

N° F1650025

Décision attaquée : 07 mars 2016 de la cour d'appel de Rennes

PG près la cour d'appel de Rennes
C/
M Patrice X...

rapporteur : Rachel.Le-Cotty

RAPPORT

Un seul rapport est déposé dans les deux dossiers F 16-50.025 et B 16-16.901, qui sont connexes et seront joints.

<p>Arrêt de la cour d'appel de Rennes du 7 mars 2016 Pourvoi n° F 16-50.025 : Déclaration de pourvoi de Mme le procureur général près la cour d'appel de Rennes : 31 mars 2016 MA : 17 mai 2016 signifié le même jour Article 700 : pas de demande MD pour M. et Mme X... : 18 juillet 2016 notifié le même jour Article 700 : 3.800 € Pourvoi n° B 16-16.901 : Déclaration de pourvoi de M. et Mme X... : 9 mai 2016 MA : 9 septembre 2016 signifié les 9 et 15 septembre 2016 Article 700 : 4.000 € MD : pas de constitution en défense</p>

Convention de gestation pour autrui - Transcription de l'acte de naissance étranger - Transcription de la filiation maternelle d'intention - Article 47 du code civil - Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Intérêt supérieur de l'enfant.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Selon les actes de naissance établis par les autorités ukrainiennes, Vicky et Kim X... sont nées le [...] à Kiev (Ukraine) de Patrice X..., né le [...] à Hennebont (56), et de Aurélia Y..., son épouse, née le [...] à Alençon (61), ces derniers étant ressortissants français.

Les époux X... ont sollicité la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres de l'état civil consulaire français, lequel a transmis le dossier au service central de l'état civil à Nantes le 10 mars 2011, au motif que les époux X... n'avaient pas fait parvenir le certificat d'accouchement.

Le 25 mars 2011, le service central de l'état civil a adressé le dossier au procureur de la République de Nantes avec la mention : *“suspicion de recours à une mère de substitution”*.

Par lettre du 24 janvier 2013, le procureur de la République de Nantes a avisé les époux X... qu'il confirmait, auprès du service central de l'état civil, le refus de transcription des actes de naissance des enfants, en application des articles 16-7 et suivants du code civil, l'enquête judiciaire ayant établi que les fillettes étaient nées à la suite d'une convention de gestation pour autrui.

Le 25 mars 2013, le tribunal d'instance d'Alençon a délivré à Vicky et Kim X... un certificat de nationalité française, en application de la circulaire du 25 janvier 2013.

Le 11 décembre 2014, les époux X... ont assigné le procureur de la République de Nantes devant le tribunal de grande instance sur le fondement des articles 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 47 et suivants du code civil, aux fins de voir ordonner, sous astreinte, la transcription des actes de naissance des enfants sur les registres de l'état civil.

Par jugement du 13 mai 2015, le tribunal de grande instance de Nantes a :

- ordonné la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance de Vicky et Kim X..., nées le [...] à Kiev (Ukraine) ;
- rejeté les demandes accessoires des époux X....

Les premiers juges, pour accueillir la demande de transcription, ont énoncé que *“le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte, et ce, dans l'intérêt des enfants, qui ne sauraient se voir opposer les conditions de leur naissance”*.

Puis, ayant relevé que les époux X... étaient, suivant les énonciations des actes de naissance établis en Ukraine, les père et mère des enfants Kim et Vicky X..., ils ont ajouté que, *“le fait que Mme X... soit portée à l'acte en tant que mère des enfants, alors qu'elle n'a pas accouché, ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants, tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation maternelle est la seule*

juridiquement reconnue aux enfants comme régulièrement établie dans le pays de naissance”.

Ils ont conclu que la demande de transcription des actes de naissance des enfants était justifiée, *“cette transcription sur les registres français de l'état civil, fût-elle facultative, étant constitutive de l'un des éléments de la reconnaissance de filiation à laquelle ces enfants peuvent prétendre en leur qualité d'enfants de ressortissants français”.*

Le ministère public a interjeté appel du jugement et, devant la cour d'appel, l'association Juristes pour l'Enfance (JPE) est intervenue volontairement à l'instance.

Par arrêt du 7 mars 2016, la cour d'appel de Rennes a :

- infirmé le jugement, sauf en ce qu'il avait rejeté la demande d'astreinte ;
Statuant à nouveau,
- reçu l'association Juristes pour l'Enfance en son intervention volontaire à titre accessoire et déclaré bien-fondée, en partie, son intervention ;
- ordonné la transcription sur les registres de l'état civil consulaire français à Kiev (Ukraine) et sur les registres du service central d'état civil à Nantes, des actes de naissance de Vicky X... et de Kim X..., nées le [...] à Kiev (Ukraine) de Patrice X..., époux d'Aurélia Y... ;
- débouté M. et Mme X... de leurs demandes formées contre l'agent judiciaire de l'Etat.

La cour d'appel a considéré que la filiation maternelle ne pouvait être attribuée qu'à la femme ayant accouché, de sorte que les actes de naissance des enfants, qui désignaient la mère d'intention, ne pouvaient être transcrits s'agissant de la filiation maternelle.

Concernant la paternité, elle a estimé qu'elle était légalement établie, selon le droit français, et que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait plus obstacle à la transcription de la filiation paternelle, laquelle était conforme à l'intérêt des enfants.

C'est l'arrêt attaqué par Mme le procureur général près la cour d'appel de Rennes, d'une part (pourvoi n° F 16-50.025), et par M. et Mme X..., d'autre part (pourvoi n° B 16-16.901).

2 - Analyse succincte des moyens

> Le pourvoi n° F 16-50.025 comporte deux moyens de cassation.

Premier moyen de cassation :

Mme le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait grief à l'arrêt d'ordonner la transcription sur les registres de l'état civil consulaire français à Kiev (Ukraine) et sur les registres du service central d'état civil à Nantes, des actes de naissance de Vicky X... (n° [...] dans le registre d'enregistrement des naissances le [...]) et de Kim X... (n° [...] dans le registre d'enregistrement des naissances le [...]), nées le [...] à Kiev (Ukraine) de Patrice X..., né le [...] à Hennebont (56), époux de Aurélia Y..., née le [...] à Alençon (61) alors,

que l'article 47 du code civil accorde foi à tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait dans un pays étranger, sauf si notamment, les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ; que la réalité citée par l'article 47 du code civil correspond nécessairement à la conformité des énonciations de l'acte d'état civil par rapport aux faits qu'il relate ; que Mme Y... épouse X... étant citée comme mère alors qu'elle n'a pas accouché, les actes de naissance de Kim et Vicky X... ne peuvent être déclarés conformes aux exigences de l'article 47 du code civil ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 47 du code civil.

Second moyen de cassation :

Il est fait le même grief à l'arrêt alors,

que l'article 312 du code civil énonce que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ; que la présomption de paternité qui s'applique au père pendant le mariage nécessite que l'épouse du mari soit bien la mère ; que si l'épouse n'est pas reconnue comme mère, le mari ne peut se voir appliquer une présomption de paternité ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 312 du code civil.

> Le pourvoi B 16-16.901 comporte également deux moyens de cassation :

Premier moyen :

Les époux X... font grief à l'arrêt de recevoir l'association Juristes pour l'Enfance en son intervention volontaire à titre accessoire et de la déclarer bien fondée en partie en son intervention alors,

1°/ que la défense de l'intérêt des enfants, constitutif en matière d'action relative à l'état des personnes et aux actes d'état civil de l'ordre public, appartient au seul ministère public ; qu'en retenant que l'association Juristes pour l'Enfance aurait le droit d'ester en justice pour la défense des intérêts des enfants dès lors que l'action en justice pour la défense de l'intérêt des enfants fait partie de son objet social, pour déclarer cette association recevable en son intervention volontaire accessoire, la cour d'appel a violé l'article 423 du code de procédure civile ;

2°/ qu'une intervention accessoire n'est recevable en matière d'état des personnes et d'acte d'état civil que si son auteur a un intérêt personnel, pour la conservation de ses droits, à soutenir une partie ; qu'en retenant que l'association Juristes pour l'Enfance aurait le droit d'ester en justice pour la défense des intérêts des enfants dès lors que l'action en justice pour la défense de l'intérêt des enfants fait partie de son objet social, motif impropre à caractériser l'intérêt personnel de l'association, pour la conservation de ses droits, à soutenir le ministère public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 330 et 554 du code de procédure civile ;

3°/ que le droit au respect de la vie privée et familiale s'oppose à l'immixtion d'une association dans une instance relative à l'état des personnes et aux actes d'état civil ; qu'en considérant que le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme serait inopérant et que le code de procédure civile ne soumettrait nullement l'accès à la justice au respect de la vie privée et familiale, la cour d'appel a violé les dispositions de ce texte.

Second moyen :

Les époux X... font grief à l'arrêt de n'ordonner la transcription sur les registres de l'état civil consulaire français à Kief et sur les registres du service central d'état civil à Nantes, des actes de naissance de Vicky et Kim X... qu'en ce qu'elles seraient nées de M. X..., et non de Mme Y..., épouse X... alors,

1°/ que les actes d'état civil dressés à l'étranger par l'autorité compétente conformément au droit étranger dont relève cette autorité doivent être reconnus en France dès lors qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public international français, lequel ne s'oppose pas à l'établissement de la filiation d'un enfant né à l'étranger dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui ; qu'en considérant que l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention en application de la loi compétente selon la règle de conflit serait impossible en l'état du droit français, pour rejeter la demande de transcription de la filiation de Kim et Vicky X... à l'égard de Mme X..., après avoir constaté la régularité des actes d'état civil des enfants dressés à l'étranger, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 3 et 311-14 du code civil ;

2°/ que les circonstances de la conception d'un enfant ne peuvent être opposées à l'établissement de sa filiation ; qu'en considérant que la norme selon laquelle l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention serait impossible en l'état du droit français ferait obstacle à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre les enfants à l'égard de Mme X... qui n'est pas leur mère biologique, la cour d'appel a violé le droit au respect de la vie privée et à une vie familiale normale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

3°/ qu'en considérant que la norme selon laquelle l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention serait impossible en l'état du droit français ferait obstacle à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre les enfants à l'égard de Mme X... qui n'est pas leur mère biologique, après avoir retenu que le droit ukrainien reconnaît la filiation maternelle des enfants Kim et Vicky à l'égard de Mme X..., la cour d'appel a méconnu les principes d'harmonie internationale des solutions, de continuité du statut personnel et de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, en violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble de l'article 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

4°/ qu'en se bornant à considérer que l'absence de transcription n'empêche pas les enfants de vivre avec leur père et mère et que Kim et Vicky X... s'étaient vu reconnaître les prérogatives attachées à la nationalité française et au titre des droits successoraux, sans s'assurer de la pérennité de leur lien avec Mme X... qui les élève et leur prodigue ses soins et de la responsabilité de cette dernière à leur endroit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

5°/ que le droit au respect de la vie privée et familial doit être reconnu sans distinction selon la naissance ; qu'un lien de filiation peut être établi à l'égard d'une mère d'intention dès lors que l'acte de naissance d'un enfant porte le nom de la femme qui a accouché ou ne donne aucune indication sur la femme qui a accouché ; qu'en considérant que la norme selon laquelle l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention serait impossible en l'état du droit français ferait obstacle à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre les enfants à l'égard de Mme X... qui n'est pas leur mère biologique, au prétexte que les actes de naissance des enfants Kim et Vicky X... indiquent que Mme X... est leur mère, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

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

La transcription de la filiation maternelle d'intention en cas de gestation pour autrui à l'étranger.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Observations préalables sur la recevabilité du pourvoi n° F16-50.025 :

Les époux X... soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi n° F16-50.025 sur le fondement de l'article 979 du code de procédure civile, au motif que le jugement de première instance n'a été produit que de manière incomplète.

Aux termes de l'article 979 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 :

“A peine d’irrecevabilité du pourvoi prononcée d’office, doivent être remises au greffe dans le délai de dépôt du mémoire :

- une copie de la décision attaquée ;

- une copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée.

En cas de transmission incomplète ou entachée d’erreur matérielle de l’un de ces documents, un avis fixant un délai pour y remédier est adressé par le conseiller rapporteur à l’avocat du demandeur dans les conditions prévues à l’article 981”.

En l'espèce, le jugement de première instance n'était en effet produit que de manière incomplète puisque seules les pages 1 et 3 figuraient au dossier. Un avis a donc été adressé au demandeur au pourvoi, en application de l'article 981 du code de procédure civile, et celui-ci a produit le jugement en son intégralité.

4.1 - La question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui : état du droit positif

Rappelons que la gestation pour le compte d'autrui est un contrat par lequel une femme accepte de porter un enfant et de le remettre au(x) parent(s) d'intention à sa naissance. Les parents d'intention peuvent être un couple hétérosexuel dont la femme ne peut concevoir ou porter un enfant, un couple d'hommes ou un homme célibataire (voire, mais beaucoup plus rarement en pratique, un couple de femmes ou une femme célibataire).

L'expression *“maternité de substitution”* est également employée. La femme qui porte l'enfant peut être génétiquement sa mère ou non. Dans le premier cas - on parle alors de *“procréation pour autrui”* - elle est inséminée, le plus souvent, avec le sperme du père. Dans le second cas, elle est seulement gestatrice de l'enfant conçu par fécondation *in vitro*, soit avec les gamètes des deux membres du couple, soit avec ceux d'un membre du couple et d'un donneur (cas le plus fréquent, avec un don d'ovocyte), soit avec ceux de deux donneurs.

En général, la mère porteuse disparaît de l'ascendance de l'enfant, dont la filiation sera établie, par la loi compétente, à l'égard du ou des parents d'intention.

La mère porteuse peut être bénévole (avec, en général, une indemnisation) ou rémunérée.

On sait aussi que la maternité de substitution représente un commerce mondial en plein essor, dont les enjeux financiers ne sont pas négligeables¹, et que le déclin généralisé de l'adoption internationale au cours des dernières années ne peut qu'accentuer le recours au tourisme procréatif, dans les années à venir, pour les couples de même sexe ou de sexe opposé en "désir d'enfant".

En l'espèce, la convention de gestation pour autrui n'a pas été produite et nous n'avons donc aucune information sur son contenu. De même, les décisions des juges du fond ne permettent pas de savoir si Mme X... a ou non donné ses ovocytes, cet élément de fait n'ayant, semble-t-il, pas été discuté.

Le débat ne s'est d'ailleurs pas placé sur le terrain de l'existence ou du contenu de la convention de gestation pour autrui devant les juges du fond, son existence étant considérée comme acquise, étant observé qu'elle n'était pas réellement contestée par les époux X... dans leurs conclusions d'appel.

4.1.1 - Rappel des textes applicables et des textes visés par les moyens

a) *Les textes :*

Aux termes de l'article 16-7 du code civil :

"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

L'article 16-9 du même code précise que cette disposition est d'ordre public.

Aux termes de l'article 47 du code civil :

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

Aux termes de l'article 312 du même code :

"L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari".

Aux termes de l'article 311-14 du même code :

¹ Document établi en mars 2011 par le bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, cf. paragraphes 23 11 et 12, accessible sur le site de la Conférence de La Haye (http://www.hcch.net/index_fr.php)

“La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant”.

