



La reconnaissance en droit français de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger

Blandine Goudard Dartiguenave

► To cite this version:

Blandine Goudard Dartiguenave. La reconnaissance en droit français de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Droit. 2016. dumas-01440187

HAL Id: dumas-01440187

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01440187>

Submitted on 19 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Blandine GOUDARD DARTIGUENAVE

*La reconnaissance en droit français de la gestation pour autrui
pratiquée à l'étranger*

*Mémoire de Master 2 PERSONNE ET PROCÈS,
spécialité protection de la personne*

sous la direction de Madame le Professeur Méлина Douchy Oudot

Année universitaire 2015-2016

Engagement de non plagiat.

Je soussigné, Blandine Gaudard Dautiguenave
N° carte d'étudiant : 21500573

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiant, internet etc...) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le 10 juin 2016

Signature(s)

B Dautiguenave

Ce document doit être inséré en première page de tous les rapports, dossiers et/ou mémoires.

Dédicace

A mes enfants, que la Providence m'a donné naturellement. Ils donnent un sens à la vie et nous poussent à nous battre pour un avenir qui les respecte.

Remerciements

Je remercie tout particulièrement le Professeur Mélina Douchy Oudot pour ses conseils et son attention tout au long de cette année universitaire.

Je remercie également mon époux pour sa patience et les discussions juridiques et éthiques qui ont ponctué nos soirées de ces derniers mois.

Un grand merci à mes parents et beaux parents pour leur présence auprès des enfants: ce fut une aide précieuse.

Table des matières

Introduction	5
PARTIE 1 Le refus initial de reconnaissance de la gestation pour autrui	10
CHAPITRE 1 – La prohibition tirée de la réserve de l’ordre public	11
<i>Section 1 La prohibition de la convention de gestation pour autrui</i>	<i>11</i>
A)La condamnation par la jurisprudence et la prohibition légale	11
B)Les grands principes fondant l'interdiction	13
<i>Section 2 L'interdiction de la transcription des actes étrangers</i>	<i>16</i>
A)L’intérêt de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés par GPA.	17
B)L'interdiction de transcrire les actes fondée sur l'ordre public et la fraude	18
CHAPITRE 2 – La nationalité de l’enfant issu de la gestation pour autrui.....	23
<i>Section 1 La nationalité des enfants né d'une convention de gestation pour autrui</i>	<i>23</i>
A)Le principe de la nationalité d'un enfant né d'un parent français.	23
B)Le certificat de nationalité des enfants nés d'une GPA.....	24
<i>Section 2 L'intérêt de l'enfant à obtenir un certificat de nationalité</i>	<i>26</i>
A)La solution du Conseil d'état	26
B)L'effet juridique reconnu en France des conventions de mères porteuses pratiquées à l'étranger	27
PARTIE 2 la reconnaissance partielle du lien de filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui.....	30
CHAPITRE 1 le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation biologique.....	31
<i>Section 1 L'enfant issu d'une GPA et ses droits fondamentaux</i>	<i>32</i>
A)La condamnation de la France par la Cour Européenne des droits de l'homme.	32
B)L’intérêt de l'enfant à voir sa filiation biologique reconnue.....	34
<i>Section 2 La position de la France face à la condamnation de la CEDH</i>	<i>38</i>
A)La transcription de l'acte de naissance désormais possible.....	38
B)L'assouplissement de la prohibition des conventions de GPA	39
CHAPITRE 2 – Une filiation biologiquement unilinéaire en droit français	41
<i>Section 1 Le refus de reconnaissance à l'égard du parent d'intention</i>	<i>41</i>
A)La filiation à l'égard du père d'intention.....	42
B)La filiation à l'égard de la mère d'intention	42
<i>Section 2 Le moyen de l'adoption de l'enfant du conjoint</i>	<i>45</i>
A)GPA et adoption	46
B)L'adoption simple envisageable?.....	47
Conclusion.....	50
Bibliographie	53

Introduction

«Soyez féconds, multipliez-vous, remplissez la Terre», ce commandement de Dieu à Adam dans la Genèse, illustre à quel point l'homme est fait pour engendrer. L'infertilité d'un couple est une souffrance et l'impossibilité de fonder une famille entraîne souvent un sentiment d'injustice.

C'est pour cette raison qu'à partir des années 1980, se sont développées les techniques de procréations médicalement assistées permettant ainsi à un grand nombre de couples infertiles de fonder une famille. La procréation médicalement assistée est l'ensemble des pratiques qui permettent la procréation en dehors du processus naturel, c'est à dire en dehors de l'union sexuelle de l'homme et de la femme. Il peut s'agir d'une insémination artificielle d'une femme avec le sperme de son conjoint, concubin ou d'un tiers ou d'une fécondation in vitro qui réalise la conception d'embryons à partir des gamètes des futurs parents ou de donneurs et qui sont ensuite transférés dans l'utérus de la femme. Ces techniques ont été encadrées par la loi de bioéthique de 1994 et sont réservées aux couples formés d'un homme et d'une femme, en âge de procréer et atteints d'une pathologie médicalement constatée.

Ainsi, les PMA ne permettent pas de trouver des solutions à tous les cas d'infertilité notamment lorsqu'il s'agit d'une infertilité utérine qui empêche la femme de porter l'enfant ou lorsqu'il s'agit de couple homosexuel qui par nature ne peut avoir d'enfant.

La gestation pour autrui offre alors à ces derniers la possibilité de devenir parents. Le terme de gestation pour autrui caractérise la pratique selon laquelle une femme accepte de porter un enfant pour un couple infertile. D'un point de vue historique, la maternité de substitution ou le fait pour une femme de porter un enfant pour le donner à une autre, a toujours existé. Comme l'a écrit François TERRE, « La maternité pour autrui est vieille comme le monde. Elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat

de la stérilité»¹. En effet, on retrouve dans la Bible de nombreux exemples de maternité de substitution notamment quand Sarah, qui se croyait stérile demande à Abraham de concevoir un enfant avec sa servante Agar pour qu'elle lui remette ensuite : «va donc vers mon esclave ; peut être, par elle, aurai-je un enfant »². Par la suite, on trouve des preuves de cette pratique à de nombreuses époques que ce soit à l'époque romaine ou dans les sociétés bourgeoises du XIX^{ème} siècle.

L'avènement des techniques de procréations médicalement assistées a modifié et fait changer de paramètres ce type de pratique qui dorénavant permettent la conception d'un enfant in vitro ayant les caractéristiques génétiques des personnes qui le désirent.

On peut distinguer deux situations dans la maternité de substitution. La première dans laquelle la femme qui porte l'enfant est appelée «mère porteuse» ou «gestatrice». C'est le cas lorsqu'elle accepte de porter l'embryon fécondé in vitro à partir des gamètes d'un couple tiers. Elle se limite à porter l'enfant sans y contribuer génétiquement. On parle dans ce cas de gestation pour autrui. La seconde dans laquelle la femme est appelée mère de substitution lorsqu'elle accepte d'être inséminée avec le sperme du mari de la femme stérile. L'enfant lui appartient pleinement du point de vue biologique puisqu'elle accouche de l'enfant mais également parce que ce dernier est conçu grâce à son apport génétique. On parle alors de procréation pour autrui.

La diffusion massive de la fécondation in vitro, qui est utilisée aujourd'hui en dehors des problèmes médicaux et qui permet la gestation pour autrui, modifie considérablement la représentation classique de la personne qui n'est plus procréée mais produite par l'homme. Notre droit se voit donc contraint de définir les limites de ce qui est acceptable dans ce «*processus de réduction de l'homme à son composant corporel*»³. En plus de devoir sauvegarder les droits des personnes existantes, il se voit investi d'une nouvelle mission : préserver la nature humaine modifiée par les manipulations et poser des limites à la création d'êtres humains.

En France, Le législateur est donc intervenu dans les lois dites de bioéthique afin d'encadrer ces pratiques et tenter de répondre le mieux possible aux questions soulevées par le progrès scientifique et technique au regard des valeurs de notre société. Il a formellement condamné la gestation pour autrui en insérant dans le code civil l'article 16-6 qui interdit : «toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui ».

¹TERRE François, observation sous cour de cass, assemblée plénière, 31 mai 1991, JCPG 1991.

² Bible, Génèse, XVI, 1-2.

³ANDORNO Roberto, la distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles, LGDJ, 1996.

Cette disposition restera inchangée lors de la loi de bioéthique du 7 juillet 2011, malgré les interrogations de la doctrine. En effet, la GPA pose de nombreuses questions notamment éthiques et juridiques. La femme peut-elle disposer de son propre corps et de celui de l'enfant qu'elle met au monde ? L'enfant est-il une chose que l'on peut fabriquer et céder à sa guise ou doit-il être considéré avec la dignité dévolue aux personnes ? La GPA est-elle une pratique généreuse offrant à un couple un enfant tant désiré ou une nouvelle forme d'aliénation de la femme et de l'enfant ?

Toutes ces interrogations font l'objet de débats d'autant plus actuels que la loi sur le mariage des personnes de même sexe permet désormais aux personnes homosexuelles de fonder une famille. Ce droit, concrétisé par la reconnaissance du droit d'adopter, relance nécessairement ces questions et les poussent à rechercher des solutions pour fonder leur famille. De plus, la mondialisation touche aussi ce domaine : l'accès aux procréations médicalement assistées trouve en effet un élan sur internet et devient un enjeu à la dimension non plus seulement éthique mais aussi économique.

La France reste, dans les textes, ferme sur la prohibition de cette pratique mais se trouve néanmoins déstabilisée par les situations engendrées par le tourisme procréatif. On parle de «*tourisme procréatif*»⁴ lorsque des individus n'hésitent pas à aller chercher à l'étranger l'enfant que le droit français leur refuse. En effet, d'autres Etats ont une législation plus permissive en matière de procréation médicalement assistées. La GPA est autorisée dans de nombreux pays comme par exemple les États-Unis, la Belgique, la Grèce ou l'Inde. Dans le but de contourner la loi française, certains couples choisissent donc de partir à l'étranger pratiquer légalement une gestation pour autrui afin de combler leur désir d'enfant et mettent ainsi le droit français devant le fait accompli. Bien que rechercher un enfant à l'étranger heurte le droit français puisque cette démarche consiste à obtenir un enfant au mépris d'interdits posés par la loi, ce dernier ne peut rester silencieux quant aux conséquences de ce détournement de la loi en matière de filiation.

La filiation est le lien de parenté qui unit un enfant à son père et à sa mère. Elle se définit comme «*le lien de droit entre le père et la mère et son enfant*»⁵. Néanmoins, n'existant pas de définition légale de la filiation, la question de la nature du lien juridiquement établi est forcément posée. De façon naturelle, on pourrait penser que ce lien, reconnu par le droit, traduit forcément une réalité biologique de la parenté. Les

⁴LEMOULAND J.J., «Le tourisme procréatif», actualité du droit international privé de la famille, Petites affiches, 28 mars 2001, p. 24.

