion de l'ordre public international français"³⁹ par la Cour de cassation dans les arrêts de 2013.

Ceux-ci considéraient, en effet, que l'intérêt des enfants était totalement occulté et

35 M-A Frison-Roche, Maternités de substitution (Gestation pour autrui - GPA) Petites affiches, 08 octobre 2015 n° 201, P. 10

36 A. Gouttenoire, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima » JCP G., n° 38, 14 Septembre 2015, 965.

37 H. Fulchiron, Ch.Bidaud-Garon, Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation, D. 2015. 1819

38 A. Gouëzel, "Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ? Droit de la famille n° 4, Avril 2014, étude 6

39 Farge, "Quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible", Dr. fam., sept.-oct. 2010. 23

en avaient appelé à sa “revalorisation”⁴⁰.

Il insistaient notamment sur le fait que le refus de la reconnaissance de la filiation avait pour conséquence d'affecter directement les enfants frappés de clandestinité juridique, d'entraver leur communauté de vie effective et affective avec leurs parents d'intention, de les priver de droits successoraux et de compliquer concrètement la vie familiale dans l'accomplissement de diverses formalités administratives⁴¹.

Il n'est pas étonnant que les tenants de ce courant se soient réjouis de voir consacrer par les arrêts de la CEDH, le primat de l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'autres se sont montrés en revanche plus critiques.

A l'instar de Jean Hauser qui considère que l'intérêt de l'enfant “peut conduire à tout permettre et à ne rien interdire puisqu'il [l'enfant] suffit qu'il soit là”⁴².

Henri Groutel ne s'était-il pas, il est vrai, écrié, de manière volontairement provocatrice, “l'intérêt de l'enfant, n'est-ce pas la subversion ? Ne faut-il pas, dès lors, le bannir de l'ordre juridique?”⁴³

4.2 Questions spécifiquement posées par l'espèce soumise au contrôle de la Cour de cassation.

L'affaire qui est soumise à la Cour de cassation présente de nombreux points communs avec les espèces jugées en 2011 mais soulèvent également des questions inédites.

Comme en 2011, des époux de nationalité française se sont rendus aux Etats-unis, dans l'Etat de Californie, cette fois, pour y conclure une convention de gestation pour autrui.

Aux États-Unis, il n'existe aucune législation fédérale sur ce sujet et les États acceptant la gestation pour autrui constituent une minorité.

L'Etat de Californie est l'un de ceux-là.

40 Marguénaud, La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, RTD civ. 2014. 835

41 J.Foyer Répertoire de droit international n°218

42 J. Hauser “État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !”, RTD Civ. 2014, p. 616

43 H. Groutel, L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation : Thèse Poitiers, 1968, n° 362.

Selon l'étude de législation comparée effectuée par le service des études juridiques du Sénat⁴⁴, c'est dans sa décision Johnson v. Calvert, rendue en 1993, que la Cour suprême de Californie a établi pour la première fois que les parents légaux d'un enfant étaient ceux qui avaient l'intention de l'être dès la conception.

Dans cette affaire, où la mère porteuse et la mère génétique se contestaient mutuellement la filiation maternelle, la Cour suprême a considéré qu'elles étaient toutes deux les mères « naturelles » de l'enfant, puisque, selon la loi californienne, la maternité est prouvée soit par l'accouchement soit par un test génétique.

Pour établir la filiation juridique, il fallait, selon la Cour suprême, se placer au moment de la conception.

À cette date, seule la mère biologique avait l'intention d'être la mère de l'enfant. Par conséquent, c'est elle qui a été reconnue comme la mère légale de l'enfant.

Par ailleurs, les tribunaux ont progressivement admis que les parents commanditaires peuvent, s'ils sont les parents génétiques de l'enfant à naître, obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation.

Ils peuvent en effet, par une procédure à laquelle la mère porteuse et son éventuel conjoint doivent consentir, demander au tribunal qu'il rende, avant la naissance, une décision selon laquelle :

- ils sont les parents légaux de l'enfant et ont le droit de lui donner un prénom ;
- la mère porteuse et son conjoint n'ont pas de droit ni de responsabilité légale à l'égard de l'enfant ;
- le personnel de l'établissement où l'accouchement a lieu doit porter le nom des parents commanditaires sur la déclaration de naissance.

Comme dans les affaires de 2011, de 2013 et de 2015, c'est la transcription de l'acte d'état civil étranger sur les registres de l'état civil français qui était demandée.

En revanche, à la différence des affaires de 2011 où un jugement d'un tribunal de l'Etat du Minnesota avait constaté, après qu'un test ait été pratiqué, le lien biologique du père avec l'enfant, en l'espèce, il a été produit une décision de la Cour supérieure de l'Etat de Californie du 17 septembre 2010, déclarant les époux X... parents légaux d'enfants à naître entre le 1^{er} août 2010 et le 1^{er} janvier 2011 et indiquant que le patrimoine génétique de M. X... avait été utilisé (propre sperme).

44 Etude de législation comparée, n° 182 - janvier 2008 - La gestation pour autrui. les lignes suivantes du rapport sont reprises de cette étude.