Aux termes de l'article 325 du même code :

“A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché”.

Aux termes de l'article 332, alinéa 1^{er}, du même code :

“La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant”.

Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

“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”.

Aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant :

“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”.

b) *La difficile lecture de l'article 47 du code civil :*

L'acte de l'état civil est *“un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou de plusieurs personnes”* (1^{re} Civ., 14 juin 1983, n° 82-13.247, Bull. n° 174).

Il résulte de l'article 47 du code civil que l'acte de l'état civil étranger rédigé dans les formes usitées dans l'Etat dans lequel il a été établi bénéficie d'une présomption de force probante (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, n° 07-20.293, Bull. n° 288).

La difficulté, s'agissant des actes établis à l'étranger, réside dans la méthode de réception applicable à leur force probante, sur laquelle les spécialistes eux-mêmes ne s'accordent pas.

Comme l'explique Mme Bidaud-Garon², *“si l'acte de l'état civil en cause est étranger, le droit français n'est plus maître de son élaboration. L'État français ne peut plus être aussi certain de sa fiabilité. Lorsque l'acte de l'état civil invoqué est étranger, la logique commande qu'il lui soit appliqué un régime relevant du droit international privé. Selon Niboyet, leur force probante doit être déterminée par la loi étrangère en application de la méthode du conflit d'autorités. Pour d'autres auteurs, l'article 47 doit être interprété comme une règle de conflit de lois permettant de déterminer la loi applicable, non seulement aux formes des actes de l'état civil étrangers, mais également à leur force probante. Enfin, une partie importante de la doctrine affirme que la force probante des actes de l'état civil étrangers relève de la méthode de la reconnaissance d'efficacité, selon laquelle il est nécessaire de rechercher si l'acte étranger est équivalent à l'acte français lui correspondant. Dans l'affirmative, la même force probante doit lui être accordée. Les éléments constatés propriis sensibus par l'officier de l'état civil étranger doivent faire foi jusqu'à inscription de faux et ceux qui sont issus des dires des déclarants jusqu'à la preuve contraire. Pourtant, les intérêts de l'État français, notamment en matière d'acquisition de la nationalité, de régularité de séjour des étrangers et de droits sociaux, semblent commander l'application d'une méthode plus autoritaire, ne laissant que peu de place au droit international privé et moins encore à la loi étrangère. Il faut néanmoins prendre garde à ne pas systématiquement refuser toute valeur probante aux actes étrangers pour ne pas porter atteinte aux principes de permanence et d'indisponibilité de l'état des personnes. Une telle attitude pourrait également être interprétée comme un manque de confiance excessif envers les autorités étrangères et risquerait d'engendrer des incidents diplomatiques. La loi doit s'efforcer de réaliser un équilibre entre les droits des individus et la nécessité de contrôler les modes de preuve de ces droits”*.

Elle estime pour sa part que *“les méthodes du conflit d'autorités et du conflit de lois sont exclues car il n'est nullement question de faire dépendre la force probante de l'acte étranger de la lex loci actus. Pour autant, le législateur ne semble pas non plus consacrer la méthode de la reconnaissance d'efficacité. Outre l'absence de référence à la notion d'équivalence, il n'est fait aucune distinction entre la foi due aux mentions résultant des constatations faites propriis sensibus par l'officier étranger et celle qui doit être accordée aux mentions résultant des dires des déclarants. De plus, le nouvel article 47 ne permet pas la remise en cause de la force probante des actes étrangers lorsque la preuve contraire est rapportée, ce qui correspondrait au moins en partie au régime des actes français, mais lorsqu'un doute existe. La simple suspicion*

² Christine Bidaud-Garon, “La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003”, *Rev. crit. DIP* 2006. 49.

d'irrégularité, de falsification ou d'absence de conformité à la réalité autorise la suppression de la force probante de l'acte étranger. Il n'est donc plus possible de soutenir qu'une identité de régime existe entre les actes étrangers et les actes français”.

Elle poursuit : “Le législateur paraît affirmer que la force probante des actes de l'état civil étrangers relève de la seule appréciation des magistrats français. L'article 47 serait donc une règle matérielle directement applicable, non seulement à la détermination de l'existence, mais aussi à l'étendue de la force probante des actes de l'état civil étrangers ; une règle procédurale dont l'application est exclusive de tout système conflictuel ou de l'emprunt du régime des actes français par les actes étrangers. La conviction des magistrats que l'acte est exempt ou, au contraire, empreint d'irrégularité, de fraude ou d'inexactitude, est donc l'élément principal du régime de la force probante des actes étrangers”.

Elle précise qu'en tout état de cause, “tout indice, toute contradiction, toute invraisemblance permet la suppression de la valeur probante du document d'état civil. Aucune différence de traitement de l'acte n'existe en fonction du « défaut » qui lui est reproché”.

En conclusion, elle estime que “lorsque la question de la force probante des actes de l'état civil étrangers se pose au cours d'une instance, la réforme mise en place par le législateur semble la faire dépendre uniquement de l'appréciation souveraine des juges du fond. En effet, il leur appartient de décider si l'acte est irrégulier, falsifié, ou inexact. Ils n'ont pas à consulter la loi étrangère pour connaître l'étendue de la force probante qu'elle accorde aux actes établis selon ses dispositions, ni les moyens par lesquels elle peut être combattue. Ils n'ont pas non plus à rechercher si l'élément contesté provient d'une constatation faite personnellement par l'officier ou d'une déclaration d'une autre personne. Dans les deux cas, la force probante peut être remise en cause, non pas par la preuve contraire, mais par la conviction du juge que l'acte est irrégulier, falsifié ou inexact”.

Rappelons qu'en tout état de cause, la transcription, simple mesure de publicité, n'est pas obligatoire, sauf en matière de mariage³, et que l'acte, même non transcrit, conserve sa force probante.

Comme l'explique encore C. Bidaud-Garon⁴, *“l'opération de transcription vise à l'inscription d'un jugement ou d'un acte étranger sur les registres de l'état civil français,*

³ L'article 171-5 du code civil rend obligatoire la transcription pour bénéficier d'une opposabilité aux tiers.

⁴ *“De la force probante des actes d'état civil faits à l'étranger”, Rev. crit. DIP 2009. 740.*

à partir duquel est établi un nouvel acte ou une nouvelle mention dans un acte existant. Autrement dit, il y a création d'un acte français ou bien inscription d'une nouvelle mention sur un acte français à partir d'un acte étranger. Dès lors, l'acte étranger doit être doté de force probante pour l'opération de transcription elle-même, puisque c'est à partir des mentions qu'il contient que l'acte français est établi ou que la mention est insérée dans un acte français préexistant.

Si la transcription a eu lieu, l'acte étranger n'a plus guère d'intérêt sur le territoire français. Il continue d'exister et peut être allégué devant une autorité française, mais si l'intéressé veut éviter les difficultés, il a tout intérêt à produire uniquement son acte français, ce qui lui évitera notamment de prendre le risque de voir remettre en cause la force probante de son acte étranger à chaque démarche entreprise devant une autorité ou un service administratif français”.

Rappelons encore qu'en principe, pour l'application des dispositions de l'article 47 du code civil, les juges du fond apprécient souverainement la force probante des actes de l'état civil (1^{re} Civ., 15 mai 2013, n° 12-15.616, Bull. n° 95 ; 1^{re} Civ., 23 janvier 2008, n° 06-13.344, Bull. n° 20 ; 1^{re} Civ., 11 mai 2016, n° 15-18.731, en cours de publication).

En matière de gestation pour autrui, la fraude à la loi ou la violation de l'ordre public international retenus par la Cour de cassation, jusqu'aux arrêts du 3 juillet 2015, ont toutefois empêché la reconnaissance de la force probante des actes de naissance étrangers.

4.1.2. - Rappel de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui.

a) *L'arrêt fondateur du 31 mai 1991.*

L'arrêt fondateur, qui a précédé l'intervention du législateur et fixé la jurisprudence, est l'arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991⁵. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a énoncé que la convention par laquelle la femme s'engageait, fût-ce à titre gratuit, à concevoir un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevenait *“tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes”*.

Elle en a déduit que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, épouse du père, ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

Le Conseil d'État avait adopté une position similaire, dans un arrêt du 22 janvier 1988, dans lequel il avait refusé l'inscription au registre des associations d'une association

⁵ Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. n° 4.

(association “*Les Cigognes*”) créée pour aider des couples infertiles à concevoir un enfant. Dans les conclusions du commissaire du gouvernement, Bernard Stirn, sous cet arrêt, on peut lire que la gestation pour autrui “*aliène le corps de la mère et dispose entièrement de celui de l'enfant*”⁶.

Consacrant l'arrêt de principe du 31 mai 1991, la loi bioéthique du 29 juillet 1994 a inséré dans le code civil l'article 16-7 précité.

La prohibition civile est par ailleurs renforcée par un volet répressif aux articles 227-12 et 227-13 du code pénal⁷. On sait toutefois que ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque les faits ont été commis dans un Etat où ils ne sont pas sanctionnés pénalement (article 113-6 du code pénal), ce qui avait justifié le non-lieu dans l'affaire Mennesson, qui sera évoquée ci-dessous⁸.

Après son arrêt fondateur et la consécration législative, la Cour de cassation a exclu tout établissement de la filiation, en présence d'une convention de gestation pour

⁶ B. Stirn, concl. sous CE, ass., 22 janv. 1988 : *RFDA* 1988, p. 102.

⁷ Article 227-12 du code pénal : “*Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.*

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

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

Article 227-13 du code pénal : “*La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines”.*

⁸ En revanche, très récemment, le tribunal correctionnel de Bordeaux a prononcé une amende avec sursis d'un montant de 7 500 € à l'encontre d'un couple d'hommes qui avait eu recours à Chypre à une mère porteuse. Le tribunal a retenu la provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître, résultant d'un don, d'une promesse, d'une menace ou d'un abus d'autorité. Le contrat avait été conclu à Chypre mais l'enfant était né en France (T. corr. Bordeaux, 1^{er} juillet 2015 ; A. Dionisi-Peyrusse, *Actualités de la bioéthique*, *AJ fam.* 2015. 433).

autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation, qu'il s'agisse d'une adoption simple⁹, d'une adoption plénière¹⁰ ou de la possession d'état¹¹.

b) Les trois arrêts du 6 avril 2011.

Face à cet interdit du droit interne, les français désirant recourir à la gestation pour autrui se sont déplacés à l'étranger, dans des Etats autorisant cette pratique, et ont, à leur retour, demandé la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, ou du jugement étranger, sur les registres français de l'état civil.

Saisie de demandes de transcription, la Cour de cassation a, dans trois arrêts du 6 avril 2011¹², jugé que le recours à la gestation pour autrui heurtait le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, "*principe essentiel du droit français*", quand bien même la convention était licitement conclue à l'étranger.

En effet, dans les affaires qui lui étaient soumises, la mère apparaissant sur les actes de naissance américains était la mère d'intention et non la femme ayant accouché. La reconnaissance du lien de filiation apparaissait donc comme contraire au principe *mater semper certa est*, principe du droit de la filiation selon lequel la mère est toujours la femme qui a accouché.

S'agissant de l'intérêt des enfants, la Cour de cassation a relevé qu'ils n'étaient pas privés d'un état civil ni de la filiation que leur reconnaissait le droit étranger, et qu'ils vivaient en France avec leurs parents d'intention. Elle a donc estimé que l'atteinte portée à leur vie familiale n'était pas excessive au regard des principes essentiels en jeu.

c) Les deux arrêts du 13 septembre 2013.

Une troisième étape est intervenue en septembre 2013, avec le recours à la gestation pour autrui par des hommes célibataires en Inde.

A la différence des affaires jugées en 2011, il n'y avait pas de mère d'intention puisqu'il s'agissait d'hommes célibataires, et la mère porteuse indienne figurait sur les actes de naissance des enfants. C'était donc bien celle qui leur avait donné naissance, de sorte

⁹ 1^{re} Civ., 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. n° 226.

¹⁰ 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, Bull. n° 252

¹¹ 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70

¹² 1^{re} Civ., 6 avril 2011, n° 09-17.130, Bull. n° 70 précité ; n° 09-66.486, Bull. n° 71 et n° 10-19.053, Bull. n° 72.

qu'il n'y avait pas d'atteinte au principe *mater semper certa est* et au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Mais le ministère public soulevait la fraude à la loi, qui a été retenue par la première chambre civile, dans deux arrêts du 13 septembre 2013¹³ et un arrêt du 19 mars 2014¹⁴, celle-ci ayant considéré que le fait, pour un homme français, de se rendre en Inde afin d'y obtenir légalement ce que le droit français prohibe, constituait une fraude à la loi qui justifiait que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne puisse être transcrit sur les registres de l'état civil français : *“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”*.

Elle a ajouté qu'en présence d'une telle fraude, l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être utilement invoqué, estimant en cela que l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* ne pouvait imposer la reconnaissance de toutes les situations constituées à l'étranger en fraude à la loi, faute de quoi aucun interdit d'ordre public en droit des personnes et de la famille ne pourrait plus être posé et respecté, y compris des interdictions érigés dans l'intérêt des enfants eux-mêmes.

La condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, le 26 juin 2014, a toutefois conduit la Cour de cassation à revenir sur sa jurisprudence.

d) Les arrêts Labassée et Mennesson de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans les arrêts du 26 juin 2014¹⁵, la Cour de Strasbourg, après avoir constaté l'existence d'une ingérence prévue par la loi dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, admet que celle-ci poursuive un but légitime, en ce qu'elle procède de la volonté de décourager les ressortissants français de recourir, hors du territoire national, à une méthode de procréation prohibée, dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse :

“62. La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents

¹³ 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, Bull. n° 176.

¹⁴ 1^{re} Civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. n° 45.

¹⁵ CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 et CEDH, arrêt du 26 juin 2014, *Labassée c. France* n° 65941/11 : les pourvois des époux Mennesson et Labassée avaient été rejetés par deux des arrêts précités du 6 avril 2011.

d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement 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 ».

Mais elle estime que, si les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation en matière de gestation pour autrui, cette marge est atténuée s'agissant de la filiation :

“78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. [...]

79. Cette absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation, s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention.

80. Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce”.

Elle rappelle par ailleurs que, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer :

“81. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, mutatis mutandis, S.H. et autres c. Autriche, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, parmi de nombreux autres, Wagner et J.M.W.L., précité, §§ 133-134, et E.B. c. France [GC], n° 43546/02, §§ 76 et 95, 22 janvier 2008)”.

S'agissant du caractère “nécessaire” de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour de Strasbourg estime que la situation “ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale”.

Pour parvenir à cette conclusion, elle relève que :

“92. [...] quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français”.

Elle rejette donc le grief de violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit des parents au respect de leur vie familiale.

En revanche, l'atténuation de la marge d'appréciation des Etats, lorsque la filiation est en jeu, la conduit au constat d'une violation de l'article 8 de la Convention, s'agissant du droit au respect de la vie privée des enfants.

Selon la Cour, les enfants se trouvent dans une situation d'incertitude juridique quant à leur filiation du fait du refus de transcription. Cette “troublante incertitude” résulte notamment de l'impossibilité pour les enfants de se voir reconnaître la nationalité française. En outre, le défaut de reconnaissance de leur filiation entraîne une absence de droits légaux dans la succession à venir de leurs parents.