⁵CARBONNIER Jean, Droit civil, Introduction les personnes, la famille, l'enfant, le couple, éd PUF, volume 1, 2004

parents sont les personnes qui ont engendré l'enfant. Or, bien que le lien de filiation traduise bien souvent le lien biologique ce n'est pourtant pas systématique. En effet, le lien de filiation *«est principalement destiné à assurer un statut social et personnel à toute personne. Il a pour objet et pour finalité d'intégrer l'individu au sein du corps social, de lui reconnaître en quelque sorte une place dans la société en le rattachant plus particulièrement à une famille»*⁶. En droit français, *«l'aspect biologique n'est qu'un aspect d'une institution autrement plus importante»*. Touchant à la sphère publique, il répond donc à des règles d'ordre public. L'ordre public se définit comme l'ensemble des règles d'intérêt général qui régissent la vie en société. Ainsi le droit, dans l'intérêt de l'enfant et de la société, peut établir un lien de parenté qui ne repose pas sur le lien biologique comme c'est le cas pour l'adoption. Face à la *«contractualisation du droit de la famille»* et à l'importance accordée aujourd'hui à l'autonomie de la volonté, certains estiment alors que ce qui fait le lien n'est pas de donner la vie mais de vouloir être parent. Or, *«faut-il pour autant abandonner la question de la procréation avec toutes les conséquences sur la filiation et la parenté, à la volonté des individus qui s'allieraient aux immenses possibilités offertes par la science ?»*⁷.

La filiation reposant sur des règles d'ordre public ne pourrait logiquement pas dépendre de la volonté des individus et s'établir par contrat, puisqu'en vertu de l'article 6 du code civil *«on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs»*.

Le gestation pour autrui est qualifiée de convention c'est à dire d'accord entre les parties (la mère qui porte l'enfant et les commanditaires) et qui est destiné à produire des conséquences juridiques (la filiation de l'enfant). Ainsi, le droit français estime que ce contrat est nul puisque sa cause et son objet sont illicites. La nullité de cette convention protège l'ordre social mais aussi l'individu. En effet, l'importance de la filiation transcrite à l'état civil d'une personne n'est plus à démontrer: *« alors que l'état civil n'était naguère envisagé que comme moyen de preuve de l'identité civile, il occupe désormais un rôle reconnu dans la constitution de l'identité psychologique »*⁸. Le droit français ne veut donc pas transcrire à l'état civil d'une personne n'importe quelle filiation.

⁶DOUCHY OUDOT Méline, Droit civil 1ere année, introduction personnes famille, ed Dalloz, Hypercours, 8eme édition, 2015.

⁷BUFFELAN LANORE Y. et LARRIBAU TERNEYRE V., Droit civil, Introduction, biens, personnes, famille, 19eme édition Sirey, 2015

⁸FINE Agnès, État civil en question, papiers identité et sentiments de soi, sous la direction, édition du CTHS.

En l'état de l'interdiction actuelle, la question qui se pose est celle du sort de l'enfant né d'une telle convention puisque malgré l'interdiction, elle reste pratiquée à l'étranger. L'enfant se trouve donc élevé en France et vit chez les personnes se définissant eux-mêmes comme ses parents. Or, quel lien juridique est accordé à ces personnes pour élever et prendre soin de l'enfant ? Peuvent-ils se voir établir un lien de filiation avec cet enfant par les modes d'établissement de la filiation prévu en droit français c'est à dire par l'effet de la loi, par la reconnaissance, par la possession d'état ou l'adoption ? Comment notre droit français accueille-t-il ces conventions pratiquées légalement à l'étranger?

Le droit français peut-il, sans anéantir la prohibition d'ordre public, accepter de faire produire des effets juridiques en France aux conventions de GPA pratiquées dans d'autres pays?

Nous verrons, dans un premier temps, les raisons qui ont conduit le droit français à prohiber les conventions de gestations pour autrui et à empêcher ceux qui contournent la loi en se rendant à l'étranger d'obtenir les effets juridiques souhaités (partie I).

Néanmoins, depuis ces dernières années, la reconnaissance en droit français des GPA pratiquées à l'étranger semble actée, puisque sous l'impulsion de la Cour Européenne des droits de l'homme, notre pays accepte les conséquences juridiques qui découlent de ces conventions (partie II).

Partie 1 Le refus initial de reconnaissance de la gestation pour autrui

CHAPITRE 1 – La prohibition tirée de la réserve de l'ordre public

Le droit français semblait inflexible puisque, dans un premier temps, il affirme la nullité des conventions de gestation pour autrui pour ensuite refuser toute transcription de l'état civil de l'acte de naissance de l'enfant qui en est issu.

Section 1. La prohibition de la convention de gestation pour autrui

A) La condamnation par la jurisprudence et la prohibition légale

En France, c'est la jurisprudence qui s'est prononcée la première sur la question de la gestation pour autrui avant que la loi n'intervienne.

Les premiers litiges devant les tribunaux relatifs à la maternité de substitution sont apparus dans les années 1980. Il fut d'abord question de la légalité des associations constituées pour servir d'intermédiaire entre les mères porteuses et les couples infertiles. Grâce au développement des techniques médicales d'aide à la procréation, notamment l'insémination avec le sperme congelé, ces associations se développèrent en France. Elles avaient pour but de mettre en relation les couples infertiles et une femme qui acceptait de porter un enfant et de le remettre à la naissance aux couples désireux de fonder une famille.

Dans une décision du 22 janvier 1988, le Conseil d'État a été la première juridiction suprême française à juger qu'était illicite l'objet d'une association visant à faciliter le recours aux mères porteuses. En l'espèce, l'association «Les cigognes» était constituée *«afin de promouvoir et mettre en œuvre l'activité des mères de substitution»*. Le conseil d'État s'opposa à l'inscription d'une telle association qui *«avait pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple. De telles pratiques comportent nécessairement un acte, quelle qu'en soit la forme, aux termes duquel l'un des parents s'engage à abandonner un enfant à naître»*⁹. En

⁹CE assemblée, 22 janvier 1988, publié au recueil Lebon.

harmonie avec cette décision, la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 décembre 1989 juge à son tour que ces associations sont nulles pour objet illicite et doivent donc être dissoutes (en l'espèce, l'association Alma mater)¹⁰.

Puis, réunie dans sa formation la plus solennelle, le 31 mai 1991, la Cour de cassation va se prononcer sur les contrats de gestation pour autrui. Elle juge alors que la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le fondement juridique est l'article 1128 du code civil qui dispose qu'*« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »*. Par conséquent, l'adoption n'est que *« l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par la mère ; et que, portant atteinte au principe de l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, ce processus constitue un détournement de l'institution de l'adoption »*¹¹. Elle en déduit que l'enfant né dans de telles conditions ne pouvait faire l'objet d'une adoption plénière par la femme l'ayant recueilli à sa naissance. Ainsi, les conventions de gestation pour autrui sont nulles et ne peuvent être exécutoires devant les tribunaux.

Devant le développement de ce tourisme procréatif, les avis de la plupart des hautes instances hostiles aux conventions de mères porteuses se firent entendre. Nous pouvons l'illustrer notamment par l'avis de 1984 du Comité consultatif national d'éthique adoptant *« une prise de position réservée ou négative »* sur la GPA et rappelant que *« poser en principe, comme nous sommes très naturellement conduits à le faire, que la priorité est l'intérêt de l'enfant futur, revient forcément à évoquer une limite au droit de chacun d'avoir un enfant par le recours à toutes les facilités de la technique »*¹²

Le législateur est donc intervenu afin de prohiber ces pratiques dans l'une des premières lois dite de bioéthique du 30 juillet 1994. En introduisant dans le code civil l'article 16-7, selon lequel *« toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle »*, cette loi a confirmé la jurisprudence antérieure. Elle a par ailleurs ajouté au code pénal l'article 227-12, qui sanctionne d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende *« le fait de s'entremettre entre une personne ou*

¹⁰ Cour de cass, chambre civile 1, du 13 décembre 1989 (association alta mater), n°88-15-655.

¹¹ Cour de cass, Assemblée plénière, 31 décembre 1991, n°90-20.105.

¹² Avis du CCNE du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre». Par conséquent, alors même que les parties de la convention de gestation pour autrui ne sont pas en litige, leur arrangement ne peut être validé. La filiation de l'enfant ne pourra être juridiquement établie ni par l'inscription directe à l'état civil, ni par la reconnaissance, ni par l'adoption.

Par la suite, de nombreux rapports et avis, majoritairement défavorables à la gestation pour autrui, ont été rendus à l'occasion de la révision des lois de bioéthique. Ils ont rappelé l'importance de maintenir cette interdiction. Le comité national d'éthique rend un avis défavorable en s'interrogeant sur l'opportunité éthique d'ajouter la GPA à la liste des techniques d'assistance médicale à la procréation autorisée.¹³ Dans le même sens, le Conseil d'État souligne dans un rapport de juin 2009 que *«la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et celui de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l'interdiction actuelle, conduisent donc à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui»*.¹⁴ Notre droit est unanime pour prohiber la gestation pour autrui. Cette pratique rentre en conflit avec les grands principes du droit français.

B) Les grands principes fondant l'interdiction

La maternité de substitution est prohibée car l'objet du contrat comme la cause sont illicites en raison des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

L'interdiction de la GPA repose donc sur deux principes très fort :

✎ le premier est le principe d'indisponibilité du corps humain qui rend illicite toute convention sur le corps humain (ou ses éléments), que ce soit en vue d'un prêt, d'une location ou d'un don. Ce principe signifie que la personne ne peut consentir à n'importe quoi sur son corps. Ainsi, le contrat de gestation pour autrui passé entre une mère porteuse et les demandeurs est contraire au principe d'indisponibilité du corps humain puisqu'il porte atteinte au corps de la mère et au corps de l'enfant. En effet, *«la femme qui se met à la disposition d'un commanditaire pour concevoir et porter un enfant qu'elle s'engage à abandonner commet une double atteinte à l'indisponibilité du corps humain. D'abord, elle se donne ou se vend, non pas partiellement mais totalement, lorsqu'elle met à disposition*

¹³ Avis du CCNE n°110 de 2010 relatif aux problèmes éthiques soulevés par la GPA.

¹⁴ CE, La révision des lois de bioéthique, étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009.

ses capacités reproductrices. Ensuite, elle donne ou vend l'enfant qu'elle abandonne. Reconnaître la validité de ces conventions reviendrait donc à admettre l'existence d'un droit de propriété de la mère porteuse sur son corps et sur son enfant dont elle pourrait organiser contractuellement l'existence, l'abandon, l'établissement du lien de filiation»¹⁵.

La cour de cassation a aussi rappelé que ce contrat *«porte tout à la fois sur la mise à disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître»*.¹⁶ Dans sa décision de 1994, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, fait référence au principe de non-patrimonialité du corps humain, qui peut être considéré comme l'un des composants du principe plus général d'indisponibilité du corps humain¹⁷. Ainsi, le corps, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un acte juridique à titre onéreux leur conférant une valeur patrimoniale. Ce principe a pour but d'éviter que la personne donne son consentement sous la pression financière car il faut rappeler que la plupart des GPA sont réalisées à titre onéreux. On assimile donc la remise d'un enfant à titre onéreux à une vente d'enfant comme l'a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Rennes en notifiant qu'*«il ne s'agit pas seulement d'un contrat de mère porteuse mais d'un achat d'enfant évidemment contraire à l'ordre public»*.¹⁸

L'indisponibilité du corps de l'enfant semble aller de soi puisqu'il s'agit de la cession non pas d'une chose, ni d'un élément du corps de la femme mais bien du corps d'une personne. Or, depuis l'abolition de l'esclavage, une personne ne peut être l'objet d'une vente, elle est sujet de droit. L'enfant ne peut donc être cédé ou vendu. Au contraire, lorsque la femme accepte de porter un enfant pour d'autres, le principe d'indisponibilité de son corps peut faire l'objet de débats. Certaines expressions nous laissent penser que la femme consent en tant que propriétaire de son corps à pratiquer une gestation pour autrui : elle souhaite «par solidarité» «prêter ses facultés reproductrices» ou elle veut pour gagner de l'argent «louer son utérus». La législation actuelle tendant à favoriser les libertés individuelles notamment les droits à disposer de son corps ne peut elle pas aller jusqu'à permettre à la femme de disposer de ses fonctions reproductrices ? On précise toutefois que *«l'intégrité physique de l'individu, et plus spécialement la faculté de procréer, est certainement un de ces droits dont la conservation importe à la société et à la patrie comme à la famille»*. C'est donc l'intérêt de l'État, l'ordre public, qui interdit à un individu de disposer de sa faculté de procréer. De plus accepter que le corps de la femme devienne un «outil de

¹⁵J.CI. Respect et protection du corps humain,n°141.