La Cour d'appel a considéré que ce seul élément était insuffisant à établir que le père d'intention était le père biologique, en l'absence d'éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle qui avait été pratiquée.

Or le lien biologique entre l'enfant et le père d'intention a été, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, un élément essentiel du raisonnement suivi par la CEDH pour caractériser l'atteinte à la vie privée de l'enfant.

Autre différence majeure, cette fois, avec les arrêts de 2015.

En effet, alors que les actes de naissance dont la transcription était sollicitée mentionnaient comme mère, la gestatrice, dans la présente affaire, la mère indiquée dans l'acte est la "mère d'intention".

Il convient, à cet égard de rappeler que la Cour de cassation a pris soin de préciser dans le communiqué publié à l'issue des arrêts rendus par l'Assemblée plénière que *"les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure"*.

Cet avertissement destiné à éviter toute méprise sur la portée des arrêts se trouve, d'ailleurs, réitéré dans la note publiée au bulletin d'information⁴⁵ et dans le rapport annuel de la Cour de cassation⁴⁶.

Les commentateurs n'ont pas manqué de souligner les limites de ces décisions.

Ainsi, A. Gouttenoire a-t-il estimé que *"la réponse que ferait la Cour de cassation si l'acte de naissance avait indiqué une mère d'intention comme mère juridique de l'enfant ne peut être déduite des arrêts de 2015"* et que *"la prudence de la Cour de cassation et la référence marquée à la réalité des faits doivent être interprétées comme la volonté de ne pas aller plus loin dans la reconnaissance des effets de la GPA conclue à l'étranger"*⁴⁷.

H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ont relevé de leur côté que *"ce revirement [de la Cour de cassation] reste limité, compte tenu à la fois du cadre très particulier dans lequel il intervient et des carences de l'instrument utilisé"* et observant que *"dans les espèces soumises à la Cour [...], la mère ayant accouché était bien la mère qui était mentionnée dans l'acte de naissance. Aucune difficulté ne se posait donc"*, ont envisagé qu' *"il pourrait en aller différemment si la femme mentionnée dans l'acte de*

45 Bulletin d'information de la Cour de cassation, n°831, 15 novembre 2015, p. 12-13

46 Rapport annuel de la Cour de cassation, 2015, Livre III, Jurisprudence.

47 "État civil - La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima", JCP G n° 38, 14 Septembre 2015, 965.

*naissance en tant que mère est une autre femme que celle qui a accouché. En effet, au niveau de la seule force probante de l'acte étranger, cela pourrait justifier un défaut de régularité car il y aurait non respect d'une règle jugée impérative par le droit français : mater semper certa... donc la mère qui est mentionnée dans l'acte de naissance doit être la femme qui a accouché, sauf les cas d'adoption évidemment".*⁴⁸

Sylvain Bollée a noté, pour sa part que *"la configuration des deux espèces n'obligeait pas l'assemblée plénière à se montrer plus discrète, et notamment à se prononcer sur une question bien distincte qui s'était posée dans d'autres affaires. [...] Concrètement, l'enjeu concerne la mère d'intention ou, dans un couple d'hommes, celui qui n'a pas fourni son matériel génétique"*⁴⁹

Autre différence avec les arrêts de 2015, les mentions portées sur l'acte d'état civil de l'enfant en ce qui concerne l'indication de ses père et mère l'a été, en vertu d'une décision de justice étrangère qui, par anticipation, avait dit les époux X..., parents légaux de l'enfant à naître.

A raison des particularités de l'espèce, il est donc nécessaire de définir précisément les termes du débat juridique tel que posé devant la cour d'appel et tel que délimité par le moyen de cassation.

La demande des époux X... visait à obtenir la transcription sur les registres de l'état civil français, d'un acte d'état civil dressé à l'étranger par l'autorité compétente.

L'article 47 du code civil dispose que :

"Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité."

Les actes de l'état civil établis par les autorités locales étrangères étant efficaces en France en application de l'article 47 du Code civil pour les ressortissants français établis à l'étranger, le recours à l'état civil consulaire français est donc en principe facultatif.

En l'espèce, le 27 janvier 2011, la mairie de Montgeron, commune où sont domiciliés les époux X..., a transmis à l'agent consulaire chargé de l'état civil à Los Angeles, la demande des époux X..., faite par courrier du 10 décembre 2010, de

48 Recueil Dalloz 2015 p.1819, "Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation".

49 "GPA : si le père est certain...", *Dr. famille* n° 9, septembre 2015, repère 8.

transcription des actes de naissance des enfants P... et P... X....

Aux termes de l'alinéa 1er de l'article 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifié :

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

Aux termes de l'alinéa 2 du texte précité, "Seules sont transcrites les indications qui doivent être portées dans les actes de l'état civil français correspondant" .

La transcription ne contient en conséquence que les seules énonciations connues de notre droit.

En l'absence de délai fixé pour solliciter la transcription, la jurisprudence considère que celle-ci peut intervenir à tout moment, même plusieurs années après l'établissement de l'acte par les autorités étrangères (Cass. 1re civ., 9 déc. 1963 : Bull. civ. 1963, I, n° 542).