Elle estime alors que se pose “une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant” (§ 99).

Puis elle ajoute que “cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant” (§100). En effet, pour la Cour européenne, la filiation biologique est fondamentale, “en tant qu'élément de l'identité de chacun”.

100 [...] Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi c. Suisse, n° 58757/00, § 37, CEDH 2006-X), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence

prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu”.

Cette solution a été réitérée récemment, dans l'arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016 (n° 9063/14 et n° 10410/14), relatif aux affaires ayant donné lieu aux deux arrêts précités du 13 septembre 2013.

On rappellera également qu'avant les arrêts *Labassée* et *Menesson*, la Cour EDH avait, dans un arrêt *Wagner contre Luxembourg* du 28 juin 2007¹⁶, considéré que le respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait justifier la reconnaissance de situations constituées à l'étranger en contrariété avec l'ordre public de l'Etat dans lequel leur reconnaissance était demandée.

e) Les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015¹⁷.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a tiré les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en autorisant la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance de deux enfants nés à l'étranger, sans que la convention de gestation pour autrui y fasse obstacle.

Les deux affaires concernaient des demandes de transcription d'actes de naissance établis en Russie. Dans les deux cas, le père, de nationalité française, s'était rendu en Russie afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui avec une mère porteuse russe, laquelle apparaissait sur l'acte de naissance.

¹⁶ CEDH, arrêt du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n°76240/01 : La Cour a constaté une violation de l'article 8 par le Luxembourg en raison du refus d'exequatur d'une décision péruvienne, qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant par une ressortissante luxembourgeoise, au motif que la loi luxembourgeoise réservait l'adoption plénière aux seuls couples mariés. Ce refus par les juges luxembourgeois de reconnaître un jugement péruvien a été jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant “*qui doit primer dans ce genre d'affaires*” : “*les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention*” (§133).

¹⁷ Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323, en cours de publication, et Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, en cours de publication.

Dans le premier cas, la cour d'appel de Rennes avait refusé la transcription en se conformant à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, et l'arrêt a été cassé sur le fondement des articles 47 du code civil et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans le second, la cour d'appel de Rennes, qui avait statué après les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, avait autorisé la transcription de l'acte de naissance russe, solution qui est approuvée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 47 du code civil : *“Mais attendu qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Z... et Mme A... ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ; que le moyen n'est pas fondé”* (Ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002, en cours de publication)¹⁸.

Ainsi, désormais, l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil, s'agissant de la filiation paternelle.

Conformément à sa jurisprudence du 15 avril 2011¹⁹, aux termes de laquelle elle a rappelé que *“les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation”*, la Cour de cassation a donc opéré un revirement de jurisprudence.

Toutefois, ces arrêts ne répondent pas à la question de la transcription de la filiation maternelle d'intention, qui n'était pas posée.

4.1.3 - Le maintien de la prohibition en droit interne

Comme indiqué ci-dessus, en droit interne, l'interdit de la gestation pour autrui subsiste et il est peu contestable qu'il s'agit, aux yeux du législateur français, d'un interdit fondamental.

Ainsi, ce dernier, appelé à plusieurs reprises à se pencher sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit interne, notamment lors de la révision des lois bioéthiques, a toujours refusé de la remettre en cause.

¹⁸ On renverra au rapport très complet de Monsieur le conseiller Soulard pour plus d'éléments sur ces arrêts.

¹⁹ Ass. plén. 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, Bull. n° 1, 3 et 4.

Récemment encore, un rapport d'information du Sénat²⁰ destiné à prendre la mesure des conséquences des décisions récentes rendues en matière de procréation médicalement assistée (PMA) et de gestation pour autrui (GPA) et à examiner les réformes qu'elles appellent, préconise :

- s'agissant de la GPA, une consolidation de la prohibition française, avec un renforcement de la répression pénale et des négociations internationales afin d'obtenir des pays autorisant la GPA qu'ils l'interdisent aux ressortissants français. Il est suggéré également de s'en tenir à une interprétation stricte de la jurisprudence européenne. Il s'agirait alors d'autoriser l'enfant à faire établir sa filiation paternelle biologique mais de refuser l'établissement de toute filiation avec le parent d'intention, tout en permettant à ce dernier de bénéficier d'une délégation d'autorité parentale pérenne.

- s'agissant de la PMA, les rapporteurs proposent de *“conforter la solution adoptée par la Cour de cassation dans deux avis du 22 septembre 2014”*²¹.

On observera également que le Parlement européen a adopté, le 5 avril 2011, une résolution *“sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des femmes”*²², qui dénonce la maternité de substitution, qui *“constitue une exploitation du corps de la femme et de ses organes reproducteurs”* et *“souligne que femmes et enfants sont soumis aux mêmes formes d'exploitation et peuvent être vus comme des marchandises sur le marché international de la reproduction ; fait remarquer que les nouvelles méthodes de reproduction, comme la maternité de substitution, entraînent une hausse de la traite des femmes et des enfants ainsi que des adoptions illégales par-delà les frontières nationales”*.

Le même Parlement a voté, le 17 décembre 2015, un *Rapport annuel sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2014 et sur la politique de l'Union européenne*. Au paragraphe 114, les parlementaires condamnent la pratique des mères porteuses *“qui porte atteinte à la dignité humaine de la femme dans son corps et ses fonctions de reproduction utilisées comme une marchandise ; [...] la pratique de la gestation pour autrui qui implique l'exploitation de la reproduction et l'utilisation du corps humain pour un gain financier ou autre, en particulier dans le cas des femmes*

²⁰ Rapport d'information n° 409 fait au nom de la Commission des lois, déposé le 17 février 2016, *“Défendre les principes, veiller à l'intérêt de l'enfant. Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l'AMP et à la GPA à l'étranger ?”*

²¹ Par deux avis du 22 septembre 2014 (n° 14-70.007 et n° 14-70.006), la Cour de cassation a énoncé que : *“Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant”*.

²² Résolution PE, 5 avril 2011, 2010/2209, § 20 et 21.

*vulnérables dans les pays en développement, est interdite et considérée comme une question d'urgence dans les instruments des droits de l'homme*²³.

De son côté, le Conseil d'Etat a validé, après les décisions *Mennesson* et *Labassée*, la circulaire du 25 janvier 2013 (Circ. 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française) enjoignant aux greffiers de délivrer des certificats de nationalité française en cas de soupçon de GPA réalisée à l'étranger (CE, 12 déc 2014, n° 365779, *association Juristes pour l'Enfance*).

On sait également qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat que les autorités françaises ne peuvent refuser le visa d'entrée en France de l'enfant né à l'étranger de mère porteuse et dont l'acte de naissance désigne la mère d'intention française comme mère (Conseil d'État, 3 août 2016, *Ministre des affaires étrangères et du développement international c/ Mme A.*, n° 401924).

4.2 - La question non résolue de la maternité d'intention.

Les arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ne tranchent pas la question de la mère d'intention, qui n'était pas posée. Ils ne répondent donc pas à la question de la transcription d'un acte de naissance étranger qui mentionnerait comme mère une femme n'ayant pas accouché de l'enfant.

Dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 3 juillet 2015, la mère apparaissant sur les actes de naissance était bien la mère ayant accouché.

La note publiée au Bulletin d'information de la Cour de cassation (n° 831 du 15 novembre 2015) et au rapport annuel 2015 précise ainsi :

Tirant les conséquences des arrêts Mennesson et Labassée, la Cour de cassation infléchit sa jurisprudence et juge que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas en elle-même obstacle à la transcription, laquelle doit être ordonnée lorsque les conditions d'application de l'article 47 du code civil sont remplies. Aussi censure-t-elle le premier arrêt, qui, pour refuser la transcription, s'est fondé exclusivement sur l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui sans constater que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité. En revanche, elle rejette le pourvoi formé contre le second arrêt, qui a constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité.

Ces décisions de l'assemblée plénière ne préjugent pas de ce que décidera la Cour de cassation dans des cas de figure autres que celui où la mère désignée dans l'acte d'état civil est la femme qui a accouché et le père, l'homme qui a reconnu l'enfant. Se

²³ Cité par J.-C. Galloux - H. Gaumont-Prat - Droits et libertés corporels - D. 2016. 752.

posera alors notamment la question du sens de l'expression "ne correspondent pas à la réalité", qui figure à l'article 47 du code civil".

Les arrêts précités de la Cour de Strasbourg commandent-ils l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, en particulier lorsque celle-ci a donné son ovocyte et est donc, au même titre que le père, sa mère génétique ?

Que signifie la "réalité" au sens de l'article 47, comme nous interroge *in fine* la note publiée au rapport annuel ? Est-ce la réalité des faits, celle de l'accouchement, comme le soutient le pourvoi du procureur général ? Ou est-ce la réalité juridique, telle qu'elle résulte de l'application de la loi étrangère autorisant la gestation pour autrui ?

Sur ces points, la doctrine s'interroge, au lendemain des arrêts de la Cour de Strasbourg et de l'assemblée plénière, sans apporter de réponse définitive.

→ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon²⁴, qui ont tenté de tirer les conséquences des arrêts de la Cour EDH, ont mis en évidence les difficultés, s'agissant de la maternité :

- Si la mère porteuse est la "mère biologique" (au sens "génétique" ici), la transcription doit alors intervenir, selon eux, dès lors qu'elle apparaît dans l'acte de naissance : *"que la mère ait abandonné l'enfant conformément aux lois locales postérieurement à la naissance n'y change rien : la maternité a été établie dans l'acte de naissance et il n'est nullement fait mention d'une disparition rétroactive de cette filiation maternelle. Dans une telle hypothèse, il n'y a aucune raison, au lendemain des arrêts de la CEDH, de refuser de transcrire l'acte étranger dans son intégralité : les indications qui y figurent sont véridiques"*.

- Si la mère "biologique" n'est ni la mère porteuse ni la mère d'intention, ils estiment que la consécration de la maternité de la mère porteuse n'aurait pas de sens : *"Telle était l'hypothèse des affaires Mennesson et Labassée. Dans ces deux affaires, les enfants avaient été conçus avec les gamètes du père à la fois biologique et d'intention et les ovocytes de donneuses. Une fois les fécondations in vitro réalisées, les embryons avaient été implantés dans l'utérus d'une mère « uniquement » porteuse. [...] "quid de la règle mater semper certa ? Doit-on l'écarter dans l'hypothèse où la mère porteuse apparaîtrait dans l'acte de naissance en qualité de mère, la maternité à l'égard de la mère d'intention n'étant établie qu'ultérieurement, dans un jugement d'adoption ou dans un acte équivalent (ce qui n'était, semble-t-il, pas le cas dans les arrêts Mennesson et Labassée) ? La mère porteuse n'est pas la mère biologique de l'enfant. Il n'y a donc pas d'obligation de reconnaître cette maternité au regard de la jurisprudence de la CEDH. Elle n'en figure pas moins dans l'acte de naissance, et cet acte est véridique puisque cette femme est celle qui a accouché... Mais ne serait-il pas*

²⁴ "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014", Recueil Dalloz 2014, p. 1773.

absurde de consacrer une maternité qui n'en est pas une, ni au regard du droit étranger, ni au regard de la biologie, ni au regard des faits, puisque la mère a renoncé à ses droits et confié l'enfant aux parents d'intention ? Pour sortir de l'impasse, il conviendrait sans doute de repenser la règle mater semper certa. Mais cela supposerait une réforme en profondeur de notre droit positif...”.

- La question est encore plus délicate dans l'hypothèse où la mère d'intention est la mère “biologique” de l'enfant : la reconnaissance du lien de filiation se heurte alors à la règle *mater semper certa est* : *“la femme qui a donné ses gamètes n'est pas celle qui a accouché”.*

S'agissant de la création d'un lien avec les parents d'intention, ces auteurs estiment que *“si, dans ses arrêts du 26 juin 2014, la Cour européenne n'impose pas que soit consacrée la parenté d'intention en tant que telle [...] elle y pousse pourtant. De fait, on remarquera que dans les arrêts Labassée et Mennesson, la Cour fait référence à la mère d'intention au titre des droits de succession. Elle rattache cette question à « l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés » (Labassée, § 77 ; Mennesson, § 98). Certes, l'atteinte portée par le refus de reconnaissance n'apparaît pas disproportionnée, compte tenu de l'importance des intérêts défendus par l'Etat.*

Mais si la reconnaissance n'est pas obligatoire, priver l'enfant de toute possibilité d'établir ultérieurement un lien de filiation, en utilisant les instruments prévus par le droit français, ne risque-t-il pas de tomber sous le coup de l'article 8 ? De plus, cette filiation a été établie à l'étranger. Elle est même partiellement « importée » en France puisque, selon la Cour de cassation, l'enfant dispose de la filiation établie à l'étranger. Refuser toute possibilité de reconnaître ou de consacrer ces liens sur le seul fondement des circonstances de la naissance est-il vraiment raisonnable ?”

→ Johanna Guillaumé²⁵ soutient également que *“les arrêts n'imposent pas d'établir la filiation maternelle si la mère d'intention n'est pas également la mère biologique”.* Mais, comme tous les auteurs, elle s'interroge sur le sens de la maternité “biologique” dans les arrêts de la Cour EDH : *“Encore faut-il savoir ce que recouvre la notion de mère biologique [...]. Est-ce la mère génétique ? Dans ce cas, la filiation de la mère d'intention devra être établie toutes les fois où l'enfant a été conçu avec ses propres ovocytes. Ou est-ce la mère gestatrice ? Auquel cas la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse ne sera jamais établie à l'égard de la mère d'intention. Cette dernière solution, conforme au droit positif français, invite à s'interroger sur l'existence d'une inégalité entre la paternité et la maternité [...]. Mais les notions utilisées par la Cour EDH doivent être entendues au sens où l'entend la Cour, toutes les fois qu'elle en*

²⁵ “Transcription d'un acte de naissance étranger - Gestation pour le compte d'autrui”, *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2014, comm. 16.

donne une définition autonome. Selon la Cour EDH, qui de la génitrice ou de la gestatrice est la mère biologique de l'enfant ?”

Elle ajoute : *“En imposant la seule reconnaissance de la filiation biologique, la Cour EDH a donc fait le choix d'une solution modérée. Quitte à faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, n'aurait-il pas mieux fallu imposer la reconnaissance de la double filiation paternelle et maternelle prononcée par le droit étranger ? (solution préconisée par le rapport de la mission « Filiation, origines, parentalité », à l'unanimité des membres du groupe : Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, présidé par I. Théry, 2014, p. 186 et s. - V. aussi P. Lagarde, in Rev. crit. DIP 2009, p. 320, note ss Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008 qui propose l'établissement d'« une sorte de filiation putative, maintenant la filiation maternelle de l'enfant malgré l'illicéité du contrat conclu par sa mère avec la mère porteuse »). Certes, une telle solution aurait pour conséquence de cautionner le contournement de la loi française, récemment qualifié de fraude à la loi (Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, (2 esp.), préc. - Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014). Mais la sanction ne doit pas peser sur l'enfant, étranger à la conclusion du contrat de mère porteuse. Elle aurait également pour conséquence de faire triompher la loi étrangère permissive au détriment du droit prohibitif du for pourtant impératif au plan international. Mais la France n'admet-elle pas la primauté de la loi permissive lorsqu'il s'agit de la loi française ? [...]*

En réalité, le problème ne vient pas du fait que les parents vont chercher à l'étranger ce que le for d'origine ne leur permet pas d'obtenir afin d'échapper à leur statut personnel prohibitif. Comment reprocher à des individus de vouloir échapper à un déterminisme juridique, le plus souvent lié à leur lieu de naissance ? Le problème résulte de la possibilité de bénéficier de lois permissives dans un État avec lequel les parents ne présentent aucun lien de rattachement. Autrement dit, c'est la création de la situation qui pose problème et non ses effets. Une fois l'enfant né, il semble difficile de faire prévaloir l'argument tiré de l'autorité de la loi. Une coopération entre États paraît donc nécessaire, que ce soit pour encadrer le recours à la gestation pour autrui ou, plus largement, pour déterminer à quelles conditions un individu peut s'affranchir de son statut prohibitif”.