¹⁶ Cour de Cass, 1ere chambre civile, 9 décembre 2003.

¹⁷ Article 16-1 et 16-5 du code civil

¹⁸CA de Rennes, 10 janvier 2012.

production» fait l'objet de nombreuses critiques. La célèbre phrase de Pierre Bergé estimant que *«louer son ventre pour faire un enfant ou louer ses bras pour travailler à l'usine, quelle différence?»*¹⁹ semble assimiler la convention de mère porteuse à un contrat de travail comme un autre. Or, il existe une différence essentielle entre rendre un service en tant que personne (travailler dans une usine par exemple) et offrir son propre corps comme une chose. Si les femmes peuvent «louer leur ventre», de nombreux auteurs dénoncent alors le danger d'une nouvelle forme d'exploitation de la femme et l'avènement d'un «*prolétariat reproductif*».²⁰ On peut envisager le cas des femmes des classes favorisées qui pourront se payer les services d'une mère porteuse pour éviter les tracasseries de la maternité. Les plus cyniques parlent même d'un «*bonheur sociétal*» dans un monde où «*les femmes les plus pauvres, tout comme elles font le ménage ou gardent des enfants seraient mises en plus à contribution pour porter lesdits enfants*».²¹ Au contraire, d'autres parlent d'une nouvelle forme d'esclavage et de l'enfer que vivent certaines femmes dans «*les usines à bébés en Inde*»²² comme en attestent de nombreux reportages. S'il on envisage la gratuité de la prestation, cela n'empêche pas la réification du corps. La gratuité peut également par elle-même entraîner des effets pervers à long terme : la vision de la pratique comme étant un acte de générosité risque de soumettre les proches parents de la femme stérile à des pressions insupportables de la part de l'entourage familial pour porter un enfant à la place de celle-ci.

C'est pour ces multiples raisons que la gestation pour autrui porte atteinte à l'intégrité des personnes et au principe d'indisponibilité du corps humain.

¶ Le second principe qui justifie la prohibition de la GPA est l'indisponibilité de l'état des personnes. En vertu de ce principe, il est impossible de disposer de son état : «*la qualité de mère ou de père d'un enfant ne saurait se déduire des termes d'un contrat*»²³. Il faut rappeler que les personnes physiques sont individualisées par leur nom, leur âge, leur sexe, leur filiation et leur situation matrimoniale. Or, on ne peut en vertu du principe de leur indisponibilité, modifier à sa convenance son état de façon unilatérale ou par contrat. Une personne ne peut donc changer sa date de naissance ou sa filiation à sa guise. Ainsi, en ce qui concerne la maternité de substitution, l'établissement de la filiation ne peut résulter de

¹⁹ Le Point, publié le 17 décembre 2012.

²⁰ FABRE MAGAN Muriel, *la gestation pour autrui, fictions et réalité*, Fayard, 2013.

²¹ IACUB Marcela, *La reconnaissance des ventres*, Libération, 11 janvier 2013.

²² Reportage en Inde dans les usines à bébés, Valeurs actuelles, 14 avril 2016.

²³ CE, *La révision des lois de bioéthique*, étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009.

n'importe quel acte de volonté. En ce qui concerne la filiation maternelle, l'adage *mater semper certa est* exprime que la mère est la femme qui accouche de l'enfant. La filiation maternelle d'un enfant ne pourra être établie qu'à l'égard de la femme qui l'a mis au monde. Dans son arrêt du 13 décembre 1989 précédemment cité, la Cour de cassation estime que les conventions de GPA sont contraires à l'ordre public «*en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation ou d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère*». Dans une convention de mère porteuse, les commanditaires souhaitent se voir reconnaître comme père et mère de l'enfant. Or, ils ne peuvent disposer librement de l'état civil de l'enfant en indiquant leur volonté et en niant la réalité biologique.

C'est sur ce dernier principe que la cour de cassation se fonde pour refuser la transcription sur les registres français des actes de naissance établis à l'étranger. La nullité des conventions de GPA, nullité d'ordre public, entraîne l'impossibilité de faire produire effet au regard de la filiation à de telles conventions.

SECTION 2 L'interdiction de la transcription des actes étrangers

Face à la prohibition légale en France, de nombreux couples se tournent vers l'étranger dans un pays où la GPA est légale, afin de faire porter et se faire remettre un enfant par une gestatrice. Le fait de partir à l'étranger leur permet d'échapper aux sanctions pénales prévues par le droit français. En effet, selon les articles 113-2 et 113-6 du code pénal, la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République ; à tout crime commis par un français hors du territoire de la République et aux délits commis par des français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. Ainsi, de retour en France, certains ont demandé la transcription des actes de naissances établis dans le pays de naissance de l'enfant sur les registres français d'état civil.

Jusqu'en 2015, le droit français est resté sur une position ferme : le fait d'avoir eu recours à une convention de GPA interdisait toute transcription de l'acte étranger en droit français qu'il s'agisse ou non de la véritable filiation de l'enfant.

L'enfant né d'une convention de gestation pour autrui n'est pas dépourvu de filiation. Il possède un acte de naissance et une filiation établie au regard du pays où il est né. Il est donc nécessaire de rappeler la règle de transcription des actes étrangers en droit français et de préciser en quoi leur transcription sur les actes de l'état civil français a un intérêt pour ces familles.

A) L'intérêt de la transcription des actes de naissance étrangers des enfants nés par GPA.

En principe, les actes de naissance établis à l'étranger peuvent être transcrit à l'état civil français comme en dispose 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».*

Ainsi, les couples peuvent demander la transcription de cet acte étranger notamment parce que l'absence de cette formalité peut entraîner des lourdeurs administratives car la filiation de l'enfant découle du droit étranger. Par exemple, il lui sera nécessaire de demander des copies aux autorités étrangères et de produire des traductions. De plus, l'enfant ne possède pas de documents officiels français ce qui *«implique que dans les faits, la vie familiale est plus compliquée en l'absence de transcription, en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événement de la vie»*²⁴. C'est pour ces raisons administratives que les personnes demandent pour l'enfant la transcription de son acte de naissance.

En France, toute demande de transcription du certificat de naissance d'un enfant né à l'étranger d'un couple français déclenche une enquête du service central de l'état civil, installé à Nantes. Cependant, la transcription n'étant pas obligatoire, les couples hésitent à la solliciter par peur des contrôles. En effet, même si les officiers de l'état civil ne disposent pas toujours des éléments leur permettant de soupçonner ou prouver une GPA, ils ont la possibilité, s'ils nourrissent un soupçon, de demander aux parents français de produire un certificat d'accouchement et, à défaut, demander à la femme de se soumettre à

²⁴ CE, La révision des lois de bioéthique, étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009.

un examen médical. En cas de refus, il les informe de sa décision de surscoir à la transcription des actes de naissance étrangers et saisit le ministère public.

Sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile, le ministère public *«peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci»*, il a donc un intérêt à agir en cas de suspicion de gestation pour autrui. Selon les règles de droit international, le juge pour accorder l'exequatur²⁵ doit s'assurer que trois conditions sont remplies: la compétence indirecte du juge étranger, la conformité à l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi. Or, la nullité des conventions de gestation pour autrui est une nullité d'ordre public, leur conclusion correspond bien à une fraude à la loi. C'est sur ce fondement que le ministère public agit pour s'opposer aux convention de mères porteuses et notamment empêcher la transcription des actes de l'état civil étranger en France. Ce dernier estime que la transcription contrevient à l'ordre public et s'oppose donc aux demandes faites par les personnes ayant conclues une GPA à l'étranger. Le ministère public saisissait alors le juge afin que ne soient pas permises de telles formalités.

B) L'interdiction de transcrire les actes fondée sur l'ordre public et la fraude

Dans un premier temps, les conventions de mères porteuses ont suscité des décisions de cours d'appel dont certaines avaient accepté de transcrire les actes de naissance étrangers consacrant la filiation de l'enfant. Une décision de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 avait retenu que *«la non-transcription des actes de naissances aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants, qui, au regard du droit français, se verraient privés d'acte civil indiquant leur filiation, y compris à l'égard de leur père biologique»*. Elle avait déclaré l'action du ministère public irrecevable s'agissant d'un recours en annulation de la transcription d'actes de naissance établis à l'étranger ne pouvant résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui .

En l'espèce, un couple de Français avait eu recours à une mère porteuse en Californie et la cour suprême de Californie avait déclaré que le mari et l'épouse étaient *«père et mère des enfants à naître»*, portés par la gestatrice. À la naissance des enfants, l'administration californienne avait délivré les actes de naissance. Le ministère public conteste leur transcription sur les registres de l'état civil français en se fondant sur une contrariété à l'ordre public. La cour d'appel de Paris déclare irrecevable l'action

²⁵L'exequatur est une procédure visant à donner, dans un État, force exécutoire à un jugement rendu à l'étranger.

du ministère public, car celui-ci *«ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet État»*. Selon les juges de la cour d'appel, les actes de naissance étrangers ayant été régulièrement obtenu dans le pays d'origine doivent produire leurs effets en France.

Or, dans un arrêt du 17 décembre 2008, la Cour de cassation casse cette décision et estime que *«le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions»*. Le raisonnement de la Haute juridiction est simple : les énonciations des actes d'état civil résultent d'une convention interdite en France, leur transcription contrevient alors à l'ordre public établi par la loi. Le ministère public justifie donc naturellement d'un intérêt à agir alors même que la validité des actes de naissance étranger n'est pas en cause. Pour la haute juridiction, le recours à l'ordre public est justifié puisqu'il s'agit d'éviter que les conventions de GPA ne puissent produire des effets en France.

Cette solution fut réitérée par trois arrêts du 6 avril 2011 rappelant qu'*«est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. En l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil»*. Il s'agit de refuser d'admettre les maternités de substitution, même organisées à l'étranger en conformité avec la loi locale, l'ordre public français l'exigeant. En l'espèce, la Cour a estimé que les *«les jugements américains étaient contraires à la conception française de l'ordre public international»* en reconnaissant la filiation maternelle à la mère d'intention. Ainsi, les juges français avaient tranché contre l'intérêt supérieur de l'enfant à bénéficier d'une filiation légitimement établie aux États-Unis au profit du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs : il n'est pas possible de faire à l'étranger ce que la loi française interdit pour ensuite l'imposer au juge national. Il est donc clair que *«le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a donc été élevé au plus haut niveau par le juge, ce qui a permis de refuser la reconnaissance dans l'ordre juridique interne des actes de naissance des enfants nés d'une GPA »*²⁶.

²⁶ HILGER Geoffroy, *la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'assemblée plénière*, Lextenso, petites affiches, 17 juillet 2015.

Par la suite, La Cour réaffirme clairement cette position dans deux arrêts de principe en 2013 et 2014. Ces décisions reprennent l'argument de la contrariété à l'ordre public mais y ajoute celui de la fraude à la loi en jugeant *«qu'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 fut-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»*.

Afin d'empêcher le recours aux mères porteuses, les juges viennent sanctionner les auteurs de la convention illicite. Ainsi, la non-transcription est prévue comme une sanction à la fraude à la loi française que représente la convention de mère porteuse conclue à l'étranger.