Aux termes de l'article 5, alinéa 2 du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008 (JO 4 juin 2008), "Dans les conditions prévues par les premier et troisième alinéas de l'article 7 du décret du 3 août 1962 susvisé, ils transcrivent également sur ces registres les actes concernant les Français, établis par les autorités locales, lorsqu'ils sont conformes aux dispositions de l'article 47 du Code civil et sous réserve qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public".

Ainsi la transcription d'un acte peut être refusée (Jurisclasseur civil, Fascicule 20, n°99):

– d'une part si cet acte ne remplit pas les conditions exigées par l'article 47 soit parce n'ayant pas été "rédigé dans les formes usitées dans ce pays" , il ne peut être considéré comme régulier en la forme soit parce que bien que régulier en la forme, il apparaît dépourvu de force probante compte tenu d'autres éléments dont a connaissance l'officier de l'état civil consulaire ;

– d'autre part, si cet acte, régulier en la forme et dont la valeur probante n'est pas contestable, constate un événement d'état civil contraire à l'ordre public français.

La transcription, comme le souligne M. le conseiller Soulard, dans son rapport dans les affaires soumises en 2015 à l'Assemblée plénière, n'est pas constitutive de droits, ce sur quoi s'accordent l'ensemble des auteurs.

Ainsi, M. Hugues Fulchiron et Mme Christine Bidaud-Garon relèvent-ils que "L'acte

*de l'état civil doit être distingué de l'état de la personne: il en est, en l'état actuel du droit, uniquement le mode de preuve. Il ne fait que prouver que tel événement (faits ou actes juridiques) intéressant l'état des personnes s'est produit à l'étranger ; il ne garantit nullement que l'état de la personne dont il atteste sera reconnu en France*⁵⁰

Ils notent, toutefois, que *“Si la transcription a été un enjeu majeur dans les affaires de gestation pour autrui (alors même que la transcription des actes de naissance est facultative), c'est parce que, si elle n'équivaut pas à la reconnaissance de la filiation, elle permet tout de même l'inscription de « l'événement étranger » intéressant l'état civil dans les registres français de l'état civil”*⁵¹.

En l'espèce, le 3 juin 2011, le poste consulaire de Los Angeles a demandé au procureur de la République de Nantes de surseoir à l'exploitation des actes de naissance des enfants eu égard à une suspicion de naissance par mère porteuse et a joint une demande de transcription de l'acte de naissance de chacun des enfants, signée par les époux X... le 7 avril 2011, reconnaissant être informés qu'en vue de la transcription, l'officier de l'état civil français s'assure de la régularité de l'acte étranger produit.

Par courrier en date du 14 mai 2012, le procureur de la République de Nantes a informé les époux X... de son refus de transcrire les actes de naissance sollicités au motif qu'après enquête confiée au parquet d'Evry, des indices sérieux laissaient à penser que ceux-ci avaient eu recours à une gestation pour autrui, en l'absence notamment de présentation du suivi médical de la grossesse de Mme X..., alors âgée de 52 ans et de justification de la nécessité d'aller accoucher aux Etats-Unis.

4.2.1 Les quatre premières branches du moyen sont pris d'une violation de l'article 47 du code civil.

Le mémoire ampliatif fait valoir que *“l'exigence tenant à ce que les énonciations de l'acte de naissance correspondent à la réalité doit donc être interprétée comme visant la réalité juridique et non pas biologique, sauf à priver d'effet l'acte de naissance établi conformément au droit en vigueur dans le pays étranger et mentionnant au titre de la filiation maternelle la mère d'intention et non pas la femme ayant accouché”*.

La question que le moyen invite notre Cour à trancher est essentielle, c'est celle de l'interprétation même de la notion de réalité au sens de l'article 47.

50 H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et*

Campanelli-Paradiso de la Cour EDH, Revue critique de droit international privé, 2015, n° 1.

51 Ibid.

Réalité du fait matériel c'est-à-dire en l'occurrence, de l'accouchement?

Réalité biologique c'est-à-dire existence d'un lien génétique unissant la mère à l'enfant?

Réalité juridique telle que reconnue par la loi étrangère?

La doctrine est, à cet égard, partagée sur ce point fondamental.

En effet, la mère est dans notre droit de la filiation, selon l'adage *Mater semper certa est*, celle qui a accouché de l'enfant.

Mais la gestation pour autrui recouvre une variété de situations qui font que la gestatrice n'est pas nécessairement la mère "biologique" et que parfois la filiation biologique elle-même se divise.

En effet, l'enfant a pu être conçu avec les gamètes de la mère d'intention ou encore avec les gamètes d'une donneuse, de sorte que, dans ce dernier cas, la mère biologique au sens génétique n'est ni la mère porteuse ni la mère d'intention.

Plusieurs auteurs ont émis des craintes sur le bouleversement qui résulterait de l'abandon dans notre droit de la filiation de cette règle cardinale.

Cette règle avait paru être, au demeurant, consacrée par la CEDH dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁵².

Dans cette affaire, la Cour a conclu, en effet, à la violation de l'article 8 du fait qu'en droit belge, l'établissement de la filiation maternelle "naturelle" ne résulte pas du seul fait de l'accouchement, ni même de la mention - que l'article 57 du code civil rend obligatoire - du nom de la mère dans l'acte de naissance, les articles 334 et 341a exigeant une reconnaissance volontaire ou déclaration judiciaire de maternité.