→ Pour J. P. Marguénaud²⁶, les arrêts manquent de clarté sur la question de la parenté d'intention, ce qu'il regrette car, selon lui, la solution s'impose dans l'intérêt de l'enfant : *“Il convient néanmoins de regretter que la Cour ait laissé planer une ambiguïté sur leur portée. Par deux fois, elle a, en effet, cru devoir souligner que son analyse relative aux inconvénients identitaires liés au refus de transcription prenait un relief particulier lorsque, comme dans les deux espèces, l'un des parents d'intention était également le géniteur de l'enfant. On pourrait être porté à croire, dans ces conditions, que, au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme, la reconnaissance de la filiation*

²⁶ “La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui”, RTD Civ. 2014 p. 835.

est nécessaire seulement à l'égard du père d'intention et biologique ou, dans d'autres hypothèses que celle des affaires Mennesson et Labassée, vis-à-vis de la mère d'intention qui est aussi la mère biologique parce qu'elle a fourni les ovules ayant permis de créer l'embryon transféré dans l'utérus de la mère porteuse, mais jamais relativement à la mère d'intention qui n'est que mère d'intention. C'est ici qu'il y a lieu de reprocher à la Cour de n'avoir pas levé l'ambiguïté [...]. Elle aurait ainsi pu éviter à la France et à l'Europe des combats d'arrière garde que d'aucuns ne pourront pas s'empêcher de livrer, en pure perte selon toute vraisemblance, car, l'analyse de la Cour n'aboutit jamais à conclure que les atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui dont la reconnaissance juridique est refusée ne sont constituées que si et seulement si son parent d'intention est aussi son parent biologique”.

→ Pour B. Haftel²⁷, en revanche, la condamnation de la Cour de Strasbourg ne porte que sur le refus de transcription de la filiation paternelle. “Néanmoins”, ajoute-t-il, “si la filiation n'était établie qu'à l'égard du père géniteur, les enfants resteraient amputés d'une partie de leurs droits, restant privés de tout droit au nom, à la nationalité, à la succession... à l'égard de leur mère d'intention. Et que dire en cas de séparation ou de décès du père ? À cet égard, la décision rendue sur le fondement de l'art. 8 seul pourrait être relayée sur le terrain de la non-discrimination. Et on ne peut que regretter que la Cour ait ici estimé inutile de se prononcer sur cet aspect”.

→ Pour F. Sudre²⁸, “les arrêts de la Cour, rendus au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, sont source d'incohérence juridique à l'égard de la GPA. D'abord, parce qu'ils confèrent des effets juridiques à une situation formellement interdite par le législateur. Ensuite, parce qu'ils placent les enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger dans une situation différente quant à leur filiation paternelle et à leur filiation maternelle. À cet égard, les arrêts n'ont pour seul effet que d'imposer à la France la reconnaissance de la filiation paternelle fondée sur la vérité biologique... Par contre, la mère d'intention étant laissée à l'écart par l'arrêt de la Cour européenne, la question de la reconnaissance de la filiation maternelle reste entière”.

→ Pour M. Farge²⁹, la Cour EDH n'a pas “réellement abordé les affaires sous l'angle des objectifs et des méthodes du droit international privé. Fondamentalement, c'est moins la rupture de l'unité du statut des personnes provoquée par le refus de reconnaître les jugements américains qui justifie la condamnation que l'impossibilité

²⁷ “Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme”, AJ Famille 2014 p. 499.

²⁸ Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, JCP n° 28, 14 juillet 2014, doct. 832.

²⁹ “La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français mais prescrit un remède discutable”, RDLF 2014, chron. n° 21.

pour l'enfant de disposer en France d'une filiation paternelle conforme à la biologie. Autrement dit, l'approche de la Cour européenne est moins conflictuelle que matérielle".

Il estime qu' "en se centrant sur la filiation paternelle, la Cour indique nécessairement que le défaut de reconnaissance de la filiation maternelle, n'est pas, quant à lui, condamné. L'approche retenue est habile. D'une part, elle s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour refusant d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien qui ne correspond pas à un lien biologique. D'autre part, elle escamote la dimension internationale des litiges : moins que le défaut de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger, condamné antérieurement dans l'arrêt Wagner précité ou dans l'arrêt Negrepontis-Giannisis contre Grèce, c'est le défaut de reconnaissance d'une filiation biologique que la Cour condamne. Dans ces conditions, l'arrêt de la Cour européenne aurait pour seule conséquence d'imposer à l'État français la reconnaissance de la filiation paternelle en lui accordant la possibilité de laisser la mère d'intention dans la clandestinité juridique. Le privilège réservé au père biologique est difficile à justifier (A) de sorte qu'il est malaisé à mettre en oeuvre (B).

A - Un privilège paternel difficile à justifier

La Cour européenne invite à traiter différemment la filiation paternelle et la filiation maternelle. Le critère biologique peut-il le justifier ? [...] la solution préconisée par la Cour européenne conduit à traiter différemment les hommes célibataires et les couples hétérosexuels ayant recours à la gestation pour autrui. Elle permet de satisfaire entièrement l'objectif des premiers alors que les seconds demeureront marqués - sous la forme d'un confinement de la mère d'intention à la clandestinité juridique - par leur choix de braver l'interdit français.

La prime accordée à la biologie peut aussi être éprouvée en raisonnant sur l'hypothèse, non illustrée par les arrêts commentés, dans laquelle la maternité se divise. Ainsi en est-il lorsque l'enfant a été porté par une mère porteuse, mais conçu à l'aide d'un ovule de la mère d'intention. En pareil cas, l'enfant a deux mères biologiques : une mère génétique (genitrix) et une mère gestatrice (gestatrix). En droit français, on sait qu'il n'a qu'une mère légale : celle qui accouche. Rien ne permet de croire que la Cour européenne reproduise cette solution et considère que la qualité de mère doit être refusée à la genitrix. En présence d'un enfant né d'une GPA, ne faudrait-il pas, en effet, accueillir la filiation établie à l'étranger au profit de la genitrix lorsqu'elle est corroborée par une réalité sociale et affective ? [...]. Reste à se demander si la filiation sociologique doit être décisive exclusivement lorsque la filiation biologique se divise. Ne faudrait-il pas lui accorder le même poids lorsque la qualité de mère est en balance entre une mère d'intention ayant sollicité une tiers donneuse mais assumant son rôle depuis des années et une mère porteuse ayant abandonné (dès avant la conception comme au jour de la naissance) toute prétention maternelle ? La Cour européenne a éludé cette question en retenant une conception exclusivement biologique de la filiation. Accordant la consécration juridique au père d'intention au

prétexte qu'il a pu apporter ses forces génétiques, laissant la mère d'intention en dehors du droit, la solution préconisée par la Cour européenne révèle ses limites lorsqu'il s'agit de la mettre en oeuvre.

B – Un privilège paternel difficile à mettre en oeuvre

[...] l'accès à la filiation paternelle est techniquement possible. Mais cet accès soulève une autre difficulté : sur quel fondement s'opposer à la seule filiation maternelle ? Ouvrons la discussion technique en sachant qu'elle révélera les limites du choix substantiel proposé par la Cour européenne.

La voie de la reconnaissance paternelle est incontestablement ouverte et efficace sauf à ce que les parquets combattent la jurisprudence européenne. Mais cette voie n'est pas neutre. Au sein d'un couple elle vaut abdication du projet commun sauf à considérer qu'il pourrait se réaliser par la suite par l'adoption de l'enfant du conjoint.

La voie de la transcription est plus délicate juridiquement en présence d'un acte de l'état civil étranger reconnaissant aux père et mère la qualité de parent. Lorsque cet acte s'adosse sur un jugement comme dans les affaires commentées, la jurisprudence privilégie un contrôle de régularité de la décision judiciaire non seulement parce qu'elle est un préalable indispensable en droit local à l'établissement de la filiation des enfants issus de la gestation pour autrui, mais aussi parce que cette décision exprime avec plus d'autorité la position de l'ordre juridique étranger que ne le font les actes de naissance. Pour tirer les conséquences de la jurisprudence européenne, il faudra que ce contrôle se conclue par une reconnaissance partielle du jugement étranger. Autrement dit, il faudra que les juges français considèrent que les filiations paternelle et maternelle sont dissociables de sorte que seule la première est reconnue en France. [...]

Techniquement, il est donc possible de biffer la seule filiation maternelle. Mais encore faut-il trouver une justification à cet accueil sélectif. Refusant de reconnaître les deux filiations, on se souvient que la Cour de cassation a initialement choisi de raisonner sur le terrain de la contrariété à l'ordre public pour ensuite privilégier l'exception de fraude. Ces deux garde-fous peuvent-ils encore être mobilisés pour s'opposer à la seule filiation maternelle ? S'agissant de l'exception de fraude, il a été observé qu'elle a le mérite de mettre l'accent sur la sanction du comportement répréhensible des parents d'intention c'est-à-dire que la fraude sanctionne la volonté commune de délocaliser la procréation et la naissance de l'enfant. Dans ces conditions, la fraude (qui corrompt tout) doit conduire à traiter identiquement les père et mère car ils sont identiquement responsables de la transgression de l'interdit français. Il faut donc rechercher un autre fondement justifiant le privilège paternel. Il reste alors l'exception d'ordre public. Cette dernière peut-elle justifier un traitement différencié ? Il y a lieu d'en douter. Comment opposer les principes essentiels du droit français - à savoir le rejet de la "marchandisation" de la vie et du corps humain - exclusivement à la mère ? La filiation paternelle n'est-elle pas également l'aboutissement d'un processus d'ensemble

contraire a ces valeurs ? Pour s'opposer a la seule filiation maternelle, il faudrait ériger en principe essentiel du droit français la maxime selon laquelle la mère ne peut être que celle qui accouche.

Décidément il ne sera pas simple de découvrir un raisonnement permettant de justifier la prime accordée à la biologie et le traitement dissocié des parents”.

→ Pour F. Granet³⁰, la question est désormais de “définir la maternité et de savoir si, à l'instar de la filiation paternelle, la réalité génétique suffit à permettre la reconnaissance de ce lien de filiation maternelle en dépit du défaut d'accouchement ou si le principe *Mater semper certa est* doit primer, y compris dans cette situation. Bien des incertitudes subsistent donc, et il faudra attendre que la jurisprudence se construise, en France comme à l'étranger, et au sein de la Cour européenne”.

→ I. Corpart³¹ expose également qu'il “faudrait sans doute envisager d'étendre la réflexion à la maternité et se demander si, au regard de l'article 47 du Code civil, les faits correspondent à la réalité, en s'interrogeant sur les deux composantes de la maternité, la femme pouvant être tant génitrice que gestatrice. Dans les affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme, les enfants n'étaient pas génétiquement issus de la mère d'intention et toute la question est de savoir s'il convient de placer à égalité mère et père biologiques, en se demandant ce que signifie au demeurant être mère biologique : s'agit-il d'une question de gènes ou de gestation ? Telle est déjà l'approche de législations étrangères qui autorisent une femme à devenir la mère légale même lorsqu'elle ne peut pas porter elle-même ses embryons et les confie à une mère qui n'est alors que gestatrice”.

→ F. Bicheron³² pose “la question de savoir si la Cour de cassation est également encline à la transcription de la filiation établie à l'égard des parents d'intention, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, de la femme désignée comme étant la mère de l'enfant dont une autre est accouchée. Une décision en ce sens sonnerait le glas de l'adage *Mater semper certa est*, conduisant les juristes à s'interroger sur ce qu'est une mère, aujourd'hui. La mère génitrice ? La mère gestatrice ? La mère nourricière ? La mère d'intention ? Vertigineuse question. Et l'intérêt de l'enfant dans tout ça ?”

→ Selon J.-R. Binet³³, “dès lors que l'acte de naissance établi à l'étranger correspond à la réalité, rien ne s'oppose à sa transcription à l'état civil français. Les choses

³⁰ Droit de la filiation, janvier 2015 - janvier 2016, *Dalloz* 2016, p. 857.

³¹ “La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière - Entre droit français et réalités étrangères”, *Dr. famille* n° 11, novembre 2015, étude 14.

³² *Defrénois*, 15 juillet 2015 n° 13-14, p. 721, “Qu'est-ce qu'une mère ?”

³³ “GPA : si le père est certain...”, *Dr. famille* n° 9, septembre 2015, repère 8.

seraient évidemment différentes si l'acte désignait comme père et mère ceux que la pratique nomme « les parents d'intention » ou s'il désignait deux pères. Alors, en effet, les actes ne correspondraient pas à la réalité et leur transcription devrait se heurter à un refus. Mais telle n'était pas la situation dans les deux espèces soumises et il serait hasardeux de faire dire à la Cour de cassation plus que ce qu'elle a dit”.

→ Pour S. Bollée³⁴, “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. Cette question est de savoir si un autre individu que celui auquel le droit français rattacherait a priori l'enfant est susceptible de se voir reconnaître, en France, la qualité juridique de parent. Concrètement, l'enjeu concerne la mère d'intention ou, dans un couple d'hommes, celui qui n'a pas fourni son matériel génétique. Dans les cas où le droit étranger attribue à l'un d'eux la qualité de parent, il serait théoriquement concevable que les mécanismes du droit international privé conduisent à accepter cette situation en France. Seulement la Cour de cassation s'y est toujours opposée, et cette position n'a pas été remise en cause, jusqu'à plus ample informé, par la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts de l'assemblée plénière ne laissent eux-mêmes augurer aucun changement de cap.

Il serait sage que la jurisprudence en reste là, car aussi longtemps que la gestation pour autrui demeure interdite en France, la possibilité d'établir partiellement la filiation représentera le moins mauvais compromis possible. C'est que l'on ne peut guère se passer d'une sanction : une interdiction n'a pas de sens si, lorsqu'elle est enfreinte, tout se passe comme si elle n'existait pas. D'aucuns font valoir, il est vrai, que l'ineffectivité de la position du droit français est déjà amplement constatée et devrait conduire à reconsidérer cette interdiction. C'est cependant un autre débat, qu'il revient au législateur et non aux juges de trancher”.