En effet, la fraude à la loi est caractérisée lorsque *«les parties ont régulièrement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente»*.²⁷ Intervenant dans tous les domaines du droit, la fraude n'est prévue en droit commun par aucun texte spécifique. Néanmoins en application de l'adage *fraus omnia corrumpit* –que la Cour de cassation n'hésite pas à viser, elle vient sanctionner ses auteurs qui ont agi avec l'intention d'éluder une règle obligatoire légale ou contractuelle.

Dans le cas des conventions de gestation pour le compte d'autrui, le droit français s'opposait à la reconnaissance de la filiation à l'égard des deux parents. Cela est facilement compréhensible pour la mère qui, en droit français, est la femme qui met l'enfant au monde et le droit ne permet pas d'établir la maternité d'une autre femme qu'il y ait contrat de GPA ou non. Néanmoins, ce refus de reconnaissance s'appliquait aussi à la filiation paternelle et ce même lorsque le père d'intention est le père biologique de l'enfant.

Dans les arrêts de 2013 et 2014, la première chambre civile considère que la fraude à la loi dont s'est rendu coupable le père justifiait le refus de transcription de l'acte étranger mais aussi l'annulation de la reconnaissance. En effet, le père biologique de l'enfant ne peut demander ni la transcription ni la reconnaissance alors même qu'elle correspond à la réalité génétique. Le recours à la fraude n'était pas surprenant puisque le père a sciemment tenté d'écarter la loi française en ayant recours à une GPA autorisée à l'étranger : le moyen de le sanctionner est bien sur de l'empêcher de parvenir au résultat escompté (la transcription) ou à un résultat équivalent (la reconnaissance). Ainsi que

²⁷Cour de Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1983, 82-11.290, Bull. civ. I, no 147.

l'analyse Claire Neirinck, commentant les arrêts rendus par la cour d'appel de Rennes du 21 février 2012: *«l'action en annulation pour fraude, propre au ministère public, ne se confond pas avec l'action en contestation de la véracité d'une reconnaissance. Une reconnaissance conforme à la vérité biologique peut néanmoins être frauduleuse. Il incombe au ministère public qui poursuit son annulation d'établir que son auteur a utilisé un procédé que la loi lui reconnaît - la reconnaissance - dans le but d'atteindre un objectif étranger à l'institution - c'est-à-dire obtenir un nouveau-né procréé au mépris de l'article 16-7 du code civil, pour être abandonné à la naissance sans avoir à respecter les règles de la filiation et de l'adoption»*.²⁸

Par conséquent, même lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'état de l'enfant (l'acte indiquant la mère qui a accouché et le père biologique) les actes ne pouvaient être transcrits. Il pourrait sembler paradoxal que le droit français ne permette pas d'établir la reconnaissance du père biologique mais cette sanction est bien nécessaire pour empêcher de contourner la loi. D'autres exemples peuvent illustrer cette sanction comme le cas du mariage polygame dans lequel les personnes sont mariées à l'étranger mais ne le sont pas pour le droit français puisque l'ordre public français ne reconnaît pas la polygamie.

Dans les deux espèces, il s'agissait de ressortissants français qui avaient clairement voulu contourner la loi en se rendant en Inde où les conventions de GPA sont licites. La cause de la délocalisation se trouve donc dans un résultat attendu en droit indien mais impossible en droit français. Il est donc évident que les couples avaient conscience de braver l'interdit en recherchant à l'étranger ce que notre droit leur refuse. Ainsi, la cour de cassation n'a pas distingué entre filiation maternelle et paternelle en estimant qu'elles étaient le résultat d'un processus frauduleux. Cette sanction peut sembler sévère mais *«le père ne peut invoquer l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il a lui-même placé dans une situation litigieuse»*.²⁹ Par ces solutions, la cour d'appel sanctionne lourdement les couples ayant recours au tourisme procréatif et adopte une approche globale en matière de GPA: même si les actes étrangers ne sont pas en eux-mêmes frauduleux, la filiation résultant de la fraude à la loi française, la transcription n'est donc pas possible.

Ces arrêts ont fait l'objet de nombreuses critiques. Certains auteurs ont en effet critiqué *«la formule selon laquelle la naissance est le résultat d'un processus frauduleux, comme si l'existence d'une personne pouvait être frauduleuse»*. Ils ont parfois exprimé un

²⁸NEIRINCK Claire, D. fam. 2012. Comm. 67.

²⁹DEHARO Gaëlle, *Processus d'ensemble et sanction de la fraude: le cas de la gestation pour autrui*, Gazette du palais, du 23 octobre 2013, n° 297.

doute qu'en à l'existence même de la fraude à la loi : « tirer d'un adage (...) des conséquences aussi radicales est d'autant plus critiquables qu'il s'agit bien des conséquences de la fraude d'un tiers par rapport à une personne dont les droits sont niés »³⁰. Selon eux, il fallait faire primer les intérêts individuels de l'enfant sur les intérêts collectifs.

D'autres auteurs, au contraire, ont salué cette jurisprudence et comme le souligne Aude Mirkovic, maître de conférence en droit privé, *« l'absence de transcription a en effet une portée symbolique essentielle. Permettre de contourner la loi pour arriver à ses fins réduirait à néant la protection qu'elle assure, car la prohibition n'est plus dissuasive si la transgression est sans conséquence »*.³¹

Ainsi, initialement le droit français empêchait donc les conventions de gestation pour autrui de produire des effets en empêchant la transcription des actes de naissance sur les registres français. Néanmoins, la question de la nationalité des enfants nés d'une convention de mère porteuse va nécessairement relancer le débat sur les effets juridiques qu'une telle convention pourrait produire en France.

³⁰ FULCHIRON et BIDAUD- GARON, dans les limbes du droit, à propos de la situation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, Dalloz 2013.

³¹ MIRKOVIC Aude, PMA, GPA, la controverse juridique, Pierre TEQUI, 2014.

CHAPITRE 2 – La nationalité de l'enfant issu de la gestation pour autrui

Nés à l'étranger, ayant une filiation non reconnue en droit français, la question de la nationalité de ces enfants qui vivent en France et dont les «parents» sont français s'est nécessairement posée. Le certificat de nationalité doit-il être, comme la transcription de leur acte de naissance, refusé à ces enfants? Si on suit la logique juridique en présence, la gestation pour autrui ne devrait pas pouvoir produire des effets en France et donc ne pourrait permettre aux enfants d'acquérir la nationalité française. La question s'est retrouvée au centre d'un débat politique dans lequel la position du garde des sceaux fut surprenante. Elle fut néanmoins validée par le Conseil d'Etat.

Section 1 La nationalité des enfants né d'une convention de gestation pour autrui

A) Le principe de la nationalité d'un enfant né d'un parent français.

Les enfants nés d'une convention de mère porteuse à l'étranger ont une filiation établie à l'étranger. Ces enfants, naissant à l'étranger, sont inscrits dans des actes d'état civil rédigés dans leur pays d'origine et, ainsi, disposent d'une identité qui résulte des mentions de leurs actes de naissance. «Ils ne sont ni *«fantômes de la République»*, comme cela est relevé d'une manière hâtive, ni apatrides»³². En effet, ils conservent leur état civil originaire et, sous réserve de l'établissement de la filiation, dès lors que l'un de leurs parents est français, ils disposent de la nationalité française. En vertu de l'article 18 du Code civil, *«est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français»*. Par conséquent, les enfants issus de parents français ont la nationalité française par leur lien de filiation, ce qui permet de les faire entrer en France (délivrance d'un passeport), de les accompagner (exercice de l'autorité parentale) et de leur faire bénéficier des droits de tous Français (inscription scolaire, sécurité sociale, allocations familiales).

³² CORPART Isabelle, *La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui*, Lamy, revue juridique personne et famille, 2013

Néanmoins, il est évidemment nécessaire que leur lien de filiation soit établi (notamment quand le père est le père biologique) mais les familles ne faisaient pas ces démarches pour ne pas attirer l'attention sur elles consciente d'avoir fraudé la loi.

De plus, respectant les conditions de la circulaire du 5 mai 1995 sur les conditions de délivrance des certificats de nationalité française et se basant sur l'article 47 du code civil, les tribunaux rejetaient les demandes en considérant les actes produits comme non probants au sens de l'article précité. En effet, *«dans de nombreux cas, le constat de l'extranéité du dossier et la naissance à l'étranger associée à d'autres éléments douteux (un court séjour dans le pays de naissance, l'ignorance de la langue du pays ou l'incapacité à se souvenir de la date de naissance des enfants) amenaient les tribunaux à rejeter les requêtes »*³³.

La médiatisation de ces situations n'est certainement pas étrangère à la prise de position du gouvernement.

B) Le certificat de nationalité des enfants nés d'une GPA.

C'est dans ce contexte que le garde des Sceaux, Christiane Taubira, adresse une circulaire le 25 janvier 2013 aux juridictions afin que ces dernières veillent à ce qu'un bon accueil soit fait aux demandes de délivrance d'un certificat de nationalité française pour des enfants nés à l'étranger, dès lors que le lien de filiation avec un parent français est établi.

Cette circulaire invitait, en effet, les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française à ces enfants dès lors que le lien de filiation avec un français résultait d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil. La circulaire précisait que le seul soupçon de recours à une convention de GPA à l'étranger ne pouvait suffire à opposer un refus de délivrance car l'enfant est français s'il est né d'un parent français. À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance reste fondé à refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française. Il semble que l'acte étranger qui mentionnerait la mère commanditaire comme étant la mère de l'enfant ne pourrait être utilisé. Pour certains auteurs, *«les situations contraires au droit français continueront à échapper au bénéfice de la circulaire et les tribunaux devraient continuer à refuser la délivrance des certificats*

³³ CORPART Isabelle, *La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui*, Lamy, revue juridique personne et famille, 2013

toutes les fois où la valeur de l'acte d'état civil étranger sera contestable, notamment lorsque la «mère d'intention», «commanditaire» est désignée dans l'acte comme étant faussement la mère de l'enfant».

La circulaire ne s'attache normalement qu'aux droits des enfants d'obtenir la nationalité française. En principe, elle ne donne pas aux enfants d'avoir un acte d'état civil français notamment lorsqu'a été refusée la transcription de l'acte de naissance étranger sur le registre de l'état civil. Elle ne permet pas non plus leur inscription dans le livret de famille car elle n'emporte pas automatiquement reconnaissance de la filiation. On ne parle dans cette circulaire que de la nationalité. Dans le même sens, le Conseil d'état, dans un arrêt du 4 mai 2011, a validé la remise de documents de voyage à des enfants de mère porteuse étrangère, sans pour autant faciliter l'établissement d'un lien de filiation. En l'espèce, il s'agissait d'une convention de mère porteuse dans laquelle le père biologique était français et la mère biologique indienne. Le Conseil d'État devait se prononcer sur une ordonnance qui enjoignait de faire bénéficier ces enfants nés en Inde d'un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire français. Il retient que *«la circonstance que la conception de ces enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait sans incidence sur l'obligation faite à l'administration d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants»*.

Mais la question qui se pose est celle de savoir si le mode de conception de l'enfant reste toujours un motif pour priver de droits les personnes qui en font usage : peut-on réellement dissocier le certificat de nationalité de la filiation ? Comme l'affirme Clotilde Brunetti-Pons, maître de conférences à l'université de Reims, spécialiste en droit de la famille : *«La ministre de la Justice est en train de contourner la jurisprudence de la Cour de cassation du 6 avril 2011. Dans trois arrêts, celle-ci avait refusé que la filiation des enfants soit établie en France à l'égard des intéressés, et notamment du père biologique, parce qu'il y avait violation du principe d'ordre public prohibant la GPA. Normalement, le CNF intervient après transcription de la filiation à l'état civil français, donc après que la filiation est reconnue en droit français»*.