Il convient de souligner que c'est l'existence d'un lien biologique entre le père et les enfants qui a déterminé la jurisprudence de la CEDH.

C'est, en effet, en raison de l'élément identitaire que constitue pour un enfant sa filiation qu'il ne saurait, pour la Cour de Strasbourg, être privé, sauf à méconnaître son intérêt supérieur (arrêt *Y...*, précité, § 100) du lien juridique de filiation que lui-même et son parent revendiquent.

La circonstance que les actes d'état civil étrangers des enfants X... désignent les parents d'intention comme les parents et que ces actes aient été établis en exécution d'une décision de justice rendue dans l'Etat étranger, conformément à la loi locale, suffit-elle à justifier la transcription?

52 CEDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n°6833/74

Autrement dit, la preuve des faits relatés dans l'acte s'impose-t-elle, dans ces conditions, de manière irréfragable à l'autorité française de l'état civil?

Il convient à cet égard de relever que devant les juges du fond, les époux X... n'ont pas invoqué les dispositions de l'article 509 du code de procédure civile, ce que la cour d'appel a, d'ailleurs, relevé dans les motifs de sa décision.

L'article 509 du Code de procédure civile dispose que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ».

Il en résulte que les jugements étrangers concernant l'état des personnes ne sont pas soumis à l'exigence préalable de la formalité de l'exequatur pour être efficaces en France, sauf s'il est nécessaire de recourir à des mesures d'exécution forcée.

Toutefois, la reconnaissance de ces décisions est subordonnée à leur régularité internationale (1^{re} Civ., 7 avril 1998, pourvoi n°96-12.785) et notamment à leur conformité à l'ordre public international de procédure et de fond et à l'absence de fraude, ce que le juge doit vérifier d'office (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n°11-10.588 ; 1^{re} Civ., 17 décembre 2014, pourvoi n°13-21.365).

L'on peut s'interroger, à cet égard, sur la nature de la décision américaine (production n°1).

Celle-ci peut-elle être regardée comme tranchant une question d'état, selon la loi désignée par sa règle de conflit, comme le soutient la troisième branche, alors qu'elle n'a pour objet que de déterminer, au contradictoire de la mère porteuse et de son mari les mentions à porter sur les actes de naissance des enfants à naître, les époux X... devant être désignés parents légaux?⁵³

En l'espèce, pour dénier toute force probante aux actes d'état civil étrangers, la cour d'appel a relevé :

- s'agissant du père

53 Stéphanie Mauclair cite dans "L'insoluble question de la gestation pour autrui" RJPF, N° 11, 1^{er} novembre 2016, note 5, une décision d'une cour d'appel de Californie du 10 mars 1998, décidant que c'est l'intention d'être parents qui donne le statut légal de parent et déclarant la mère d'intention comme mère juridiquement alors même que l'enfant n'avait aucun lien biologique avec elle ni même avec le père d'intention.

d'une part "qu'il n'a été produit aucun certificat médical délivré dans le pays de naissance attestant de la filiation biologique paternelle", d'autre part que "que la décision rendue par la cour supérieure de l'Etat de Californie (comté de San Diego) du 17 septembre 2010 concernant les époux X... et les époux C... et June D... au sujet d'une paternité et d'une maternité de substitution (paternity et maternity via gestational surrogacy), déclarant les époux X... parents légaux d'enfants à naître entre le 1er août 2010 et le 1er janvier 2011, précisant que le patrimoine génétique de M. X... a été utilisé (propre sperme), est insuffisante à démontrer que le père d'intention serait le père biologique en l'absence d'éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle qui a été pratiquée"

- s'agissant de la mère,

"que le dossier constitué par le consulat général de France à Los Angeles a mis en évidence que le couple X... est arrivé sur le sol américain le 22 octobre 2010 au vu du tampon figurant sur leurs passeports, soit quelques jours avant la naissance des deux enfants, que le médecin accoucheur, le Dr Mark D. E..., dont le nom est mentionné sur l'acte de naissance, est spécialisé dans les traitements de grossesse par mère porteuse, que celui-ci a fourni un certificat daté du 12 avril 2011 attestant avoir suivi la grossesse gémellaire de Mme X..., que celle-ci a adressé tardivement aux organismes sociaux une déclaration de grossesse, que la cour supérieure de l'Etat de Californie (comté de San Diego) du 17 septembre 2010 a rendu une décision concernant les époux X... et les époux C... D... et June D... au sujet d'une paternité et d'une maternité de substitution (paternity et maternity via gestational surrogacy), déclarant les époux X... parents légaux d'enfants à naître entre le 1er août 2010 et le 1er janvier 2011, précisant que le patrimoine génétique de M. X... a été utilisé, que les embryons transférés dans l'utérus de Mme June D... sont issus de la fécondation d'un ovule par don par le propre sperme de M. X..., et que les époux D... s'engagent à ne pas revendiquer leur filiation à l'égard des enfants à naître ;

Qu'il en résulte que les documents de "grossesse" de Mme X... (fausse déclaration de grossesse) ainsi que les certificats d'accouchement désignant celle-ci en qualité de mère, sont des faux ;

Que les auditions et les vérifications auxquelles il a été procédé par les autorités consulaires et par le commissariat de Montgeron (91) permettent d'asseoir la certitude de la fausseté de la grossesse de Mme X... et de son accouchement ;

[...] que les faits déclarés par les époux X... lors de l'établissement des actes de naissance établis par le service de l'état civil californien sur la filiation maternelle des enfants, ne correspondent donc pas à la réalité, l'épouse, Mme X..., désignée comme mère, n'ayant pas accouché de l'enfant".