→ Commentant les arrêts de l'assemblée plénière, après avoir commenté ceux de la Cour de Strasbourg, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon³⁵ estiment que “la Cour de cassation abandonne son refus de laisser produire tout effet à la situation née à l'étranger dans le cadre d'un contrat de GPA. Mais ce revirement reste limité, compte tenu à la fois du cadre très particulier dans lequel il intervient et des carences de l'instrument utilisé. S'il y a bien changement de cap (I), la destination est incertaine (II)...[...]

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.

³⁴ Recueil Dalloz 2015 p. 1481, “Gestation pour autrui : la voie du compromis”.

³⁵ Recueil Dalloz 2015 p.1819, “Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation”.

Il pourrait en aller différemment si la femme mentionnée dans l'acte de 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. Et quid si l'acte étranger mentionne deux pères ? En droit français, il n'y a que l'adoption qui puisse donner lieu à établissement d'un tel acte de naissance... Donc, si l'on reste sur le seul terrain de l'article 47 du code civil et de la force probante de cet acte, il n'est pas certain que cet acte puisse être jugé régulier puisque, s'il respecte bien la loi étrangère, il ne respecte pas les règles françaises. Reste toutefois à savoir si, dans ce cas particulier, elles seront qualifiées d'impératives. [...]

Les faits contenus dans les actes de naissance étaient-ils dans les deux espèces conformes à la réalité ? Dans les deux affaires, toutes les indications contenues dans les actes sont conformes à la réalité : le père de chaque enfant est bien son père biologique et la mère de chaque enfant est bien celle qui a accouché. Reste la question de l'origine de l'ovocyte qui a permis de concevoir l'enfant ainsi porté... Mais elle n'a pas été posée dans ces affaires et, comme aucune autre femme ne prétendait à la qualité de mère (on songe ici à la mère à la fois biologique et d'intention, mais non gestatrice...), il n'y avait pas lieu de discuter ce qu'est la réalité en matière de maternité. La situation pourrait peut-être se révéler bien moins évidente s'il y avait une mère d'intention indiquée comme mère dans l'acte de naissance. Il faudrait alors se poser la question de savoir de quelle réalité parle l'article 47 : la seule réalité factuelle (et, dans ce cas, quel fait faut-il retenir ? Celui de la grossesse ou celui de la génétique si la mère d'intention est la mère biologique ?) ou bien la réalité juridique telle qu'elle résulte de l'application de la loi étrangère ou d'une décision étrangère. Il n'est pas certain qu'il soit souhaitable de se lancer dans de tels débats...

L'utilisation de l'article 47 du code civil a permis à la Cour d'opérer un revirement « en douceur ». Mais on ne peut que constater qu'il est circonscrit à la seule hypothèse des affaires qui lui étaient soumises : un père d'intention biologique, et une mère porteuse inscrite comme mère dans l'acte de naissance. Le changement de cap est donc forcément limité et l'on ne sait trop vers quelle destination il peut conduire. [...].

Les actes de l'état civil ne sont que des modes de preuve de l'état des personnes et non l'état lui-même. Prouver qu'un état de la personne a été créé à l'étranger ne signifie pas pour autant que cet état soit reconnu en France, c'est-à-dire produise ses effets dans l'ordre juridique français. Ainsi, l'acte de mariage étranger attestant qu'un Français s'est marié de manière polygame à l'étranger devant une autorité étrangère compétente avec deux épouses de nationalités étrangères dont le statut personnel autorise la polygamie peut parfaitement être produit en France. Cet acte fera la preuve qu'un mariage a bien été célébré tel jour, à telle heure, entre telles personnes devant telle autorité. Mais il est évident que l'état d'époux dont il témoigne ne sera pas reconnu en France en raison de la prohibition de la polygamie pour les Français.

L'acte fait alors foi d'un état de la personne non reconnu et non opposable en France. Le droit français n'a pas le pouvoir d'annuler ce mariage « universellement » [...] En revanche, le juge français a le pouvoir de déclarer ce mariage sans effet en France, c'est-à-dire de refuser de reconnaître l'état d'époux des intéressés. Il ne peut pas nier que le mariage existe à l'étranger, mais il peut le priver d'efficacité en France.

Le même phénomène se produit quant aux actes de naissance et de reconnaissance en matière de filiation : ce n'est pas parce qu'un acte est considéré comme probant que la filiation dont il atteste est reconnue en France. Reste la limite posée par la CEDH : si la filiation inscrite par l'acte correspond à la vérité biologique et est vécue et souhaitée par les intéressés, elle doit être reconnue en France ou, à défaut, pouvoir être reconstruite more gallico. En dehors de cette hypothèse, la CEDH, qui laisse tout de même le choix de la méthode, n'impose rien.

Certes, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, et en particulier au respect de son identité, laisse penser qu'un problème peut se poser à défaut de reconnaissance ou d'autorisation de reconstruction en présence de n'importe quel type de filiation, (c'est d'ailleurs ce que sous-entendait la CEDH dans les arrêts Mennesson et Labassée), mais les problèmes doivent être clairement identifiés et traités distinctement. La force probante de l'acte de naissance étranger permet de savoir si une filiation a bien été établie à l'étranger et justifie une transcription sur les registres français dès lors qu'aucun problème de reconnaissance de la filiation ne se pose a priori. En revanche, ni l'acte étranger, ni la transcription, qui n'est pas une procédure de contrôle de régularité de l'état de la personne contenu dans l'acte, ne gagent de l'effet qu'aura cette filiation en France. Pour cela il faut contrôler ce que l'on pourrait appeler l'efficacité internationale de l'état de la personne, et, en l'occurrence, celle de la filiation”.

→ M.-C. Le Boursicot³⁶ estime quant à elle que la “réalité” de l'article 47 est la réalité de la naissance.

“L'acte de naissance étranger peut mentionner comme mère, celle qui a sollicité les services de la gestatrice, ou bien le père d'intention qui n'est pas le géniteur.

Ces faits ne correspondent pas alors à la réalité de la naissance tels que nous les entendons en droit interne. Certains soutiennent qu'ils correspondraient à la réalité de la filiation juridiquement établie à l'étranger. [...] Cette conception maximaliste permettrait la transcription automatique des actes de naissance étrangers. En effet, le ministère public ne pourrait plus s'opposer à la transcription que si l'acte de naissance est irrégulier ou falsifié et ne pourrait plus contester la filiation même si elle est

³⁶ “La filiation de l'enfant né en exécution d'un contrat de gestation pour le compte d'autrui”, *Revue Lamy Droit Civil*, 2015, p. 129.

invraisemblable, parce qu'elle serait établie vis à vis de deux pères, ou parce que la mère d'intention aurait été dans l'impossibilité de porter et de mettre l'enfant au monde.

Il s'agit de la voie apparemment suivie par un arrêt rendu le 10 décembre 2014 par la Cour suprême fédérale d'Allemagne (Bundesgerichtshof) [...]. Cet arrêt a reconnu que le jugement californien nommant deux pères d'intention en qualité de parents, établissait cette double filiation, alors que les juges du fond allemands avaient préconisé le recours à l'adoption pour le père non géniteur. Selon les motifs de cette décision, le risque d'un recours à l'adoption serait que les parents d'intention changent d'avis après la naissance de l'enfant.

En tout état de cause, la reconnaissance de la maternité de la mère d'intention, légalement établie dans le pays de naissance de l'enfant, ne poserait plus de problème.

Il n'en demeure pas moins que le titre de filiation ainsi constitué à l'étranger serait fragile puisque contestable et ne correspondant pas à la réalité biologique tant qu'il n'aurait pas été conforté par la possession d'état conforme, c'est-à-dire pendant 5 années, et même au-delà en cas de contestation par le ministère public, ce d'autant plus qu'il couvrirait un délit d'atteinte à la filiation, et plus précisément à l'état civil, constitué par la simulation d'enfant, le fait de prêter à une femme un accouchement qui n'a pas eu lieu (C. pen., art. 227-13).

Les arrêts du 3 juillet 2015, qui constatent la réalité des faits mentionnés dans l'acte de naissance russe, accouchement de la mère et engendrement du père présumé du fait de la reconnaissance anténatale, ne semblent pas s'être engagés sur cette voie”.

Pour elle, “la mère d'intention peut être la génitrice de l'enfant, mais cette réalité biologique ne suffit pas à constituer un fait réel de naissance, qui se comprend comme la venue au monde, à savoir l'accouchement. La mère d'intention qui n'est pas la mère de naissance, peut voir sa maternité remise en cause par le ministère public, comme elle l'était jusqu'à présent, à partir d'un faisceau d'indices qui font présumer qu'elle n'a pas accouché à l'étranger de l'enfant : il en est ainsi de ses déplacements dans le pays de naissance, quelques jours avant ou même après l'accouchement, de l'établissement de son domicile et de la poursuite de son activité en France pendant la grossesse supposée.

Dans l'hypothèse d'un père commanditaire non géniteur, la reconnaissance de l'enfant suffira a priori à établir la filiation, les indices qui rendraient invraisemblable cette paternité étant difficiles à discerner.

La position du père d'intention, compagnon ou mari du géniteur, est plus compliquée, même s'il figure sur l'acte de naissance, car il ne peut pas alors prétendre à la vraisemblance des faits”.

La solution résiderait, selon M.-C. Le Boursicot, dans le prononcé de l'adoption "qui correspond à la nature de la filiation reliant l'enfant au parent d'intention" et "qui ne bouleverserait pas notre droit de la filiation".

→ Enfin, A. Gouttenoire³⁷ estime 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. On peut même considérer 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. Cette voie étroite est également celle empruntée par la Cour EDH, qui dans l'arrêt Menesson comme dans l'arrêt Paradiso et Campanelli, a refusé de qualifier de violation du droit au respect de la vie familiale le défaut de reconnaissance de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention. L'absence de reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, telle qu'établie par le droit étranger, s'inscrit dans la logique de la jurisprudence de la Cour européenne qui n'accepte d'imposer aux États la reconnaissance d'un lien de filiation que lorsqu'il est fondé sur un lien de sang (F. Sudre (ss dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* : PUF, 2015, p. 583 et s.). Ce refus de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention constitue finalement le revers de la consécration du principe *Mater semper est*, fondateur de l'arrêt *Marckx contre Belgique* (CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74 : GACEDH 2014, p. 570). Il n'en reste pas moins hautement problématique pour les enfants concernés, dont la filiation maternelle ne devrait pas être reconnue en France, alors que leur filiation paternelle pourra bénéficier d'une transcription sur les registres d'État civil".

4.3 - Les solutions adoptées par les juridictions suprêmes européennes des Etats prohibant la gestation pour autrui sur leur territoire national

On rappellera pour mémoire que, s'agissant du droit de l'Union, la Cour de Justice n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la gestation pour autrui avec les droits fondamentaux de l'Union. Elle s'est uniquement prononcée sur la question du droit au congé de maternité en cas de gestation pour autrui. Par deux arrêts du 18 mars 2014³⁸, elle a décidé que les Etats membres n'étaient pas tenus d'accorder un congé de maternité au titre des directives 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 et 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, à la mère

³⁷ "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.

³⁸ CJUE, arrêts du 18 mars 2014, C-167/12, C.D. c/ S.T. et C-363/12, Z. c/ A Government Department and The Board of Management of a Community School. V. pour un commentaire de ces décisions F. Monéger, "Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap", RDSS, n°3, mai-juin 2014, p. 478 et F.-X Bréchet, "La CJUE face à la gestation pour autrui, le choix de la retenue", Dr. famille n°7-8, juillet 2014, comm. 112.

“commanditaire” ayant eu un enfant grâce à une convention de “mère porteuse”, les dispositions européennes relatives au congé de maternité ne pouvant s’appliquer qu’aux travailleuses ayant été enceintes ou ayant accouché.

La question de la reconnaissance des situations régulièrement constituées à l’étranger s’est par ailleurs posée à nos voisins européens et il est intéressant de se pencher sur les réponses apportées par les juridictions suprêmes des Etats qui prohibent la gestation pour autrui³⁹. On constate qu’elles divergent.

- **En Espagne**, le *Tribunal supremo*, en son assemblée civile plénière, a, par une décision du 6 février 2014 (*Sentencia* n°835/2013), rejeté l’inscription de la filiation de deux enfants nés en Californie à la suite d’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 était un contrat de gestation pour autrui, interdit par le droit espagnol. Le *Tribunal supremo* a jugé que l’ordre public espagnol s’opposait à ce qu’une filiation établie par des actes étrangers en vertu d’une loi autorisant le recours à la gestation pour autrui soit transcrite sur les registres espagnols de l’état civil. 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, le *Tribunal* 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. Cette position a été confirmée par un acte du 2 février 2015 (ATS 335/2015).

- **En Irlande**, par six décisions du 7 novembre 2014, la *Supreme Court* 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 au Parlement national de modifier la loi en la matière.

- **En Italie**, la première section civile de la *Corte suprema di cassazione* a, par une décision du 11 novembre 2014 (*Sentenza* 24001/14), rejeté le pourvoi de deux parents d’intention d’un enfant conçu avec les gamètes de donneurs, qui avaient eu recours à une gestation pour autrui, 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

³⁹ Les éléments qui suivent ont été recueillis par le Bureau du droit comparé du service de documentation, des études et du rapport et publiés dans le bulletin d’information de la Cour de cassation n° 831 du 15 novembre 2015.

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.

Le 27 janvier 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à connaître de l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*⁴⁰, dont les circonstances de fait étaient similaires. Elle a énoncé que *“la référence à l'ordre public ne saurait [...] passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre”* (§ 80). Elle a ajouté qu'*“il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale”*.

- **Le Tribunal fédéral de Suisse** (*Bundesgericht/Tribunale federale*) a, par arrêt du 21 mai 2015, décidé que le partenaire enregistré du père biologique d'un enfant né d'une mère porteuse en Californie ne pouvait pas se faire enregistrer en qualité de parent de

⁴⁰ CEDH, 27 janvier 2015, n° 25358/12 : Dans cette affaire très particulière, des époux italiens avaient conclu une convention de maternité pour autrui en Russie et l'enfant avait été déclaré à l'état civil en Russie comme né des époux “commanditaires”, conformément au droit russe. A leur retour en Italie, ils ont été mis en examen devant une juridiction pénale pour altération de l'état civil du nouveau-né, le consulat d'Italie à Moscou ayant informé un tribunal italien pour mineurs que l'acte de naissance contenait des données fausses.

Des analyses ADN ayant révélé que l'enfant n'avait aucun lien génétique avec l'un et l'autre des époux, le tribunal pour mineurs a privé ces derniers de tous leurs droits parentaux et leur a enlevé l'enfant, auquel un nouveau nom a été attribué. Le couple a parallèlement été débouté de sa demande de transcription de l'acte de naissance russe dans les registres italiens et l'enfant a été adopté par des tiers. Les époux ont alors saisi la Cour européenne, qui a jugé que le droit au respect de la vie privée et familiale imposait qu'on ne puisse, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparer un enfant et ses parents, qu'ils soient ou non ses parents génétiques, et que les circonstances particulières de la gestation pour autrui en l'espèce ne pouvaient justifier une rupture des liens existant entre l'enfant et ses parents d'intention. Mais elle a estimé que le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants n'allait pas jusqu'à imposer à l'État italien de reconnaître un lien de filiation qui serait contraire à la vérité biologique, et que leur restituer l'enfant aurait abouti à briser une nouvelle fois les liens affectifs tissés entre lui et ses parents adoptifs.