L'entrée en vigueur de cette circulaire a donc créé la polémique et de nombreuses voix l'ont dénoncée. Obliger les tribunaux à délivrer les certificats de nationalité alors même qu'il y a une convention de gestation pour autrui facilite nécessairement le recours à cette pratique illégale. De plus, le garde des sceaux rend publique cette circulaire au moment du débat sur l'accès à tous les époux à la procréation médicalement assistée lors de

la loi sur le mariage pour tous. Quelques temps avant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 17 mai 2013 sur la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe avait rappelé que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du code civil aux termes desquelles: *«toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle»*. Les requérants insistaient sur le fait que *«compte tenu notamment des difficultés que rencontreront les couples de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la PMA ou à la GPA en fraude à la loi française »*. Le conseil constitutionnel énonce que *«l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et de réprimer de telles pratiques»*³⁴.

Dans ce contexte, la circulaire semble ouvrir une porte à ces couples qui ont recours à ces conventions prohibées en France mais licites dans de nombreux pays.

De plus, il est important de souligner que l'article 21-12 du code civil permet de réclamer la nationalité française au bout de 5 ans, dès lors que l'enfant est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française : pour ces raisons, nombreux sont ceux qui n'ont vu dans la circulaire du garde des sceaux qu'une volonté de faciliter la GPA.

Des parlementaires, particuliers et associations se sont manifestés et ont reproché à cette circulaire d'encourager indirectement un procédé interdit en France conformément aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil. Ces divers recours, notamment celui de l'association juristes pour l'enfance, ont aboutis à la saisine du Conseil d'État qui a dû se prononcer sur la validité du texte.

Section 2 L'intérêt de l'enfant à obtenir un certificat de nationalité

A)La solution du Conseil d'Etat

Dans un arrêt du 12 décembre 2014, le Conseil d'État s'est donc prononcé sur la circulaire du garde des sceaux relative à la délivrance des certificats de nationalité pour les enfants nés à l'étranger dont il semble que leur naissance soit le résultat d'une convention de GPA.

³⁴CC, décision 2003-669 DC du 17 mai 2013, JORF du 18 mai 2013 page 8281, texte n° 10

Il rend la solution suivante : le droit à la vie privée de l'enfant doit, pour l'attribution de la nationalité française, primer sur une éventuelle violation de l'interdiction de la gestation pour autrui. La seule circonstance que sa naissance ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne pouvant pas être prise en compte. En effet, dès lors que sa filiation avec un français est établie, l'enfant a droit à la nationalité française selon les termes de l'article 18 du Code civil. Admettre le contraire porterait *«une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »*.

Le Conseil d'État rappelle que la juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître des questions de filiation et de nationalité qui relèvent de la compétence du juge judiciaire. Néanmoins, les requêtes tendant à l'annulation de circulaires ministérielles sont de sa compétence. Il décide donc que la circulaire attaquée n'est pas illégale. Par cette décision, le conseil d'État fait une application de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme en dégageant du droit à la vie privée un droit à la nationalité.³⁵

Selon la haute juridiction administrative, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée implique le droit d'obtenir la nationalité française. Le rapporteur public avait en effet rappelé que *«la nationalité d'une personne la concerne en premier chef alors qu'elle est, bien qu'elle en soit une sorte de dérivé, sans effet sur la filiation»*.

B) L'effet juridique reconnu en France des conventions de mères porteuses pratiquées à l'étranger

Il est important de souligner en quoi cette décision est importante et en quoi elle modifie considérablement la position antérieure face à la gestation pour autrui.

On peut estimer que le Conseil d'État se contente simplement de valider la circulaire sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants nés d'une GPA en les privant de la nationalité française à laquelle ils auraient droit. Sa décision est un progrès pour les enfants nés de GPA à l'étranger mais elle n'est pas une reconnaissance de leur filiation ni une légalisation de la GPA en France. En effet, la transcription de l'acte de

³⁵CEDH, 11 octobre 2011, Genovese contre Malte.

naissance étranger sur les registres de l'état civil français n'est pas une condition pour que le certificat de nationalité soit délivré. Dans ce raisonnement, on traite de façon séparée la question de la nationalité et celle de la reconnaissance de la filiation. Pour le conseil d'état, si l'acte de naissance répond aux critères de l'article 47 du code civil, le certificat doit être délivré. Il appartiendra ensuite aux juges judiciaires de se prononcer sur les conditions de l'établissement de l'acte de naissance. Ainsi, pour Adeline Gouttenoire: *«Même si on peut se féliciter du mouvement conjoint des juridictions européenne, administrative et bientôt peut-être judiciaire, en faveur d'une avancée des droits de ces enfants, placés du fait de leurs parents, dans une situation juridique kafkaïenne, il n'en demeure pas moins un certain malaise à constater que c'est une circulaire qui pallie le silence du législateur totalement paralysé lorsqu'il s'agit d'évoquer, même indirectement, la question de la GPA. Il faut espérer que l'analyse de la Cour européenne, partagée par le Conseil d'état, incite ce dernier à dépasser ses craintes et à affirmer que l'on peut à la fois admettre certains effets de la GPA à l'étranger tout en maintenant fermement le principe de la prohibition des conventions de mère porteuse sur le territoire français»*.³⁶

La décision du conseil d'état est donc très importante puisqu'elle permet à une convention de gestation pour autrui prohibée en France de produire des effets juridiques dans notre pays même s'il ne s'agit pas directement de la filiation de l'enfant.

On peut, tout de même, penser que par cette décision, le Conseil d'Etat ignore les atteintes portées par la circulaire aux dispositions légales impératives qui organisent la filiation. En effet, la circulaire semble vouloir mettre fin à la jurisprudence de la Cour de Cassation qui validait le refus du parquet de transcrire sur les registres de l'état civil du ministère des affaires étrangères les actes de naissance des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse et qui poursuivait l'annulation des reconnaissances de paternité frauduleuses.

Elle semble aussi porter atteinte à l'article 336 du code civil qui permet au ministère public d'exercer son contrôle pour lutter contre les fraudes: *«si elle s'adresse logiquement aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, elle s'adresse moins logiquement aux procureurs généraux près des cours d'appel et aux procureurs de la République et leur ordonne de «veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de certificats de nationalité française. Or, nul n'ignore que les magistrats du parquet sont subordonnés au Garde des Sceaux et placés dans un rapport hiérarchique. La circulaire faisait ainsi*

³⁶GOUTTENOIRE A deline, *Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger* La Semaine Juridique édition générale n° 1-2, 12 Janvier 2015, 32.

*obstacle au contrôle de la filiation que la loi a confié au ministère public».*³⁷ Ainsi, on peut légitimement constater que la circulaire et par conséquent la décision du Conseil d'État ont pour but de faciliter la GPA: *«leur but est clairement de consacrer avec la GPA un droit à l'enfant que notre droit refuse clairement. Ce but est atteint et pourra désormais être dépassé : quand elle a été signée, la circulaire ne concernait, disait-on, qu'une quarantaine d'enfants. Aujourd'hui, ils seraient plus de 2000 nés de mères porteuses. Mais si le pouvoir exécutif ne respecte pas les lois d'ordre public et s'arroe le pouvoir de les vider de leur substance sans que soit respecté le principe démocratique essentiel de la séparation des pouvoirs, il ne sert plus à rien d'organiser la famille par des lois impératives. Le droit actuel de la filiation est mort »*³⁸.

Notons, cependant, que cette décision est rendue après les deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014 qui vont conduire la Cour de Cassation à revoir sa position en matière de transcription des actes de naissance des enfants nés par GPA.

³⁷ NEIRINCK Claire, *La gestation pour autrui: les conséquences déléteres des arrêts Mennesson et Labassée sur le recours en annulation pour excès de pouvoir de la circulaire sur le certificat de nationalité française*, Lexis.nexis nexis, Jurisclasseur, Droit de la famille n° 2, Février 2015, comm. 30.

³⁸ Voir 37

PARTIE 2 la reconnaissance partielle du lien de filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui

CHAPITRE 1 le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation biologique

Le sort des enfants nés sous une convention de gestation pour autrui pose de nombreuses interrogations. Malgré les décisions fermes de la Cour de Cassation, une évolution s'est progressivement dessinée. Un rapport réalisé pour le Sénat en 2008 a considéré que *« la maternité pour autrui n'est pas en elle-même contraire au principe de dignité de la personne humaine et devrait pouvoir être admise dès lors qu'aucune transaction financière ne serait autorisée et qu'elle serait vécue comme un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi, ce qui éviterait la réification, l'instrumentalisation et la marchandisation du corps de la femme »*³⁹

Finalement, bien que concluant à l'importance de l'illégalité des conventions de GPA, le Conseil d'État, dans son étude sur la révision des lois bioéthiques, dès 2009, émettait des « pistes » afin d'assurer une sécurité dans la filiation des enfants concernés. Il envisageait notamment la possibilité d'autoriser la transcription de la filiation paternelle ou d'admettre l'adoption de l'enfant par la mère d'intention⁴⁰.

De même, un rapport, publié en avril 2004, souligne les *« implications particulièrement graves pour l'enfant »* de leur non-reconnaissance en droit français. Ce rapport, demandé par le ministre délégué à la famille dans le cadre d'un projet de loi préconisait la solution suivante : *« pour les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, il est proposé d'admettre une reconnaissance totale des situations valablement constituées et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention »*⁴¹.

Il faudra attendre, tout de même, la condamnation de notre pays par la Cour européenne des droits de l'homme pour que notre droit évolue sur le sujet et change sa position quant à la reconnaissance des enfants nés d'une GPA.

³⁹ Sénat, rapport d'information sur la maternité pour autrui, 25 juin 2008, n°421

⁴⁰ CE, ass.pléniaire, étude sur la révision des lois de bioéthique, 9 avril 2009

⁴¹ Rapport « filiation, origines, parentalité » présidé par mme Irene Théry, avril 2014

Section 1 L'enfant issu d'une GPA et ses droits fondamentaux

A) La condamnation de la France par la Cour Européenne des droits de l'homme.

Le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme rend deux arrêts dans les affaires Menesson contre France et Labassée contre France. Dans ces deux espèces, la Cour condamne la France pour violation de l'article 8 de la Convention en estimant que le refus de transcription à l'état civil constitue une atteinte à la vie privée des enfants.

La première espèce fait suite aux arrêts de la cour de cassation vus précédemment (arrêt du 17 décembre 2008 et du 6 avril 2011) sur le couple français ayant conclu une convention de GPA avec une gestatrice californienne. Suite à la demande d'annulation de la transcription des actes de naissance étrangers de leurs deux filles (jumelles), qui reconnaissent la filiation aux parents d'intention, les requérants saisissent la Cour de Strasbourg afin de faire condamner la France. Ces derniers dénoncent une violation au respect de leur vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les requérants sont les «parents» et les deux jumelles. Il est important de détailler le raisonnement de la Cour et les arguments des requérants.

Le premier temps du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme ne pose aucune difficulté : le refus des juridictions françaises d'établir la filiation tant maternelle que paternelle des deux jumelles constitue évidemment une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants . La véritable question, qui constitue le second temps de la décision, est de savoir si cette ingérence est justifiée, c'est-à-dire, selon la méthodologie de la Cour, déterminer si elle est prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle apparaît « nécessaire dans une société démocratique ».