Il convient de rappeler, à cet égard, que l'appréciation de la valeur probante d'un acte, au regard de l'article 47 du code civil, est abandonné par la Cour de cassation

au pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 4 janvier 2017, pourvois n°15-18.468 et n°15-18.469 ; 1^{re} Civ., 20 octobre 2000, pourvoi n°98-22.105, Bull. I, n° 263 ; 1^{re} Civ., 19 mars 1996, pourvoi n°94-13.232).

4.2.2 Les cinquième et sixième branches du moyen sont pris d'une violation de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3,§ 1, de la convention internationale des droits de l'enfant.

Le droit au respect de la vie familiale, est consacré par l'article 8 de la Convention des droits de l'homme qui dispose que :

"1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

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

Comme le souligne, M. le conseiller Soulard, dans son rapport précité, la Cour de Strasbourg a donné de la vie familiale une définition large, celle-ci ne devant pas être entendue comme limitée aux seules relations fondées sur le mariage mais devant à d'autres liens "familiaux" factuels fondés sur une cohabitation.

Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette « cellule familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci". (arrêt du 1er juin 2004, L. c. Pays-Bas, n°45582/99, § 35)

La Cour en tire la conséquence que "là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer" ce qui lui impose d'accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille" (V. notamment CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, Kroon et autres c. Pays-Bas, n°18535/91, §32 ; CEDH arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01, § 119).

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

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

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

Par ailleurs, selon la CEDH, l'article 8 comprend le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. Les détails de l'identité d'une personne et l'intérêt « à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, et notamment l'identité de ses géniteurs »⁵⁴ ont été jugés importants pour l'épanouissement personnel. La naissance et les circonstances de la naissance relèvent de la vie privée d'un enfant.

L'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 stipule :

"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

Le Conseil constitutionnel a rappelé, par ailleurs, dans sa décision du 17 mai 2013, (n° 2013-669 DC), relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe que l'intérêt de l'enfant est un principe constitutionnel résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

L'article 3 § 1 de la Convention étant d'application directe devant les tribunaux français, la Cour de cassation énonce que "l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants" (1^{re} Civ., 17 mars 2010, pourvoi n°08-14.619)

Ainsi, lorsqu'il s'agit notamment de modifier le nom patronymique de l'enfant (1^{re} Civ. 11 mai 2016, pourvoi n°15-17.185) ou son prénom (1^{re} Civ., 15 février 2012, n°11-19.963 et 10-27.512), d'ordonner son retour en cas de déplacement illicite (1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n°16-20.858), de déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale (1^{re} Civ., 13 avril 2016, pourvoi n°14-24.841), d'ordonner son placement en vue de l'adoption (1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n°10-19.028).

Lorsque les juges du fond s'abstiennent d'effectuer cette recherche, leur décision est censurée (1^{re} Civ., 7 décembre 2016 et 13 avril 2016 précités).

En revanche, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 11 mai 2016 précité).

54 CEDH, Odièvre c. France [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29.

En l'espèce, la cour d'appel a retenu dans les motifs de sa décision :

d'une part "Qu'en tout état de cause, l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, le respect de la vie privée et familiale de l'enfant et son droit à une identité qui inclut la filiation et la nationalité au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne sauraient être utilement invoqués que si la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique, comme résultant d'une expertise biologique judiciairement établie selon les modalités de l'article 16-10 du code civil, confiée à un laboratoire dûment agréé" ;

d'autre part, que "la demande à une action tendant à la transcription d'un acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui, établi par une autorité étrangère, n'est pas une action d'état et ne peut servir de support à la prescription d'une mesure d'expertise génétique, l'action en établissement ou en contestation d'un lien de filiation (article 336 du code civil) étant une action autonome" ;

Elle a donc considéré que la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant était subordonnée à la preuve préalable de la réalité de la filiation biologique.

A-t-elle par là manqué à son office ou faut-il considérer qu'ayant retenu que les actes de naissance étaient dépourvus de force probante au sens de l'article 47 du code civil, ce qui s'opposait à leur transcription, ses énonciations et constatations rendaient cette recherche inutile?

4.2.3 Les septième et huitième branches du moyen sont pris d'une violation de l'article 16 du code de procédure civile et des articles 16-10 et 47 du code civil.

L'article 16 du code de procédure civile dispose que

"Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations."