La Cour européenne a donc condamné, sur le fondement du droit au respect de la vie familiale, le placement de l'enfant auprès d'une famille d'accueil et la séparation définitive d'avec ses parents d'intention qui en est résultée, mais elle n'a pas condamné le défaut de reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse à l'étranger. Cependant, l'affaire a été portée en Grande chambre, où l'audience s'est tenue le 9 décembre 2015. L'arrêt est attendu.

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 a refusé la transcription de la filiation établie par un certificat de naissance à la suite d'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.

- En revanche, **en Allemagne**, le *Bundesgerichtshof*, par une décision du 10 décembre 2014, 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.

S. Hennette-Vauchez et F. Bellivier⁴¹, citées par Monsieur le conseiller Soulard dans son rapport relatif aux arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015, commentent ainsi cette décision, rappelant d'abord l'analyse des juges d'appel :

“Autant les juges d'appel n'ont aucun mal à reconnaître juridiquement la paternité du partenaire n° 1 (il est le père biologique de cet enfant et la femme porteuse n'étant pas mariée, la présomption de paternité envers son mari n'a pu jouer), autant ils sont réticents à établir un lien entre l'enfant et le partenaire n° 2 qui n'est ni le père génétique ni la mère de l'enfant. En effet, la reconnaissance du jugement concernant le partenaire n° 2 heurte frontalement les principes du droit allemand. Conscients de ce que la réserve tirée de l'ordre public concernant la reconnaissance d'un jugement étranger doit être interprétée de manière restrictive (voir § 109 FamFG19, loi sur la

⁴¹ “Les conséquences de l'interdiction de la gestation pour autrui sur l'état civil des enfants nés légalement à l'étranger par ce procédé : la conception des juges allemands”, Chronique Bioéthique, Cahiers Droits, Sciences et Technologies, n° 2015.

procédure dans les affaires familiales et gracieuses), les juges analysent le contrat passé pour en inférer qu'il est peu familier avec le droit allemand qui ne reconnaît la paternité/la maternité que par la filiation charnelle (Abstammung) ou l'adoption et qui interdit la gestation pour autrui sur la base de considérations similaires à celles de nos débats hexagonaux (le corps ne se loue pas, dignité de la femme et de l'enfant, importance de la relation développée in utero entre la femme et l'enfant etc.). Afin de renforcer leur solution, les juges d'appel se sont attachés à souligner les liens très forts que les partenaires et l'enfant entretiennent avec l'ordre juridique allemand : de nationalité allemande, ils résident en Allemagne et ni les partenaires ni la femme porteuse n'ont manifesté l'intention que l'enfant soit soumis au droit californien. Dès lors, les divergences de la situation ainsi créée avec le droit allemand doivent être considérées avec une attention soutenue.

Développant une argumentation très rigoureuse, au point d'être parfois répétitive, les juges de cassation, sans nier le rattachement étroit de la situation avec le for allemand, privilégient le jugement étranger et en tirent toutes les conséquences sur l'inscription de l'enfant à l'état civil".

Rappelant que le coeur du problème est, aux yeux des juges de Karlsruhe, la compatibilité ou non de la reconnaissance de la situation à l'ordre public international, les auteurs expliquent que la décision écarte finalement l'atteinte à l'ordre public international :

"Après avoir pesé le pour et le contre, les juges énoncent « l'opinion juste » (§ 34) : le fait qu'une décision étrangère confère, dans le cas d'une GPA, la parenté juridique aux parents de commande (ou d'intention), ne constitue pas une violation de l'ordre public, du moins lorsqu'il existe un lien génétique entre l'un des parents d'intention et l'enfant. Pourquoi ? D'une part, le tribunal concède que le droit allemand ne prévoit pas la reconnaissance d'un enfant par deux hommes ni l'attribution d'un enfant au partenaire ou à la partenaire d'un parent. L'autre parent ne pourrait qu'être la mère porteuse puisque c'est elle qui a accouché de l'enfant (mater semper certa est). D'autre part, la loi allemande privilégie la maternité corporelle et psychosociale (i. e. les liens de divers ordres qui se nouent, pendant la grossesse, entre la femme qui porte l'enfant à naître et ce dernier), raison pour laquelle elle condamne la gestation pour autrui.

Ensuite, alors que de prime abord, on peut penser que si la GPA est interdite, c'est parce qu'elle heurte des droits fondamentaux, la Cour inverse habilement l'argumentaire : l'atteinte peut provenir de la circonstance qu'un enfant soit privé d'un rattachement juridique à une partie de ses parents car, alors, ce parent ne pourra légalement exercer ses droits et devoirs de parents.

Enfin, que la parenté soit attribuée par la décision étrangère à un couple de partenaires du même sexe plutôt qu'à un couple marié ne peut entraîner en soi de violation de l'ordre public (§ 43). Certes, si un couple hétérosexuel (couple d'intention) peut entretenir un lien génétique plus fort avec l'enfant (quand les parents d'intention ont

tous deux fourni leurs gamètes), cela n'exclut pas une parentalité sociale et affective de même valeur des partenaires homosexuels.

Dès lors, la reconnaissance de la décision américaine ne contredit pas les principes allemands essentiels dans une mesure insupportable (§ 44). [...]

À cet égard, une chose est de condamner la GPA dans une finalité préventive générale, autre chose est de juger une affaire de GPA après coup, surtout quand l'enfant est là, qui est « porteur de droits » (Rechtsträger). [...]

Enfin, les juges soulignent l'étrangeté de la situation juridique d'un enfant qui, de quelque côté qu'il se tourne, est privé de filiation maternelle : alors qu'en vertu du droit allemand, la femme qui l'a accouché en serait la mère juridique, c'est précisément ce qui est écarté par le jugement californien. Or, un enfant n'a pas d'influence sur les circonstances de sa naissance et il ne saurait dès lors en être tenu pour responsable; c'est son bien-être qui doit être déterminant.[...] La Cour achève son raisonnement par un long paragraphe sur la responsabilité parentale, en insistant sur la sécurité plus forte à cet égard qu'offre la reconnaissance de la parenté des deux partenaires, y compris quand on la compare à l'adoption. En effet, substituer un lien adoptif à la filiation établie tout de suite après la naissance présenterait des dangers : après la naissance, les parents pourraient encore changer d'avis ou hésiter. Le lien serait donc plus précaire, surtout pour le parent non génétiquement lié à l'enfant. Il serait curieux que les parents soient déchargés de la responsabilité alors qu'ils sont à l'origine du processus de procréation”.

Les auteurs concluent ainsi :

“D’un côté, le jugement allemand montre une voie, celle qui consiste à articuler les ordres juridiques et à respecter un jugement étranger qui ne bafoue pas trop violemment les valeurs essentielles de la société dans laquelle ses effets se déploient. Ni moralisateur, ni angélique, le jugement est à la fois réaliste et maintient un fort degré d’exigence juridique. Au fond, le jugement pourrait presque se réduire à un énoncé logique : puisque l’enfant ne peut techniquement avoir de mère juridique [...], il pourra être enregistré comme enfant de deux hommes unis par un partenariat civil.

De l’autre, par hypothèse, il tranche des faits singuliers : une gestation pour autrui qui a eu lieu de façon très encadrée (et non sauvage) ; un partenaire lié biologiquement à l’enfant ; une femme porteuse qui ne lui est pas génétiquement reliée ; une femme porteuse qui n’était pas mariée. Le caractère très spécifique de la situation factuelle rend toute extrapolation délicate, et ce d’autant plus que les juges s’appuient sur ces éléments de fait pour asseoir leur décision”.

On ajoutera à ce panorama que, par deux arrêts du 20 octobre 2016, le *Tribunal supremo español* a reconnu le droit des parents d'enfants nés par gestation pour autrui de percevoir des prestations de maternité, avec cette particularité que, dans l'un

des deux cas, le demandeur à la prestation était de sexe masculin. La Sécurité sociale leur avait refusé les prestations sur le fondement de la loi sur la procréation médicalement assistée, qui tient pour nuls les contrats de gestation pour autrui. Le Tribunal suprême a donné raison aux demandeurs de ces prestations, estimant nécessaires une interprétation globale des normes appliquées et leur examen au vu de la jurisprudence de la Cour EDH et de divers principes constitutionnels, légaux et réglementaires⁴².

4.4 - Les solutions envisageables après les arrêts de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015 s'agissant de la parenté d'intention

Quelles sont, au vu de l'ensemble de ces éléments, les solutions aujourd'hui envisageables ? Avant d'examiner plus précisément les moyens développés par les parties à l'appui de leurs pourvois, tentons de résumer les pistes qui peuvent être explorées.

4.4.1 - Première option : réaffirmer l'interdit de la gestation pour autrui en refusant la reconnaissance et/ou la transcription de la filiation maternelle d'intention

Cette solution ne serait pas, en l'état, incompatible avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui, comme indiqué, n'a condamné que le refus de reconnaissance de la filiation paternelle "biologique". Ainsi, la question de la parenté d'intention relève, en l'état de la jurisprudence européenne, de la marge d'appréciation des Etats.

La filiation paternelle étant établie ou reconnue, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant pourrait ne pas être jugée disproportionnée, dès lors que celui-ci dispose de la nationalité française et d'un lien juridique avec l'un de ses parents.

La compatibilité de la solution avec la jurisprudence européenne est toutefois plus douteuse en présence d'une mère d'intention qui aurait, au même titre que le père, donné son matériel génétique à l'enfant.

1) Refuser la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger en érigeant le principe *mater semper certa est* en principe essentiel du droit français

Comme le suggère M. Farge, le principe *mater semper certa est* pourrait être érigé en principe essentiel du droit français dès lors qu'il s'agit incontestablement d'un principe fondateur de notre droit de la filiation et largement partagé universellement. Cette

⁴² Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, Bureau du droit comparé : Traduction du communiqué de presse et de la note d'information du Tribunal supremo espagnol concernant les arrêts du 20 octobre 2016 de la 4e chambre en matière de gestation pour autrui.

solution mettrait l'accent sur la difficulté majeure que recèle juridiquement la gestation pour autrui, à savoir la détermination de la mère.

2) Refuser la transcription sur le fondement de l'article 47 du code civil et de l'absence de force probante de l'acte, qui ne serait pas conforme à la "réalité"

La thèse soutenue par le ministère public est que l'acte de naissance étranger n'est pas probant car il n'est pas conforme à la réalité, entendue comme la réalité de l'accouchement. La réalité visée par l'article 47 du code civil serait donc une réalité factuelle.

Si l'on se fie à l'analyse précitée de C. Bidaud-Garon (cf. 4.1.1 *b*) ci-dessus, l'acte empreint "*d'inexactitude*" ne peut en effet être transcrit et cette inexactitude serait appréciée par le juge français saisi de la question de la force probante de l'acte, sans avoir à consulter la loi étrangère.

On relèvera toutefois qu'en limitant la réponse à la force probante des actes étrangers et, donc, à leur transcription - sans se prononcer sur un refus de reconnaissance du lien de filiation - l'établissement de la filiation maternelle, par la possession d'état, en application de l'article 311-15 du code civil, serait *a priori* possible. En effet, dans l'affaire Labassée, les époux Labassée avaient demandé un acte de notoriété et il avait été considéré qu'en raison de la fraude à la loi commise, la possession d'état était viciée. Toutefois, si la fraude (et donc le caractère vicié de la possession d'état) ne peut plus être opposée à l'établissement de la filiation paternelle, pourrait-elle encore l'être à l'établissement de la filiation maternelle ?

4.4.2 - Deuxième option : reconnaître le lien de filiation maternelle d'intention

Cette solution est la plus favorable à l'enfant, dont le lien de filiation est établi à l'égard de ses deux parents d'intention.

Elle est également la plus favorable aux mères d'intention qui, à défaut, ne disposent d'aucun lien juridique établi avec l'enfant. Comme l'ont rappelé les auteurs dans les commentaires précités, et comme l'a relevé la Cour EDH, en cas de séparation du couple ou de décès du père, la mère d'intention ne dispose, en l'absence de reconnaissance du lien de filiation, d'aucun droit vis-à-vis de l'enfant, d'aucune garantie pour l'avenir. Elle peut bénéficier, le cas échéant, d'une délégation-partage de l'autorité parentale, mais celle-ci peut toujours être remise en cause, en cas de "circonstances nouvelles" (article 377-2 du code civil).

Cette solution préserve également l'égalité des couples hétérosexuels et des couples d'hommes, ces derniers obtenant, comme dans les affaires soumises à l'assemblée plénière le 3 juillet 2015, la transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant.

Elle évite une dissociation de la filiation paternelle et de la filiation maternelle et une conception de la filiation fondée sur le seul lien "*biologique*", la composante affective ou sociologique de la filiation étant tout aussi importante en droit français⁴³.

Elle présente toutefois l'inconvénient de céder totalement face à la prohibition et de valider le "fait accompli".

1) Reconnaître la filiation maternelle d'intention au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant

La reconnaissance de la filiation maternelle d'intention établie à l'étranger est incontestablement la solution la plus favorable à l'intérêt de l'enfant, qui dispose ainsi de toutes les garanties nécessaires et de tous les droits attachés à la filiation.

Reste la question centrale : l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit primer toute autre considération, doit-il conduire à transcrire tous les actes de naissance d'enfants nés à l'issue de gestation pour autrui à l'étranger ? Quel contrôle le juge français peut-il/doit-il conserver sur le processus ayant présidé à la naissance de l'enfant ?

Comment s'assurer du respect de la dignité de la mère porteuse ? Comment veiller à ce que l'acte ne dissimule pas une adoption internationale frauduleuse, voire un trafic d'enfant ?

2) Autoriser la transcription totale de l'acte de naissance sur le fondement de l'article 47 du code civil

Cette solution implique de considérer que la "réalité" au sens de l'article 47 est la réalité juridique telle qu'elle résulte de l'application de la loi étrangère, en l'espèce la loi ukrainienne, qui déclare "*parents de l'enfant*" les conjoints ayant eu recours à la gestation pour autrui (article 123 du code ukrainien de la famille cité par l'arrêt attaqué).

La seule transcription de l'acte, en raison de son caractère probant, ne préjuge toutefois pas de la reconnaissance, en France, du lien de filiation, lequel pourrait donner lieu à contestation de la part du ministère public, sur le fondement de l'article 332, alinéa 1^{er}, du code civil, en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

⁴³ V. F. Millet, "*La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation*", JCP 2006, I, Doctr. 112 ; 1^{re} Civ., 24 février 2011, QPC n°10-40.068, évoquant la recherche d'un "*équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation*".

3) Réserver la transcription de la maternité à l'hypothèse où la mère d'intention est également la mère "génétique"

Il pourrait être envisagé, compte tenu de l'importance accordée par la Cour de Strasbourg à la filiation "biologique", entendu comme le lien "génétique" avec l'enfant, de réserver la transcription aux hypothèses dans lesquelles la mère d'intention aurait donné son matériel génétique.

Dans cette hypothèse en effet, n'est-elle pas, au même titre que le père, la "mère biologique" de l'enfant ?