Les requérants estimaient que le refus des autorités françaises de reconnaître juridiquement un lien familial s'analyse comme une ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale et que cette ingérence ne repose pas sur une base légale suffisante. Selon eux, le principe de nullité d'ordre public d'une convention de gestation pour autrui n'implique pas la nullité de la filiation des enfants ainsi conçus et qu'aucune disposition en droit français n'interdit l'établissement de leur lien de filiation. Les requérants soulignent aussi que, dans la pratique, beaucoup de couple dans leur cas se sont vus reconnaître le lien de filiation. Or, la Cour n'a fait que constater que l'ingérence dont ils étaient victimes était prévue par la loi, et plus précisément par l'article 16-7 du code civil et que cette

disposition, ayant un caractère d'ordre public, a conduit la Cour de cassation à ne pas reconnaître les liens de filiations entre les enfants et les parents d'intention.

De plus, les requérants soulignent que le refus des autorités françaises de ne pas transcrire des actes étrangers ne poursuit pas de but légitime. et ils trouvent «choquant» le refus de transcrire un lien de filiation qui correspond à la réalité: monsieur Menesson étant bien le père biologique des jumelles. Le lien de filiation ne peut, en effet, être reconnu ni par la transcription, ni par l'adoption, ni par la reconnaissance. Ils insistent aussi sur la portée de l'article 47 du code civil : selon eux, les actes d'état civil américains de leur fille ne font pas état d'un lien biologique entre eux et les jumelles. Ils soutiennent que les faits rapportés par les actes étrangers correspondent à la réalité. Enfin, ils mettent en avant les difficultés des jumelles qui ne peuvent obtenir la nationalité française, n'ont pas de passeports français, n'auront pas le droit de vote à leur majorité, ni de titre de séjour valable.

Le gouvernement français rappelle alors les réponses des juridictions françaises: le refus de transcription permet d'éviter d'encourager le contournement de la loi. Il précise que les époux Menesson ont pu s'établir en France et qu'ils y vivent dans de bonnes conditions sans risque d'être séparés.

La Cour commence par affirmer *«qu' elle comprend la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et la mère porteuse»*. Elle estime que les contraintes pour les parents d'intention ne violent pas leur droit au respect de leur vie familiale puisque *«les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables»*. Elle estime donc sur ce point qu'il y a un juste équilibre entre les intérêts des époux et ceux de l'État français.

Cependant, elle conclut, au contraire, que le droit au respect de la vie privée des enfants a été méconnu. Elle pense que le refus de reconnaître en droit français la filiation américaine affecte leur vie privée. Selon elle, ce droit *«exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation»*. La Cour estime que les enfants issus de convention de GPA se trouvent au regard de leur filiation *«dans une situation d'incertitude juridique»* parce que la France leur *«nie cette qualité»* et que lorsque *«l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant, 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». Selon elle, l'Etat français porte une restriction grave sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des jumelles en faisant obstacle à leur reconnaissance. Elle condamne donc la France.

Dans la seconde espèce, les faits sont les mêmes puisque monsieur et madame Labassée avait eu recours dans les mêmes conditions aux États-Unis (pour eux, il s'agissait du Minnesota) et se retrouvaient confronter au refus des juridictions françaises. La Cour admet la même solution que dans la première espèce.

Ces décisions ont une portée très importante en ce qu'elles réaffirment la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant chère à la Cour européenne mais aussi qu'elles soulignent l'importance de la filiation biologique.

B) L'intérêt de l'enfant à voir sa filiation biologique reconnue

Dans cette décision, il est frappant de voir à quel point la conception internationale de l'intérêt de l'enfant diffère de la conception nationale. Là où le juge français avait estimé que l'impossibilité de transcrire les actes de naissance américains ne portait pas atteinte à l'intérêt supérieur des enfants, dès lors que cela ne les privait pas de filiation et ne les empêcher pas de vivre en France, le juge de Strasbourg souligne l'incompatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants.

On sait que les textes internationaux donnent une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce qualificatif montre bien que cet intérêt doit prévaloir sur tout autre. L'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose que *«dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*.

La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé, dans diverses situations opposant l'intérêt de l'enfant à l'intérêt général, l'ordre public ou l'intérêt d'un adulte, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il en fut ainsi dans la célèbre affaire Wagner, dans laquelle la Cour avait estimé que l'intérêt supérieur d'un enfant primait sur l'ordre public luxembourgeois.

En l'espèce, une femme avait adopté un enfant qui était placé dans un orphelinat au Pérou. Une fois rentrée au Luxembourg, les tribunaux luxembourgeois ont refusé d'accorder l'adoption plénière, la législation luxembourgeoise ne permettant pas à une personne non mariée de l'obtenir. Constatant que la requérante se comporte comme la mère de l'enfant depuis dix ans, la Cour constate l'existence de liens familiaux de facto et conclut à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. La Cour constate que les autorités luxembourgeoises, en n'ayant pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, n'ont pas permis d'accorder à l'enfant une protection juridique lui permettant de s'intégrer complètement dans sa famille. Rappelant la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour va reprocher aux autorités nationales leur refus de reconnaître une situation juridique valablement créée à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention. Tandis que le gouvernement soutenait restreindre l'adoption plénière pour ne pas porter préjudice aux enfants, la Cour considère à l'inverse que l'intérêt de l'enfant s'opposait justement au refus de la reconnaissance de l'adoption plénière.

Cette affaire nous montre bien, qu'en dépit du refus de la Cour de reconnaître un droit à l'adoption en tant que tel, l'intérêt supérieur de l'enfant doit permettre qu'une adoption légalement prononcée à l'étranger soit reconnue en présence d'une vie familiale de facto : l'intérêt de l'enfant peut ainsi permettre la création d'un lien juridique. Il est aisé de faire la comparaison avec les arrêts Menesson et Labassée: l'intérêt des enfants prime sur la notion d'ordre public justifiant la non transcription, les effets de la convention de gestation pour autrui doivent s'appliquer afin de donner à l'enfant la protection juridique nécessaire. La Cour estime que le droit au respect de la vie privée des enfants implique que les jumelles puissent «*établir la substance de son identité y compris sa filiation*»⁴². Les juges européens assimilent l'absence de transcription à la non reconnaissance de la filiation. Or, la filiation des jumelles est bien reconnue grâce à leur acte de naissance étranger. Elle ne peut être pas transcrite mais elle n'est pas niée. La filiation des enfants issue de convention de GPA est bien reconnue en France puisque, par exemple, l'autorité parentale de ces parents n'est pas remise en cause et la cour de cassation avait d'ailleurs précisée en 2011: «*l'absence de transcription ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux Menesson*».

⁴²CEDH, 5^{ème} section, 26 Juin 2014, Menesson et Labassée

De plus, l'analyse de la Cour s'appuie à souligner l'importance de la filiation biologique. En effet, dans ces deux espèces, le père est également géniteur de l'enfant et *«au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établi et que l'enfant et le parent concerné revendique sa pleine reconnaissance»*.

Ainsi, lorsqu'un lien de filiation biologique existe entre l'enfant et un ou les deux parents commanditaires, la Cour énonce clairement que ce lien doit pouvoir être reconnu et établi juridiquement. Cette approche pose de nombreuses questions. En effet, si l'enfant a le droit de se voir reconnaître dans n'importe quelle circonstance sa filiation biologique, s'il est contraire aux droits de l'homme de cacher la filiation biologique d'une personne, alors il faudra reconnaître le lien de filiation d'un enfant né d'une relation incestueuse ou lever l'anonymat du don de gamètes.⁴³

Enfin, la Cour n'évoque pas la filiation biologique maternelle qui a été niée dans les actes de naissance californiens. Alors que précédemment, elle avait dans l'arrêt Marckx (qui a conduit à l'abolition de la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels) rappelait que *«le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage «mater semper certa est»*⁴⁴ ; la Cour accepte, dans ces arrêts, la violation de ce principe fondamental.⁴⁵

D'autres arrêts de la cour sont venus appuyer cette importance de la filiation biologique. Dans l'arrêt Mandet contre France du 14 janvier 2016, la Cour réaffirme que l'intérêt supérieur de l'enfant est d'accéder à sa filiation biologique même, lorsqu'en l'espèce, l'enfant ne le souhaitait pas. Elle érige donc en principe général que l'intérêt d'un enfant est d'accéder à ses origines biologiques alors même que ce dernier ne veut pas les connaître et souhaite conserver le lien sociologique qui l'unissait au mari de sa mère.⁴⁶

⁴³FABRE MAGNAN Muriel, Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la GPA, Figaro paru du 26 juin 2014

⁴⁴CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, Marckx contre Belgique.

⁴⁵PUPPINK Gregor, *Cour européenne des droits de l'homme: vers la libéralisation de la GPA*, revue droit civil Lamy 2014, n°118, 1 septembre 2014.

⁴⁶GARE Thierry, pour la CEDH, *l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être rattaché à son père biologique*, Semaine Juridique, édition générale n° 11 du 14 mars 2016, 305.

Ainsi, en affirmant à la fois que la transcription de l'acte de naissance et la reconnaissance de la filiation biologique sont des conditions au respect des droits fondamentaux des enfants nés d'une convention de gestation pour autrui, la CEDH condamne le dispositif français de dissuasion du tourisme procréatif par GPA et oblige la France à l'abandonner, au moins en partie.

Comme l'exprime parfaitement certains juges de la CEDH dans une opinion dissidente de l'arrêt Paradiso et Campanelli contre Italie *«la position de la majorité revient en substance à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui. S'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une vie familiale, il est évident que la liberté des états de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la cour est réduite à néant»*.⁴⁷

Par la suite, la France a donc voulu remédier aux reproches faits par la CEDH. Tout d'abord, le Conseil d'État a, comme nous l'avons vu précédemment, validé la circulaire visant à donner la nationalité française aux enfants issus de convention de GPA. Ensuite, une note du ministère de la justice du 13 avril 2015 demande aux notaires que les enfants soient considérés comme héritiers à l'égard de leurs parents figurants sur les actes de naissance étrangers même non transcrits.

Ainsi, les incertitudes portant sur la nationalité et la vocation successorale des enfants ayant été levées et corrigées, les raisons qui fondaient le droit français à refuser la transcription étaient toujours valables. Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas reconduit sa solution antérieure et à opérer un revirement de jurisprudence en autorisant la transcription de l'acte dans certains cas.

⁴⁷Dans cet arrêt, la CEDH devait se prononcer sur le placement d'un enfant né d'une GPA en Russie conclue par un couple dont il fut ultérieurement reconnu qu'il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant. CEDH Paradiso et Campanelli contre Italie du 27 janvier 2015.

Section 2 La position de la France face à la condamnation de la CEDH

La Cour de cassation, dans deux décisions rendues en Assemblée plénière le 3 juillet 2015, permet, dans certaines conditions, la transcription des actes de naissance étrangers.

Il s'agit d'un revirement clair de la Cour de cassation qui revient sur sa position antérieure en permettant que les conventions de GPA produisent leurs effets en France.

A) la transcription de l'acte de naissance désormais possible

Il s'agissait, dans les deux espèces, d'actes de naissances établis en Russie qui indiquaient pour la filiation paternelle, l'homme français ayant eu recours à la GPA et pour la filiation maternelle, la femme russe ayant accouché soit la mère porteuse. Les faits révéleront que dans les deux affaires, le père a donné ses gamètes et la femme russe a porté l'enfant d'après une convention de GPA. Il faut noter également que le ressortissant français avait fait une reconnaissance anténatale de leur enfant en France. Ces deux affaires montrent bien les contradictions au sein des juridictions, quant au refus de transcription, suite à la condamnation de la France par la CEDH.