Notre Cour rappelle ce principe de manière constante. (2^{ème} Civ., 23 février 2017, pourvoi n° 15-28.578 et n°15-27.531; 2^{ème} Civ., 9 février 2017, pourvoi n°16-10.122 ; 2^{ème} Civ., 5 janvier 2017, pourvoi n° 16-13.549 ; Ch.mixte 10 juillet 1981 , pourvois n° 77-10.745 et 78-10.425).

Toutefois, les juges du fond peuvent, comme les y autorise l'article 7 alinéa 1 du code de procédure civile, prendre en considération même les faits que les parties

n'ont pas spécialement invoqués et qui appartiennent aux débats (Soc.23 juin 2015, pourvoi n°14-10.541 ; Com., 3 mars 2015, pourvoi n°14-11.840 ; 1^{re} Civ., 5 mars 2015, pourvoi n°14-12.017 ; Com., 17 mai 2011, pourvoi n°10-17397), .

La distinction n'est pas toujours aisée.

Selon le professeur Perrot⁵⁵ , *“En réalité, on se trouve confronté ici à une confusion fréquente entre deux problèmes logiquement distincts. D'une part, la délimitation des faits sur lesquels le juge peut fonder sa décision : c'est à cette question que répond l'article 7 c. pr. civ. dont il résulte que le juge ne peut fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (al. 1), étant précisé que, dans cette mesure, le juge peut toujours en faire état alors même que les parties n'en auraient pas fait mention dans leurs écritures (al. 2). D'autre part, dans les limites tracées par ce texte si, des faits qui sont dans le débat, le juge tire d'office un moyen que les parties n'ont pas invoqué dans leurs conclusions, comme l'article 7, alinéa 2, c. pr. civ. lui en donne le pouvoir, le juge doit alors, en application de l'article 16 c. pr. civ., inviter les parties à présenter leurs observations sur le moyen relevé d'office. En un mot, la délimitation des faits qui sont dans le débat est une chose, le principe de la contradiction en est une autre.”*

Le moyen soutient qu'en l'espèce, le procureur de la République d'une part n'avait pas contesté la vérité biologique de la paternité de M. X... et avait même souligné que le jugement de la Cour de Californie précisait que les deux enfants étaient nés de Mme June D... qui avait été fécondée in utero avec le sperme de M. X..., pour soutenir que les actes de naissance ne correspondaient pas à réalité en ce qu'ils mentionnaient Mme X... comme étant la mère, d'autre part n'avait pas davantage allégué qu'une expertise génétique devait consacrer la filiation biologique paternelle en vue de permettre la transcription.

Il est affirmé, en conséquence, que c'est en méconnaissance du principe de la contradiction, faute d'avoir appelé les observations des parties sur un moyen qu'elles n'avaient pas invoqué que la cour d'appel, après avoir retenu que l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de sa vie privée et familiale ne pouvaient être utilement invoqués que si la filiation paternelle était conforme à la vérité biologique comme résultant d'une expertise biologique judiciairement établie selon les modalités de l'article 16-10 du code civil, a considéré qu'à défaut de production d'un certificat médical délivré par le pays de naissance attestant de la filiation biologique paternelle, M. X... ne pouvait être tenu pour le père, les énonciations du jugement de la Cour de Californie en l'absence d'éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle pratiquée étant dépourvues de force probante.

Dans leurs écritures d'appel, les époux X... qui relevaient que le procureur général près la Cour de cassation s'apprêtait *“à recommander lors de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 19 juin prochain* [qui devait donner lieu aux arrêts du 3

55 Note sous Com., 17 mai 2011, RTDC 2011, p. 590

juillet 2015], *l'inscription à l'état civil français d'enfant né de GPA à l'étranger, sous réserve d'une expertise judiciaire établissant la filiation paternelle*", demandaient à la cour d'appel d'ordonner à titre subsidiaire pour le cas où la cour estimerait non établie la filiation paternelle, une expertise génétique.

Dans des affaires où la force probante d'un acte d'état civil étranger produit au soutien d'une demande de nationalité française, était contestée au regard de l'article 47 du code civil, la Cour de cassation a écarté le recours à une analyse génétique, comme constituant une mesure d'instruction inopérante (1^{re} Civ., 8 octobre 2014, pourvoi n°13-22.468).

Mais elle a toutefois admis que si l'analyse génétique ne peut en elle-même servir à établir la nationalité française, elle permet à tout le moins de s'assurer de la sincérité d'un jugement supplétif d'état civil étranger (1^{re} Civ., 17 décembre 2010, pourvoi n°09-13.957).

4.2.3 La neuvième branche du moyen est prise d'un défaut de réponse à conclusions.

Il est fait grief à la cour d'appel d'avoir refuser la transcription des actes de naissance sans répondre au moyen par lequel les appelants faisait valoir que la filiation des enfants étant établie par possession d'état, cette transcription s'imposait, sauf à porter atteinte au respect de la vie privée et familiales et à l'intérêt supérieur des enfants.

Il convient de relever qu'en l'absence d'action d'état, la filiation des enfants n'a pas été déclarée établie par possession d'état.

Par ailleurs, la cour d'appel, a considéré :

- par motifs propres que *"l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3 § 1 de la convention internationale des droits de l'enfant, le respect de la vie privée et familiale de l'enfant et son droit à une identité qui inclut la filiation et la nationalité au sens de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne sauraient être utilement invoqués que si la filiation paternelle est conforme à la vérité biologique"*.