La question mérite d'être posée, même si elle est en contradiction avec le principe *mater semper certa est* et avec tout notre droit de la filiation. En outre, faudra-t-il demain procéder à des tests ADN pour vérifier la filiation "génétique" maternelle ?

4.4.3 - Troisième option : refuser la reconnaissance et/ou la transcription de la filiation d'intention mais permettre l'adoption de l'enfant par l'épouse ou l'époux du père

Cette solution se situerait dans la continuité des avis précités du 22 septembre 2014 en matière d'assistance médicale à la procréation au sein des couples de femmes.

Rappelons que, par deux avis du 22 septembre 2014, la Cour de cassation a énoncé que : *"Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant"*.

Cette solution aurait l'avantage de donner un statut à l'enfant et au parent d'intention, sans bouleverser les principes du droit de la filiation.

Toutefois, il est rappelé que les avis du 22 septembre 2014 ne portaient que sur la procréation médicalement assistée (PMA) et non sur la gestation pour autrui (GPA), alors que ces deux modes de conception de l'enfant sont très différents et ne reposent pas sur les mêmes interdits.

En outre, une telle solution opérerait un revirement par rapport à l'arrêt du 31 mai 1991 précité, dans lequel la Cour de cassation a énoncé, nous l'avons vu, que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention ne pouvait être prononcée, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption.

4.5 - L'arrêt attaqué et l'analyse des moyens

I. Corpart⁴⁴ a commenté ainsi l'arrêt attaqué : *“malgré l'évolution jurisprudentielle, on peut admettre que l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention demeure impossible au regard du droit français, que seul le législateur est habilité à modifier. La transcription en ce cas continue d'être prohibée [...]. Une limite est ainsi posée à la jurisprudence nouvelle et nous nous en étions déjà félicitée (Corpart I., chron. précitée) car seuls les actes de naissance qui répondent aux exigences de l'article 47 du Code civil autorisent une transcription. Ils doivent dès lors énoncer des faits qui correspondent à la réalité, ce qui n'est pas le cas dès lors que la femme désignée comme la mère n'a jamais accouché. Il faudra néanmoins réfléchir à améliorer les relations familiales au sein de ces familles ayant eu recours à une GPA afin que le parent d'intention, dont la filiation n'aura pas été reconnue, puisse bénéficier d'aménagements lui donnant une place véritable et sécurisée aux côtés de l'enfant”*.

Laurie Dimitov⁴⁵, qui commente deux arrêts rendus le 28 septembre 2015 par la cour d'appel de Rennes dans des circonstances similaires, est plus dubitative⁴⁶ :

“Un tel raisonnement peine à emporter la conviction pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la « réalité » à laquelle se réfère ici la cour d'appel n'est pas une réalité purement factuelle, mais une réalité interprétée à travers le prisme du droit français, et plus précisément de la conception française de la maternité. La cour d'appel commence en effet par rechercher la loi applicable à la filiation et, considérant qu'il s'agit de la loi française, elle en déduit que cette loi ne permet pas de considérer la mère d'intention comme la mère « réelle » au prétexte qu'elle n'a pas accouché de l'enfant. En se plaçant à ce stade sur le terrain du droit, et non du fait, il nous semble déjà que la cour donne à l'article 47 du Code civil une portée que l'on pourrait lui contester.

Ensuite, même à considérer que la « réalité » de la filiation doive être appréciée au regard du droit applicable à cette filiation, il n'est pas du tout évident qu'il s'agissait ici du droit français. Pour la mise en oeuvre de la règle de conflits posée à l'article 311-14 du Code civil, la cour d'appel applique à la filiation la loi personnelle de la mère figurant sur l'acte de naissance (en application de (C. civ., art. 311-25), alors même qu'elle considère dans le même temps que cet acte de naissance ne saurait faire foi dans l'ordre juridique français dans la mesure où ses énonciations ne correspondent pas à

⁴⁴ “Transcription partielle des actes de naissance de deux fillettes issues d'une GPA”, *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2016, 5.

⁴⁵ *Gaz. Pal.*, 5 janvier 2016 n° 1, p. 78, *Chronique de jurisprudence de droit de la famille*.

⁴⁶ CA Rennes, 6^e ch. A, 28 sept. 2015, n° 14/05537, *M. C et a. c/ Ministère public* ; CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321, *Consorts X c/ Ministère des Affaires étrangères et a.*

la réalité. Il nous paraît pour le moins paradoxal, dans un tel contexte, de se référer à ces mêmes énonciations pour les besoins de la mise en oeuvre de la règle de conflit.

Dans la mesure où l'acte de naissance étranger est écarté, il aurait semblé plus naturel de considérer comme mère celle qui a accouché de l'enfant, conformément à la lettre des autres textes visés par la cour d'appel, à savoir les articles 325, alinéa 2 6, et 332, alinéa 1^{er} du Code civil.

Une telle interprétation aurait conduit la cour à considérer que la mère dont la loi personnelle devait être appliquée à la filiation était la mère porteuse, ce qui aurait dû l'amener à reconnaître que les énonciations des actes de naissance étaient conformes à la réalité dans la mesure où, que ce soit en vertu de la loi californienne ou en vertu de la loi indienne, il est vraisemblablement possible de déconnecter maternité et accouchement.

Par ailleurs, sur le plan des droits fondamentaux, il est permis de se demander si, aux yeux de la Cour de Strasbourg, l'intérêt de l'enfant ne devrait pas commander de reconnaître sa filiation à l'égard de sa mère d'intention, a fortiori quand il s'agit de sa mère génétique. L'avenir, et de futurs arrêts de la CEDH, nous le diront".

On notera que, depuis cet arrêt, la cour d'appel de Rennes a modifié sa jurisprudence puisque, dans un arrêt du 12 décembre 2016 (RG n° 15/08549), elle a admis la transcription de la filiation maternelle d'intention, comme de la filiation paternelle, en retenant que la convention de gestation pour autrui ne faisait plus, en soi, obstacle à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger dès lors que l'acte était conforme aux prescriptions de l'article 47 du code civil, et que la réalité au sens de ce texte devait aussi s'entendre comme celle existant juridiquement au jour où l'acte a été dressé à l'étranger.

Elle a ajouté que cette solution était la solution la plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4.5.1 Le pourvoi du parquet général près la cour d'appel de Rennes

Au soutien du **premier moyen**, le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait valoir que la réalité visée à l'article 47 du code civil ne peut être que la réalité factuelle, la conformité juridique de l'acte étant par ailleurs soumise aux autres conditions posées par ce texte (conformité aux formes usitées dans le pays étranger, absence d'irrégularité et de falsification).

Selon lui, toute autre interprétation viderait de sens le contrôle du juge imposé par l'article 47 du code civil. Aucun acte d'état civil étranger de quelque pays que ce soit, quel que soit son niveau de fiabilité des actes officiels, ne pourrait plus être rejeté au motif que ses énonciations ne seraient pas conformes à la réalité des faits.

Au soutien de son **second moyen**, le procureur général près la cour d'appel de Rennes fait valoir que la présomption de paternité énoncée par l'article 312 du code civil n'est que la conséquence, au profit du mari, de la maternité établie à l'égard de son épouse et qu'en conséquence, si l'épouse n'est pas reconnue comme mère, le mari ne peut être reconnu comme père.

Dans leur mémoire en défense, les époux X... soutiennent que le ministère public n'est pas recevable à contester pour la première fois devant la Cour de cassation la filiation paternelle des enfants X..., telle qu'elle est établie par les actes de l'état civil ukrainiens, dès lors que, devant la cour d'appel, il ne contestait pas la paternité biologique de M. X....

Le moyen serait nouveau et mélangé de fait, partant irrecevable.

Toutefois, si, devant la cour d'appel, le ministère public ne mettait "*pas en doute pas la paternité biologique de M. X...*", il résulte de ses conclusions qu'il demandait l'infirmité du jugement de première instance et s'opposait à la transcription des actes de naissance, qu'il s'agisse de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle.

En outre, le premier moyen est la reprise du moyen développé dans les conclusions d'appel et le second est né de la décision attaquée, la cour d'appel ayant fait application de l'article 312 du code civil et de la présomption de paternité.

Sur le fond, les époux X... font valoir que les moyens sont inopérants pour les raisons suivantes :

- l'absence prétendue d'accouchement de Mme X... est sans incidence s'agissant de la paternité de M. X... ;
- le second moyen s'attaque à un motif surabondant de l'arrêt, la cour d'appel ayant par ailleurs statué en conformité avec la jurisprudence telle qu'elle résulte des arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015.

Enfin, ils soutiennent que le refus de transcription de la filiation maternelle irait à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, de son droit au respect de sa vie privée, mais, en outre, constituerait une discrimination, au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la circonstance qu'un acte de naissance mentionne la femme qui a accouché en tant que mère, ou ne porte aucune mention de la mère, ne pouvant constituer un critère de distinction pertinent et objectif au regard du lien de filiation paternelle unissant un enfant à son père biologique.

4.5.2 - Le pourvoi des époux X... et la question de la filiation maternelle d'intention (second moyen)

La **première branche** du second moyen, prise d'un grief de violation des articles 3 et 311-14 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir, pour rejeter la demande de transcription de la filiation des enfants à l'égard de Mme X..., retenu que l'établissement de la filiation maternelle de la mère d'intention était impossible, en application de la loi compétente selon la règle de conflit [à savoir la loi française], alors que la régularité des actes d'état civil des enfants dressés à l'étranger n'était pas contestée.

Il est soutenu que les actes d'état civil régulièrement établis à l'étranger doivent être reconnus en France dès lors qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public international français, lequel ne s'oppose pas à l'établissement de la filiation d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une convention de gestation pour autrui.

La **deuxième branche** reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 8 de la Convention EDH et le droit au respect de la vie privée et familiale en refusant la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre les enfants et Mme X..., alors que les circonstances de la conception d'un enfant ne peuvent être opposées à l'établissement de sa filiation.

La **troisième branche** reproche à la cour d'appel d'avoir méconnu les principes d'harmonie internationale des solutions, de continuité du statut personnel et de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, en violation des articles 8 de la Convention européenne et 3, §1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, en considérant qu'il était impossible, en droit français, de reconnaître un lien de filiation entre les enfants et la mère d'intention, qui n'est pas leur mère biologique, alors qu'elle avait retenu que le droit ukrainien reconnaissait la filiation maternelle de Mme X....

La **quatrième branche**, prise d'un grief de manque de base légale au regard des mêmes textes, reproche à la cour d'appel de s'être bornée à considérer que l'absence de transcription n'empêchait pas les enfants de vivre avec leurs père et mère et que Kim et Vicky X... s'étaient vu reconnaître les prérogatives attachées à la nationalité française et au titre des droits successoraux, sans s'assurer de la pérennité de leur lien avec Mme X..., qui les élève et leur prodigue ses soins, et de la responsabilité de cette dernière à leur endroit.

La **cinquième branche**, prise d'un grief de violation des articles 8 et 14 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé la reconnaissance du lien de filiation maternelle au prétexte que les actes de naissance des enfants Kim et Vicky X... indiquent que Mme X... est leur mère, alors que le droit au respect de la vie privée et familiale doit être reconnu sans distinction dès la naissance.

Il est soutenu que la solution adoptée par la cour d'appel de Rennes conduit à traiter différemment les hommes célibataires (pour lesquels la mère porteuse, ayant accouché, apparaît dans l'acte de naissance) et les couples hétérosexuels ayant

recours à la gestation pour autrui (pour lesquels la maternité ne peut être reconnue dès lors que la mère d'intention n'a pas accouché).

4.5.3 - Le pourvoi des époux X... et la question de l'intervention volontaire accessoire de l'association Juristes pour l'Enfance (premier moyen)

On rappellera que, selon l'article 329 du code de procédure civile, *"l'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention"*.

Selon l'article 330 du même code, *"l'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie"*.

Rappelons que l'intervention volontaire est, en principe, possible dans tout type de procédure et notamment en matière gracieuse.

Par quatre arrêts du 16 mars 2016, notre chambre a déclaré irrecevables les interventions volontaires, dans des procédures d'adoption, d'associations de défense des droits de l'enfant, dont l'association Juristes pour l'Enfance (1^{re} Civ., 16 mars 2016, n° 15-10.577, en cours de publication ; 16 mars 2016, n° 15-10.576 et 15-10.733 ; 16 mars 2016, n° 15-10.578 ; 16 mars 2016, n° 15-10.579).

* 1^{re} Civ., 16 mars 2016, n° 15-10.577, en cours de publication :

"Mais attendu qu'ayant relevé que l'association Juristes pour l'enfance se bornait à s'opposer à la demande d'adoption et à la confirmation du jugement, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle n'élevait aucune prétention à son profit ;

Et attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que cette association, qui n'invoquait aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévalait, ne justifiait pas d'un intérêt légitime à intervenir dans une procédure d'adoption".

Toutefois, comme le reconnaît le mémoire ampliatif des époux X..., l'intervention était, dans les affaires jugées par notre chambre le 16 mars 2016, principale, alors que l'intervention de l'association Juristes pour l'Enfance est, dans le présent dossier, accessoire.

On sait en effet que l'intervention principale d'un tiers est irrecevable dans les actions attitrées, réservées aux personnes ayant un intérêt personnel à l'action. Est ainsi irrecevable l'intervention principale d'un tiers à l'instance dans une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, action strictement personnelle au donateur (1^{re} Civ., 8 mars 1988, n° 86-11.144, Bull. n° 67).

De même, seuls les époux ont qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre, de sorte que l'intervention principale en cause d'appel du mandataire liquidateur de la société propriétaire de l'immeuble ayant constitué le domicile conjugal, n'est pas recevable (1^{re} Civ., 4 juin 2007, n° 06-18.515, Bull. n° 216).

L'intervention volontaire à titre principal, dans une procédure d'adoption plénière, de tiers se disant les grands-parents maternels d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'Etat et placé en vue de son adoption, a également été jugée irrecevable, faute de qualité à agir, dès lors que le lien de filiation entre leur fille et cet enfant, dont la mère avait décidé d'accoucher anonymement, n'était pas établi (1^{re} Civ., 8 juillet 2009, n° 08-20.153, Bull. n° 158).

En revanche, l'intervention accessoire est admise beaucoup plus facilement dès lors que l'intervenant se borne à soutenir les intérêts d'une partie.

Ainsi, dans l'affaire précitée de révocation de donation pour cause d'ingratitude (1^{re} Civ., 8 mars 1988, n° 86-11.144, Bull. n° 67), notre chambre a jugé que *“s'il est exact que l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude est strictement personnelle au donateur et si la cour d'appel en a déduit à bon droit que le comité d'entreprise et les salariés étaient irrecevables à intervenir à titre principal, pour demander réparation du préjudice qu'ils invoquaient, dans une instance en révocation pour cause d'ingratitude, cela n'excluait pas, de leur part, une intervention accessoire dans cette instance, dès lors qu'ils avaient intérêt à soutenir les prétentions de M. Siro X”*. En l'espèce, l'arrêt ayant constaté l'existence d'un intérêt permettant au comité d'entreprise et aux salariés d'intervenir pour appuyer les prétentions du demandeur, la recevabilité de l'intervention accessoire a été admise.