Dans l'une, la cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 15 avril 2004, se rallie à la position classique de la cour de cassation en se fondant sur l'argument de la fraude à la loi pour refuser la transcription: c'est donc le père de l'enfant qui forme un pourvoi contre l'arrêt rendu. Dans la seconde affaire, la cour d'appel autorise la transcription de l'acte de naissance russe conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: c'est alors le procureur de la république, s'y opposant, qui forme le pourvoi en cassation.

La Cour de cassation adopte une solution unique dans ces deux affaires en estimant que *«l'acte de naissance n'étant ni irrégulier, ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité»*, la convention de GPA ne fait pas obstacle à la transcription des actes de naissances.

La haute juridiction s'en tient à une stricte application de l'article 47 du code civil, la manière dont l'enfant est conçu n'entre donc plus en considération. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence net puisque les arguments de la contrariété à l'ordre public et de la fraude à la loi, qui justifiaient le refus de transcription, sont tous deux écartés.

Dès lors, la transcription de l'acte de naissance étranger devient systématique si les conditions de l'article 47 sont remplies: c'est à dire si le père biologique et la femme qui accouche y figurent. La Cour juge donc la situation exactement comme s'il n'y avait pas de gestation pour autrui. La Cour adopte donc une position inverse aux arrêts antérieurs. Elle ne se fonde pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant comme l'avait fait la CEDH ou la Cour d'appel, mais rend une solution technique fondée sur l'article 47 du code civil: si les actes de naissance indiquent la réalité, ils doivent être transcrits. Ainsi *«La Cour de cassation ne saurait dire plus clairement que désormais, le fait que l'enfant ait été conçu dans le cadre d'une GPA ne suffit pas, à lui seul, à empêcher la transcription sur les registres d'état civil français de son acte de naissance étranger»*.⁴⁸

B) L'assouplissement de la prohibition des conventions de GPA

Par le choix d'une position radicalement opposée aux arrêts antérieurs, la Cour de cassation limite nécessairement les effets de l'article 16-7 du code civil.

En effet, en admettant qu'une convention de gestation pour autrui conclue à l'étranger n'empêche pas la reconnaissance des liens qui en découlent, la haute juridiction assouplit la prohibition d'une telle pratique. Si les hommes qui ont recours à une GPA à l'étranger peuvent se voir reconnaître la paternité de l'enfant sans aucun problème, il n'existe plus de frein à conclure une telle convention avec une mère porteuse. Dans le cas d'hommes célibataires ou homosexuels, l'interdiction légale n'a plus aucune conséquence. On peut d'ailleurs souligner qu'il existe une différence de traitement entre un couple pratiquant une GPA en France qui enfreint la loi et se trouve confronté à des poursuites pénales et ceux qui peuvent se rendre à l'étranger. On peut, pour l'illustrer, citer un arrêt du Tribunal de grande instance de Bordeaux qui condamne en juillet 2015 (donc au même moment) un couple homosexuel d'avoir eu recours à une mère porteuse en France sur le fondement de l'article 227-12 du code pénal c'est à dire de la provocation à l'abandon d'enfant⁴⁹.

En conséquence, la GPA reste une pratique prohibée en France mais si elle est pratiquée à l'étranger, elle produit les effets désirés. Comme le souligne Jean Hauser *«on*

⁴⁸GOUTTENOIRE Adeline, *La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima*, semaine Juridique édition générale n° 38, 14 Septembre 2015, 965 Note sous arrêt.

⁴⁹TGI Bordeaux, 5e ch. corr., 1er juill. 2015,

divise l'indivisible en acceptant l'illégalité du procédé mais en imposant la transcription de ses résultats»⁵⁰.

L'existence du lien biologique entre l'enfant et son père suffit donc à permettre la transcription de l'acte de naissance étranger. La Cour applique donc «*a minima*» la solution de la Cour européenne des droits de l'homme: le lien biologique doit permettre la reconnaissance de la filiation en toutes circonstances.

Deux arrêts de la Cour d'appel de Rennes, rendus très récemment, le 7 mars 2016, s'inscrivent dans la droite ligne de cette jurisprudence. Les juges rennais devaient se prononcer sur deux affaires. La première dans laquelle la GPA avait été pratiquée en Californie et dont l'acte de naissance mentionné le père français et la mère porteuse. La seconde où il était question d'une GPA pratiquée en Ukraine, dont l'acte de naissance indiqué le deux parents commanditaires. Pour la première, les juges ordonnent la transcription en se fondant sur l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'autre affaire, ils n'ordonnent que la transcription partielle de l'acte: seul la filiation paternelle y apparaîtra.

Par conséquent, le droit français reconnaît, désormais, la possibilité d'une transcription partielle des actes de naissance étrangers des enfants issus d'une convention de GPA et consacre l'importance du critère biologique dans la filiation d'un enfant. Ce dernier point «*sème le trouble sur la réalité de la filiation qui se trouve réduite à relayer un critère biologique sans tenir compte des circonstances*».

⁵⁰HAUSER Jean, *état civil des enfants nés d'une GPA à l'étranger: la valse des hypocrisies continue* RTD civil 2016.

CHAPITRE 2 – Une filiation biologiquement unilinéaire en droit français

La Cour de cassation, comme la CEDH, ne se prononce pas directement sur la question du parent d'intention : le deuxième membre du couple qui n'a pas de lien biologique avec l'enfant. Reste donc, en suspens, la question de savoir si la solution peut être transposée à la mère d'intention qui peut être parfois la mère génétique (en cas de dons d'ovules) mais qui n'accouche pas de l'enfant. Mais aussi on peut se demander, dans la mesure où la transcription ne peut bénéficier qu'au père, comment l'autre conjoint (homme ou femme) peut-il espérer faire établir un lien de filiation avec l'enfant conçu ?

Section 1. Le refus de reconnaissance à l'égard du parent d'intention

On entend par « parent d'intention » le fait par lequel une personne pourrait se voir attribuer un lien de filiation avec un enfant alors même qu'il n'a aucun lien biologique ou génétique avec lui. Ainsi, les parents deviennent ceux qui désirent l'enfant (ou le commandent...). Le critère de l'intention devient alors le fondement du lien de filiation entre l'enfant et l'adulte qui le désire. On peut faire un parallèle avec la technique des procréations médicalement assistées qui exclue la filiation biologique en cas de dons de gamètes. Dans une PMA, les parents sont ceux qui désirent et portent l'enfant mais le lien avec le donneur de gamètes (lien biologique) n'est pas possible.⁵¹ En droit français, la filiation est un mélange entre cette réalité biologique (l'enfant est nécessairement issu de gamètes humaines et porté par une femme) et la vérité sociologique ou l'intention. On voit bien que la filiation ne se réduit pas qu'à une vérité biologique notamment dans le cas de l'adoption mais aussi par la règle de présomption de paternité. Pour autant, ce fondement doit-il être écarté délibérément comme ce serait le cas dans une convention de mère porteuse dans laquelle l'homme et la femme commanditaires n'auraient aucun lien génétique et biologique avec l'enfant ? En mettant l'accent sur le lien biologique, les juges nationaux et européens n'ont pas véritablement répondu à cette question. Il semble néanmoins que la solution soit différente qu'il s'agisse du père d'intention ou de la mère d'intention.

⁵¹ Article 16-8 du code civ et L 1211-5 du Code de la santé publique.

A) La filiation à l'égard du père d'intention

Comme seul le lien biologique semble imposer la transcription, la question de la preuve peut se poser. En effet, la transcription de l'acte de naissance est-elle possible s'il se révèle que le père mentionné dans l'acte n'est pas le père biologique? Comme l'avait rappelé le procureur général Jean-claude Marin dans son avis rendu à l'occasion des arrêts du 3 juillet 2015, *«seule la certitude d'une expertise scientifique ordonnée dans un cadre judiciaire pourra asseoir la réalité du lien biologique de filiation paternelle»*. Néanmoins, cette solution n'a pas été retenue par la Cour de cassation qui n'a pas choisi de faire dépendre la transcription de la preuve de la paternité biologique du père indiqué sur l'acte de naissance. Toutefois, si l'on reste sur une interprétation stricte de l'article 47 du code civil, la Cour pourrait s'opposer à la transcription si la preuve est établie que le père n'a pas de lien biologique avec l'enfant.

La Cour européenne semble penser le contraire: dans son arrêt du 27 janvier 2015, elle estime qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de rester avec les personnes qui l'ont fait fabriquer alors même qu'il n'y a aucun lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, et que leur communauté de vie n'a duré que trois mois ⁵².

La question de la filiation paternelle d'un enfant né de GPA à l'étranger devrait en pratique ne pas poser trop de problèmes. Dans la plupart des cas, le père indiqué dans l'acte de naissance est très souvent le géniteur de l'enfant. Pour le droit français, cette solution semble logique et correspond aux règles régissant la filiation paternelle selon lesquelles le père est celui qui a engendré l'enfant. Il n'en va pas de même pour la mère dont la situation dans le processus de la GPA est beaucoup plus complexe.

B) La filiation à l'égard de la mère d'intention

La Cour de cassation se fonde donc sur la conformité des mentions de l'acte de naissance à la réalité. De ce fait, elle exclut la transcription de l'acte lorsque ses énonciations ne sont pas conformes à la réalité. C'est le cas lorsque la femme désignée comme mère est la femme française, la mère d'intention, qui n'a pas mis l'enfant au monde puisqu'elle a fait appel à une mère porteuse. Ainsi, dans les arrêts du 3 juillet 2015, la transcription est permise puisque l'acte étranger indique comme père de l'enfant le

⁵²CEDH, 2ème section, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie.

ressortissant français et comme mère la femme russe qui a porté et accouché de l'enfant.

Au contraire, dans les arrêts du 6 avril 2011, l'acte de naissance étranger mentionnait les époux en qualité de père et de mère alors que la mère n'avait pas accouché de l'enfant. La Cour d'appel de Rennes applique la même solution, dans deux décisions du 28 septembre 2015 : elle refuse la transcription des actes puisque ces derniers désignent la mère d'intention comme mère.

Il faut rappeler qu'en droit français, comme dans la plupart des États, la mère est la femme qui accouche de l'enfant. D'après l'adage *mater semper certa est*, l'accouchement désigne avec certitude qui est la mère de l'enfant. La maternité n'est donc pas définie par la génétique mais fondée sur la certitude liée à l'accouchement. C'est pourquoi en cas de procréation médicalement assistée avec don d'ovocyte, la mère est la femme qui porte l'enfant et le met au monde et non pas celle qui a fourni l'ovocyte. Ainsi, dans le cas d'une gestation pour autrui, le fait que la femme commanditaire ait fourni l'ovocyte ne remet pas en cause l'impossibilité de la déclarer comme mère légale et en conséquence «*la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle*». ⁵³

Ainsi, le fait de désigner comme mère de l'enfant, une femme qui n'est pas celle qui a accouché, peut être qualifié de supposition d'enfant. Ce délit est prévu par le code pénal à l'article 227-13 qui dispose : «*la substitution volontaire, la simulation ou la dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines*».

Dans le cas d'une gestation pour autrui, le fait de déclarer l'enfant comme celui de la mère commanditaire serait alors une simulation d'accouchement assortie d'une dissimulation de l'accouchement de la mère porteuse. De plus, la Cour d'appel de Rennes en 2005 a estimé que la filiation fausse résultant d'un acte de naissance désignant la mère demandeuse peut être contestée par la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. En l'espèce, une convention avait été conclue entre un couple ne pouvant procréer et une femme. Cette dernière mit au monde un enfant qui fut déclaré à l'état civil comme le fils des époux demandeurs. La mère porteuse se ravisa quatre ans après la naissance de l'enfant et contesta la filiation maternelle de l'enfant. Elle obtint en justice l'annulation de l'acte de naissance de l'enfant et la reconnaissance de sa propre maternité.