- par motifs adoptés que *"l'absence de transcription qui ne prive pas les enfants de la filiation paternelle et maternelle que le droit américain ni de leur droit de vivre avec leurs parents, ne porte pas atteinte au respect de la vie privée et familiales 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, al.1 de la convention internationale des droits de l'enfant"*.

C'est au regard des observations qui précèdent que notre Cour devra apprécier la pertinence du moyen pris en ses différentes branches.

Mais il me paraît utile, au regard du caractère inédit de la question soumise qui pose pour la première fois, la question de la place de la mère d'intention, de les éclairer de quelques observations complémentaires qui pourront nourrir la réflexion.

En effet, on ne peut manquer de s'interroger sur une situation qui, comme l'a relevé Jean Hauser, "conduit à un véritable patchwork difficilement prévisible"⁵⁶, source de confusion.

Cet auteur va jusqu'à considérer que "les partisans de la législation par la jurisprudence pourront contempler, avec ces décisions, la ruine du procédé et la peine que peut ressentir le juriste tant pour les protagonistes que pour le droit français en général".

Il n'est pas douteux que la difficulté des juges du fond à déceler un ligne directrice ferme conduit à des jurisprudences contradictoires.

Ainsi, la même cour d'appel de Rennes a-t-elle statué, le 7 mars 2016⁵⁷, dans un sens contraire à celui de l'affaire concernant les époux X....

Elle a, en effet, décidé que l'absence d'inscription à l'état civil français d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger (il s'agissait également d'un enfant né aux États-Unis, dans l'Etat de Californie), qui dispose d'un mode d'établissement de sa filiation paternelle par l'effet de la reconnaissance volontaire de paternité faite en conformité de la loi personnelle de son père de nationalité française, porte une atteinte excessive à l'intérêt supérieur de l'enfant, à son droit à la parentalité et à son droit à la protection de sa vie privée dont l'identité est l'un des éléments.

Elle a considéré que l'enfant, fût-il issu d'une convention de GPA, ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance dès lors que la loi n'édicte aucune distinction selon le mode de conception des enfants.

Ces décisions divergentes ont été relevées par la doctrine, ce qui a suscité des commentaires critiques⁵⁸.

La sévérité de ces appréciations ne peut que questionner notre Cour au regard de sa mission régulatrice.

Elle doit nous amener à nous interroger sur l'opportunité de définir une ligne directrice claire, la sécurité juridique ne pouvant s'accommoder de l'incertitude dans

56 J.Hauser, "État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue", RTD Civ. 2016 p.78

57 CA Rennes, 6e ch. A, 7 mars 2016, n°RG : 15/03859

58 J. Couard Revue Juridique Personnes et Famille, N° 6, 1er juin 2016

des affaires aussi sensibles.

Dans son rapport dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015, M. le conseiller Soulard avait envisagé quelques pistes qui demeurent d'actualité. D'autres pourraient être explorées.

4.3 Réponses possibles

Pour la première fois, la Cour de cassation est amenée à se prononcer à l'égard d'une mère d'intention d'enfants issus d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui.

- Convient-il de faire évoluer notre jurisprudence sur l'interprétation de l'article 47 du code civil en considérant que l'obstacle à la transcription d'un acte d'état civil étranger lorsque "les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité" doit être circonscrit aux seuls cas où il n'a pas coïncidence avec la réalité juridique?

Autrement dit, il importerait peu que les mentions de l'acte ne correspondent pas à la réalité factuelle dès lors que celles-ci sont tenues pour exactes au regard de la loi étrangère.

La réalité des faits, accouchement de la mère et lien biologique, s'effacerait alors devant la légalité.

Une telle solution aurait pour effet d'une part d'écarter toute discrimination au sein du couple d'intention, paternité et maternité étant également reconnus dès lors que celles-ci ont été déclarées conformément à la loi du pays étranger de naissance de l'enfant, d'autre part de ne pas pénaliser les enfants du fait des circonstances de leur naissance.

Mais elle entraînerait un bouleversement de notre droit de la filiation en portant atteinte au principe "*Mater semper certa est*" et elle reviendrait en outre à consacrer le fait accompli en donnant effet à un contournement volontaire de la loi prohibitive française.

Conviendrait-il alors de repenser "pour sortir de l'impasse" la règle *mater semper certa* comme le suggèrent certains auteurs, tout en reconnaissant que "cela supposerait une réforme en profondeur de notre droit positif"⁵⁹

- Doit-on subordonner la transcription de l'acte à la réalité du lien biologique des parents d'intention avec l'enfant?

59 H. Fulchiron et C. Bidaud-Caron "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Menesson de la CEDH du 26 juin 2014, Recueil Dalloz 2014, p. 1774

Certes, la filiation biologique a été affirmée comme une composante majeure de l'identité de l'enfant relevant de la vie privée et familiale que la Cour de Strasbourg a fait prévaloir dans les décisions précitées pour justifier une transcription des actes de naissance étrangers.