Contrairement aux affaires jugées par la cour d'appel de Versailles, la cour d'appel de Rennes a ici énoncé :

“L'association JPE[...] rappelle que l'unique critère pour la cour de cassation est le lien entre les intérêts défendus en justice par l'association et son objet social, qu'elle ajoute qu'elle a pour objet de promouvoir des valeurs collectives et objecte que le moyen invoqué tiré d'un prétendu monopole du ministère public est pure fantaisie et se heurte aux règles légales et à la réalité associative [...]; considérant que l'association JPE fait valoir à juste titre qu'en sa qualité d'association de défense des droits et des intérêts des enfants, elle a intérêt au sens de l'article 31 du code de procédure civile et qualité à intervenir au regard de son objet social centré autour de la défense de l'intérêt des enfants nés à naître ou à venir et pour la protection de l'enfance sous quelque forme que ce soit, qu'en matière d'intervention à titre accessoire à l'appui des prétentions du ministère public, la condition de lien suffisant de l'article 325 du code de procédure civile n'exige qu'un lien avec les prétentions des parties et non avec les parties elles-mêmes, que le moyen tiré d'une prétendue atteinte à la vie privée et familiale garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est inopérant, s'agissant d'une procédure où les débats sont publics; Que JPE a le droit d'ester en justice pour la défense de l'intérêt des enfants, en conformité avec la loi, la

jurisprudence et ses statuts, dès lors que l'action en justice pour la défense de l'intérêt des enfants fait partie de son objet social ; Que comme celle-ci le fait valoir, le code de procédure civile ne soumet nullement l'accès à la justice, principe constitutionnellement garanti, au respect de la vie privée et familiale”.

La doctrine a relevé le caractère principal de l'intervention des associations dans les arrêts du 16 mars 2016 et la possibilité d'une solution différente en cas d'intervention accessoire.

Ainsi, F. Berdeaux-Gacogne⁴⁷ expose :

“Ayant pour objet « de conduire et développer une action d'intérêt général à caractère familial et social centrée autour de la défense de l'intérêt des enfants nés, à naître ou à venir (!) et pour la protection de l'enfance sous quelque forme que ce soit », la première a pris l'habitude d'intervenir volontairement dans quelques procédures d'adoptions de l'enfant du conjoint engagées dans le cadre de familles homoparentales. N'élevant aucune prétention à son profit, elle ne pouvait pas intervenir à titre principal (tout comme l'Agence européenne des adoptés). L'intervention accessoire (formée au soutien de l'action du ministère public) était plus envisageable dès lors que la notion d'intérêt à agir est, dans ce cas, entendue avec davantage de souplesse qu'en droit commun : les associations pouvaient soutenir ainsi qu'il n'était pas nécessaire de démontrer un intérêt direct et séparable de celui de la partie principale. C'était méconnaître l'art. 330 c. pr. civ. qui exige quand même que l'intervenant accessoire démontre avoir « intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir » la partie principale. L'adoption d'un enfant étant une affaire privée, aucun droit propre des associations n'était effectivement visé et la solution de la Cour de cassation nous paraît devoir être approuvée. Elle aura peut-être à se prononcer à nouveau : dans deux affaires de transcription d'acte de naissance d'enfant conçu par GPA, cette fois, la cour d'appel de Rennes a admis l'intervention volontaire de la même association (Rennes, 7 mars 2016, n° 15/03855)... mais l'a rejetée dans une autre décision du même jour (n° 15/03859) !”.

Pour A. Gouttenoire⁴⁸, *“c'est le caractère personnel de l'action en cause, et le fait que l'adoption constitue une action attitrée, qui expliquent pour partie le refus de la Cour de cassation d'admettre l'intervention d'association au nom d'un intérêt collectif. D'un point de vue procédural, l'intervention d'un tiers dans une action attitrée est en effet problématique car elle aboutit à permettre l'immixtion d'une tierce personne dans un contentieux lié à la vie privée et familiale des parties à la procédure”.*

Elle ajoute toutefois que, *“dans les arrêts du 16 mars 2016, la Cour de cassation ne précise pas si l'intervention volontaire était principale ou accessoire, alors qu'il s'agissait, dans les différentes espèces, d'une intervention principale”* et s'interroge

⁴⁷ AJ fam. 2016. 205.

⁴⁸ A. Gouttenoire, *L'intérêt de l'enfant n'est pas un intérêt collectif*, Droit de la famille, 2016, étude

donc sur la possibilité de transposer la solution à une intervention volontaire accessoire.

En revanche, pour le professeur François-Xavier Lucas⁴⁹ *“un tel arrêt ne manque pas de surprendre au regard des principes les mieux acquis qui gouvernent le droit d'action des associations. Là où une jurisprudence constante retient que « même hors habilitation judiciaire (...) une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social » (Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2008, n° 06-22.038), la Cour de cassation considère qu'il est possible de refuser à des associations le droit d'intervenir dans une procédure d'adoption faute d'invoquer un intérêt légitime autre que les intérêts collectifs dont elle se prévaut. De tels motifs sont aussi obscurs qu'inquiétants car ils sapent le pouvoir d'action de ces associations qui oeuvrent au service d'intérêts collectifs qui tangentent bien souvent l'intérêt général”*.

Il résulte de la jurisprudence qu'une association est recevable à agir en justice pour la défense des intérêts collectifs qu'elle représente, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social (on citera, par exemple, parmi une jurisprudence abondante, 1^{re} Civ., 18 Septembre 2008, n° 06-22.038, Bull. n° 201 ; 1^{re} Civ., 2 octobre 2013, n° 12-21.152 ; Com., 14 octobre 2014, n° 13-12.288 et 13-12.398).

Comme pour tout demandeur, l'appréciation de l'intérêt à agir d'une association relève du pouvoir souverain des juges du fond (2^e Civ., 27 mai 2004, n° 02-15.700, Bull. n° 239) et c'est au regard de l'objet social, tel qu'il est défini par les statuts, que l'existence de l'intérêt à agir doit être appréciée. Ainsi, les juges du fond apprécient souverainement si l'acte critiqué porte atteinte aux intérêts de l'association (2^e Civ., 21 Juillet 1986, n° 84-15.397, Bull. n° 119 ; 2^e Civ., 25 Mars 2010, n° 09-12.781).

Comme l'explique D. Hiez⁵⁰ :

“La jurisprudence, d'abord par des décisions du fond minoritaires (L. BORÉ, op. cit., n°119) puis par la Cour de cassation, a [...] ouvert l'action en justice aux associations, en dehors de toute habilitation légale, à la condition du moins que cette action entre dans leur objet statutaire, autrement dit que les statuts prévoient expressément cette voie comme mode d'action (Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 99-10.709, JCP 2008. II. 10020, note B. Parance ; D. 2001. 1973, note J.-P. Gridel. - Amorçant une évolution : Civ. 2e, 27 mai 2004, n° 02-15.700, D. 2004. 2931, obs. E. Lamazerolles. - Civ. 3e, 26 sept. 2007, n° 04-20.636, Bull. civ. III, n° 155 ; JCP 2008. II. 10020, note B. Parance) [...].

337. Généralisation de la recevabilité de l'action en défense d'un intérêt collectif. - Mais la jurisprudence est allée finalement plus loin, par une lecture extensive des statuts, en se contentant de relever que l'intérêt pour la défense duquel l'association se proposait d'agir en

⁴⁹ Bull. Joly Sociétés, 1^{er} juin 2016, n° 6 p. 1.

⁵⁰ Rep. de droit civil Dalloz, Association, juin 2016, n° 336.

justice entrainé dans son objet social, sans exiger que l'action en justice soit formellement mentionnée dans les statuts comme un de ses objets : « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social » (Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-22.038, Bull. civ. I, n° 201 ; JCP 2008. II. 10200, note N. Dupont ; JCP 2009. I. 123, n° 3, obs. P. Stoffel-Munck ; JCP 2009, I 142, n° 5 obs. Y.-M. Serinet). L'arrêt n'est pas isolé (Civ. 3^e, 1^{er} juill. 2009, n° 07-21.954, JCP 2009. 454. Comm. N. Dupont).

338. Exigence d'une adéquation à l'objet social. - Des limites demeurent toutefois à l'action des associations et certaines décisions déclarent encore des associations irrecevables à agir pour la défense d'un intérêt collectif. C'est le cas notamment lorsque « l'objet de cette association n'est pas suffisamment précis et univoque » (Crim. 13 nov. 2012, n° 12-82.195, Dr. pénal 2013. Comm. 39, M. Véron). C'est une exigence particulièrement forte devant le juge répressif, qui exige une concordance entre l'objet de l'association et l'infraction en réparation de laquelle l'association entend agir. En l'espèce, l'action en réparation du préjudice subi du fait d'un acte de provocation à la discrimination, la haine ou la violence était l'oeuvre de l'association « chambre de commerce France Israël ». Pour déclarer l'action irrecevable, la Cour de cassation relève que son objet est d'entreprendre toutes les actions pour lutter contre toute forme de discrimination commerciale ou boycott et non de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations”.

Ph. Hoonakker⁵¹ explique également, dans l'ouvrage *Droit et pratique de la procédure civile* :

“Il arrive souvent aussi que l'intervenant accessoire invoque la défense d'un intérêt collectif. Il s'agit là de la question de l'intervention, très fréquente, de groupements constitués pour la défense d'intérêts communs à leurs membres. Les groupements, habilités par la loi à agir en justice pour défendre l'intérêt collectif qu'ils représentent, sont a fortiori recevables à intervenir accessoirement. Mais encore faut-il que le groupement habilité intervienne effectivement dans l'intérêt collectif de ses adhérents, c'est-à-dire, selon une jurisprudence aujourd'hui constante, que le litige en cause pose une question de principe susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble des adhérents (note 12 : Soc. 2 juin 1983, n° 81-40.103, n° 81-40.489, Bull. civ. V, n° 305 - Civ. 3^e, 24 nov. 1987, n° 86-15.488, Bull. civ. III, n° 188 - Implicitement dans le même sens, Civ. 1^{re}, 8 févr. 1978, n° 76-12.909, n° 76-13.290, Bull. civ. I, n° 50 ; D. 1979. 509, obs. Julien - Paris, 20 déc. 1974, D. 1975. 312, concl. av. gén. Franck, note Lindon; Gaz. Pal. 1975. 145, concl. av. gén. Franck; JCP 1975. II. 18056, note Nguyen-Thanh-Bourgeois)”.

C'est en considération de ces éléments que la chambre appréciera les mérites du moyen des époux X....

* *

⁵¹ Droit et pratique de procédure civile - 2014 - Sous la direction de Serge Guinchard - Philippe Hoonakker 2014 -Chapitre 312 - Intervention, n° 312.32.

*

En conclusion, s'agissant de la question principale posée par ces pourvois, à savoir celle de la reconnaissance de la filiation maternelle d'intention, la question est délicate, on l'a vu, et peut difficilement donner lieu à une réponse pleinement satisfaisante, en l'absence d'intervention du législateur.

Comme l'écrivait S. Bollée⁵² en 2015, "*à la question centrale - faut-il permettre l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard des parents commanditaires ? -, des réponses radicalement opposées ont été défendues, avec de puissantes justifications à l'appui. D'un côté, la défense des principes du droit français et de l'autorité même de la loi, de l'autre, l'injustice du sacrifice de l'enfant élevé en instrument de dissuasion ; il fallait être bien aveugle pour ne pas voir qu'il y avait quelques mérites dans les raisons de chacun*".

On peut résumer ainsi les arguments des uns et des autres⁵³ :

Dans le sens du refus de la transcription :

- l'attachement de la France à la prohibition de la gestation pour autrui et le refus d'être complice de sa violation à l'étranger, en acceptant de reconnaître a filiation des enfants qui en sont issus ;
- la défense de l'intérêt général des enfants, c'est-à-dire leur intérêt apprécié *in abstracto* ;
- la protection des mères porteuses, la gestation pour autrui se pratiquant souvent sans aucun contrôle des conditions dans lesquelles la mère porteuse s'engage et peut être exploitée ;
- la volonté de dissuader les parents d'intention de recourir à la GPA à l'étranger et ne pas céder devant le fait accompli à l'étranger ;
- la volonté de ne pas créer des inégalités entre les couples stériles selon qu'ils ont ou non les moyens financiers de recourir à une GPA à l'étranger.

En faveur de la transcription :

- l'impuissance face au tourisme procréatif dans un monde globalisé ;
- l'intérêt des enfants, apprécié *in concreto*, à disposer d'un statut juridique conforme à la réalité sociale ;

⁵² S. Bollée, *Recueil Dalloz* 2015 p.1481 Gestation pour autrui : la voie du compromis.

⁵³ V. M. Farge, "*La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français mais prescrit un remède discutable*", *RDLF* 2014, chron. n° 21

- le principe selon lequel les enfants n'ont pas à être sanctionnés en raison des conditions de leur naissance.

La jurisprudence de la Cour de cassation reposait, à titre principal, sur la dignité de la personne humaine et le refus de la marchandisation du corps de la femme et de l'enfant. Il s'agissait de prendre en compte ce qui, aux yeux du législateur français, apparaissait comme l'intérêt supérieur de l'enfant *in abstracto*.

Au lendemain des arrêts de la Cour de Strasbourg et de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, deux réponses semblent envisageables :

→ **une réponse *a minima*, qui se limiterait aux exigences posées par la Cour de Strasbourg, à savoir la transcription de la seule filiation paternelle biologique.** Cette solution présenterait l'avantage de maintenir la désapprobation du droit français vis-à-vis de la gestation pour autrui et de préserver le principe "*mater semper certa est*".

On peut toutefois s'interroger :

- sur la dissociation des deux liens de filiation qu'elle entraîne, alors que le recours à la GPA est le projet d'un couple ;
- sur la différence de traitement en résultant entre les hommes célibataires et les couples hétérosexuels, d'une part, entre les hommes et les femmes au sein du couple de parents d'intention, d'autre part ;
- sur le primat d'une filiation purement biologique, alors que le droit français de la filiation comporte une dimension sociologique importante ;
- sur la négation de la filiation "biologique" maternelle lorsque la mère d'intention a donné son ovocyte ;
- sur les obstacles juridiques susceptibles d'être - encore - opposés à la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger en conformité avec la loi étrangère ;
- sur l'intérêt de l'enfant, qui ne voit consacrer que le lien de filiation avec son géniteur et risque, en cas de décès de celui-ci ou de séparation du couple, de se voir privé de tout lien de droit avec sa mère. A noter qu'il pourrait toutefois être remédié à cette difficulté si l'adoption de l'enfant par la mère d'intention (ou l'époux du père) était admise.

→ **une transcription totale de l'acte de naissance étranger⁵⁴**, qui présenterait l'inconvénient de céder totalement devant le fait accompli et d'atténuer fortement la prohibition de droit interne, à laquelle la récente mission d'information du Sénat vient

⁵⁴ C'est la solution préconisée par le rapport de la mission « Filiation, origines, parentalité », présidée par I. Théry, 2014, p. 186 et s ; V. "*Les suites du rapport Filiation, origine, parentalité*", *Droit de la famille*, septembre 2014.

de rappeler son attachement, mais présenterait l'avantage de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant.

5 - Orientation proposée : Formation de section

Nombre de projet(s) préparé(s) : Plusieurs projets d'arrêts ont été établis.