Mais là encore, il convient de prendre en considération la diversité des situations que peut recouvrir la GPA. En effet, si elle fait, au minimum, intervenir le père d'intention et deux mères « biologiques » (mère génétique/mère utérine), il peut y avoir jusqu'à cinq intervenants, l'enfant pouvant, dans le cadre d'une PMA avec tiers donneur avoir jusqu'à cinq parents ou géniteurs : le donneur de sperme, la donneuse d'ovocytes, la gestatrice, le père et la mère d'intention.

Dans un tel cas de figure, l'exigence d'un lien biologique constituerait alors un obstacle insurmontable pour les parents d'intention.

- Peut-on envisager de procéder à défaut d'une transcription totale à une transcription partielle de l'acte de naissance au regard de la filiation biologique, seule la filiation paternelle étant alors transcrire si l'enfant a été conçu avec le sperme du père d'intention?

Cette solution a pour avantage de ne pas bouleverser notre droit de la filiation mais a pour conséquence un traitement discriminatoire au sein du couple d'intention, la mère d'intention alors même qu'elle a élaboré ce projet en commun, ne pouvant apparaître à l'état civil.

Elle consacrerait toutefois une différence de traitement avec les hommes qui recourent seuls à la GPA.

Elle paraît surtout se heurter à un obstacle juridique majeur.

La transcription d'un acte de l'état civil consiste dans la reprise du contenu de l'acte dans son intégralité.

Sa nature d'acte authentique s'oppose à ce qu'il soit opéré un tri entre ses diverses mentions, hors les cas limitativement prévus.

Ainsi, l'acte peut-il être "expurgé" d'énonciations prévues par la loi personnelle étrangère mais non admises par notre droit, comme la race, la nationalité ou la religion ou encore d'indications prohibées, inconnues du code civil ou contraires à l'ordre public international français mais qui ne sont pas essentielles à l'acte ou sont détachables de l'acte.

Au-delà de ces hypothèses, il semble exclu d'admettre une transcription sélective de l'acte.

- Doit-on explorer d'autres pistes ?

- Recours aux actions d'état

L'intérêt concret de l'enfant à voir son lien de filiation reconnu par l'acte étranger à l'égard de ses deux parents ne pourrait-il être garanti par la mise en oeuvre d'actions d'état en permettant la reconnaissance de l'enfant par le père.

Il convient, toutefois, de relever que la reconnaissance pourrait être contestée par le ministère public en cas de recours à un contrat de gestation pour le compte d'autrui.

En l'absence de lien biologique de l'enfant avec le père d'intention, la filiation paternelle ne pourrait être reconnue.

Quel statut accorder dans ce cas à l'enfant, sauf à lui reconnaître le bénéfice d'une filiation putative.

- Recours à l'adoption

Permettre dans un second temps à la mère d'intention, dès lors que la filiation paternelle aura été reconnue, d'adopter l'enfant pourrait permettre de concilier intérêt des parents d'intention et intérêt de l'enfant.

Mais une telle solution conduirait à consacrer un traitement discriminant de la mère de l'enfant.

- Institution d'une filiation putative.

L'institution d'une filiation putative à l'instar du mariage putatif, a été suggérée⁶⁰.

Il y aurait alors, comme l'a envisagé, le Conseil d'Etat, dans son étude sur la révision des lois de bioéthiques, une dissociation du sort des enfants du sort du contrat illicite.

Comme le mariage qui a été déclaré nul produit ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi, le contrat de gestation pour le compte d'autrui, nul à raison de la violation de dispositions impératives du droit français, produirait ses effets à l'égard des enfants.

Il convient toutefois de relever que le mariage putatif a été institué par la loi⁶¹.

60 L. d'Avout, La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à

l'étranger, après les arrêts et, Rec. Dalloz, 2014, p. 1806

61 Article 201 du code civil

L'adoption d'une telle solution ne conduirait-elle pas notre Cour à s'ériger en législateur?

- Intervention du législateur

C'est précisément à l'intervention du législateur, que certaines cours suprêmes étrangères⁶² confrontées à cette même problématique s'en sont remises, ainsi qu'il a été précédemment rappelé.

La solution pourrait-elle être trouvée dans des instruments supranationaux?

Le Conseil de l'Europe s'est saisi de cette question.

Dans un projet de recommandation adopté par la Commission le 12 septembre 2016, il était prévu que l'Assemblée parlementaire recommande que le Comité des ministres examine, d'une part, "l'opportunité et la faisabilité d'élaborer des lignes directrices européennes en vue de sauvegarder les droits de l'enfant liés aux conventions de maternité de substitution".

Ce projet de recommandation sur "Les droits de l'enfant liés à la maternité de substitution" a toutefois été rejeté le 11 octobre 2016, par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

L'élaboration d'un instrument multilatéral déterminant le statut des enfants et réglant les problèmes de filiation juridique résultant des conventions de maternité de substitution a été également envisagé dans le cadre international de la Conférence de La Haye de droit international privé.

De telles initiatives ne sont, toutefois, pas susceptibles d'aboutir dans un proche avenir.

5 - Orientation proposée : FS

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2 avec variantes

62 Supreme Court of Ireland 7 novembre 2014 (263/2013 « M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors »)

U1528597