Il est intéressant de se demander pourquoi la mère d'intention souhaite se voir établir un lien de filiation avec l'enfant. En effet, les enfants, dont la filiation paternelle est transcrite sur les registres français, ont les droits de tous les français : ils sont rattachés à la

⁵³ Cour d'Appel de Rennes, 4 juillet 2002.

sécurité sociale de leur père, vont à l'école, ont une carte d'identité ou un passeport. De plus, les couples, dont la demande d'établissement de la filiation maternelle a été refusée, ne se voient pas retirer l'enfant. Enfin, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale⁵⁴ a étendu le droit des tiers qui partagent la vie d'un enfant et qui ont des liens affectifs avec lui et leurs permet donc l'exercice de l'autorité parentale. Malgré ces faits, le statut de tiers ne semble pas une solution satisfaisante pour ces mères d'intention qui sont à l'initiative de la conception de cet enfant, lui ont parfois transmis leurs gènes et prennent soin de lui depuis sa naissance. Certains préconisent donc d'autoriser l'établissement de la filiation maternelle et cherchent les solutions possibles.

On sait que les modes d'établissement de droit commun sont insuffisants. En effet, la reconnaissance est exclue car elle serait jugée mensongère et la possession d'état n'est pas non plus envisageable. La possession d'état *«s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir»*⁵⁵. Il existe trois conditions pour qu'elle soit établie : il faut que l'enfant porte le nom de cette famille (le nomen), qu'il soit éduqué par ses personnes (tractatus) et qu'il soit reconnu dans la société comme leur enfant. On aurait donc pu penser que dans le cas d'une situation de GPA, l'enfant élevé pendant des années par un couple est, en apparence, son enfant et que les trois conditions sont remplies. Néanmoins, une décision du Tribunal de grande instance de Lille a relevé le vice affectant la possession d'état et exclut ce mode d'établissement de la filiation, en réaffirmant la nullité des conventions de GPA.⁵⁶

Pour toutes ces raisons, la «mère» d'intention qui voudra se voir reconnaître comme mère légale de l'enfant, devra alors explorer d'autres voies comme celle de l'adoption.

⁵⁴ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO 5 mars p. 4161.

⁵⁵ Code civ, art. 311-1 alinéa 1^{er}

⁵⁶ TGI, Lille, 22 mars 2007, D.2007.

Section 2. Le moyen de l'adoption de l'enfant du conjoint

Le parent d'intention, conjoint du père biologique, qu'il soit homme ou femme, pourrait demander l'adoption de l'enfant afin de se voir reconnaître des droits. En effet, le code civil prévoit la possibilité d'adopter l'enfant de son conjoint. Il s'agit d'une forme d'adoption particulière, qui peut être simple ou pléniaire, qui permet à une personne d'adopter l'enfant de son conjoint tout en préservant les droits du parent biologique et de la famille par le sang. Il faut rappeler que le terme de conjoint renvoie exclusivement à l'hypothèse du mariage et que l'adoption de l'enfant biologique de l'autre membre du couple n'est pas possible si le couple est en concubinage ou pacsé. Depuis la loi du 17 mai 2013, ce type d'adoption est ouvert aux couple mariés de personnes de même sexe.

Néanmoins, l'article 345-1 du code civil dispose que l'adoption pléniaire de l'enfant du conjoint n'est possible qu'à quatre conditions: lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant; lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption pléniaire par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard. Ainsi, la voie de l'adoption pléniaire semble difficile pour les couples ayant conclu une convention de GPA des lors que la filiation de l'enfant est légalement établie à l'égard de ses deux parents biologiques. Il n'y aurait donc que l'adoption simple qui serait possible, la mère légale serait donc la mère porteuse ce que certains juristes critiquent puisque cela enfermerait selon eux *«l'enfant dans une réalité qui n'est pas la sienne»*.⁵⁷ Il est important de rappeler les règles de l'adoption simple de l'enfant du conjoint. L'enfant conserve tous ces droits et devoirs à l'égard de sa famille d'origine donc dans notre cas à l'égard de sa mère biologique. Mais , bien que le lien de filiation subsiste, cette dernière perd ses droits d'autorité parentale qui seront désormais exercés par l'adoptant concurremment avec son conjoint.

Cette adoption permettrait au parent d'intention de se voir reconnaître des droits pour l'enfant issu de la gestation pour autrui. La jurisprudence a, néanmoins, insisté sur l'incompatibilité entre GPA et adoption. Mais, les récentes décisions amorcent peut-être une évolution.

⁵⁷Loi n°2002-305 relative à l'autorité parentale

A) GPA et adoption

La jurisprudence a été ferme quant à la possibilité d'adopter un enfant né d'une convention de mère porteuse: l'adoption n'est pas possible car la gestation pour autrui détourne par sa nature l'institution.

En effet, l'adoption est le seul moyen d'attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui ne l'a pas mise au monde. En cas de GPA, il pourrait sembler dans l'intérêt de l'enfant que la femme qui l'élève depuis sa naissance soit reconnue comme sa mère. Or, la jurisprudence, sur ce sujet, était claire : en cas de GPA, l'adoption ne pourra pas être prononcée car elle constituerait un détournement de l'institution. La Cour de cassation l'a affirmée à plusieurs reprises: *«cette adoption n'étant que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption»*.⁵⁸

L'adoption est une institution qui a pour raison d'être de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. L'institution serait détournée si elle servait à valider un processus de fabrication d'un enfant pour une famille qui n'en a pas. Dès 1984, le Conseil consultatif national d'éthique rappelait qu'il est *«tout autre chose que de trouver une famille pour un enfant abandonné: la société est alors placée devant un fait accompli sur lequel elle n'a pas à s'interroger. Elle accueille l'enfant et permet son adoption (...). l'enfant ainsi pris en charge a toutes ses chances. Rien ne permet d'affirmer qu'il en irait de même d'un enfant qui de volonté délibérée serait ainsi conçu dans le seul but d'être donné par sa mère dès sa naissance»*⁵⁹. Ainsi, la GPA ne peut permettre l'adoption *«dans la mesure où l'adoption est instituée dans l'intérêt de l'enfant pour pallier un accident de la vie tandis que la GPA impose d'une certaine manière cet accident de la vie à un enfant»*⁶⁰. La Cour de cassation adopte donc une jurisprudence constante sur ce sujet et précise dans un arrêt du 9 décembre 2003 que *«la maternité pour autrui réalise un détournement de l'institution de l'adoption que les juges du fond ont donc à bon droit, refusé de prononcer»*.

Récemment la Cour d'appel de Rennes a été très claire en rappelant qu'il n'y avait pas d'analogie entre GPA et adoption: *«la filiation légale de la filiation adoptive, non conforme à la réalité biologique qui tend à assimiler l'adopté à un enfant légitime, ne*

⁵⁸ Cour de Cassation, Assemblée plénière, 31 mai 1991

⁵⁹ Avis du CCNE du 23 octobre 1984

⁶⁰ Rapport AN n° 2235 du 20 janvier 2010, page 159

saaurait être transposée au cas de l'enfant né d'une gestation pour autrui, de façon à effacer dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la filiation de la mère de substitution au profit de la mère d'intention qui n'a pas accouché»⁶¹.

Cependant, bien que l'adoption et gestation pour autrui ne semblent pas compatible, la jurisprudence évolue aussi sur ce terrain.

B) L'adoption simple envisageable?

On sait que la fraude à la loi ou l'ordre public ne s'opposent plus à la transcription de l'acte étranger. Il faut donc se demander si ces deux arguments empêchent toujours le prononcé d'une adoption simple.

On constate, en effet, que certaines décisions viennent troubler les grands principes. Dans deux avis du 22 septembre 2014⁶², la cour de cassation a estimé que l'épouse de la mère peut adopter l'enfant de celle-ci, issu d'une insémination artificielle avec donneur à l'étranger. Par l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe par l'adoption a été rendu possible. Ainsi, ce que la cour de cassation admet en matière de PMA devrait, peut être, être admis en matière de GPA qui finalement n'est qu'une forme de PMA. Les hommes vont pouvoir invoquer une discrimination entre eux et les femmes qui peuvent adopter un enfant issu d'une procréation médicalement assistée .

Certains auteurs ont recherché des solutions envisageables. Par exemple, il serait, selon eux, possible d'admettre une «adoption unilatérale» c'est à dire seulement au profit de l'enfant. Cela permettrait de faire bénéficier à l'enfant de droits mais sanctionnerait les parents. Ainsi, *«la reconnaissance d'une filiation au seul profit de l'enfant permettrait de tenir compte de la fraude à la loi réalisée par les parents: Il paraît envisageable « d'instituer une filiation unilatérale », c'est-à-dire une « filiation « à charge » pour les parents, ne leur donnant aucun droit, et n'en conférant qu'à l'enfant ».L'enfant bénéficierait de droits alimentaires ou successoraux, tandis que ses parents en seraient privés. Le comportement des parents serait donc civilement sanctionné. Ces derniers ne*

⁶¹Cour d'appel 28 septembre 2015

62

Avis Cour de Cass. n° 15010 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470007)

*pourraient pas tirer un avantage de la filiation ainsi reconnue». Cette solution rappellerait « la sanction de la fraude à la loi: elle aboutirait à refuser aux couples qui ont frauduleusement voulu échapper à l'interdit national, le droit de se prévaloir de la situation frauduleusement constituée à leur profit, tout en laissant à l'enfant, tiers à la fraude, le bénéfice de la situation ».*⁶³

Cette question de l'adoption suite à une gestation pour autrui, fut poser récemment à la Cour d'appel de Dijon le 24 mars 2016. En l'espèce, un homme avait eu recours à une mère porteuse américaine et l'acte de naissance de l'enfant, établi par le consulat de Los Angeles, le mentionne comme père ainsi que la mère porteuse comme mère. Le conjoint du père présente une requête en adoption simple de l'enfant. La Cour estime qu'un homme ne peut adopter l'enfant, né d'une GPA de son conjoint. Elle applique alors aux conjoints de mêmes sexes une solution déjà acquise à propos des conjoints de sexes différents. La Cour d'appel de Dijon rappelle que *«la GPA méconnaît les principes essentiels du droit français d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes quand bien même la fraude n'est pas retenue, tout comme la prohibition de la GPA résultant de l'article 16-7 du code civil et qui met en œuvre ces principes»*.⁶⁴ Elle rejette la demande d'adoption simple d'un enfant par le mari du père au motif que cela *«ne prive pas sérieusement l'enfant de son droit à ne pas être discriminé ou encore de son droit à une vie familiale»*.

Néanmoins, il est important d'analyser le raisonnement de la cour qui précise que *«l'incidence de la violation de la prohibition française de la gestation pour autrui n'est ni ignorée par principe (par la Cour européenne des droits de l'homme), ni à l'inverse entendue (par la Cour de cassation) comme devant entraîner nécessairement l'annulation d'un acte ou le rejet d'une demande qui en procéderaient. Il appartient au juge de décider si le refus de donner effet à un acte ou celui de faire droit à une demande au motif d'une telle violation représente ou non une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant et plus précisément à l'exercice de ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée»*. Par cette formule, on peut penser que la mode de conception de l'enfant (en l'espèce la GPA) n'exclut plus de facto l'adoption. L'intérêt de l'enfant à être adopté est pris en compte.

De plus, dans cet arrêt, la Cour d'appel va affaiblir considérablement le rôle de la mère biologique. En effet, l'article 348 du code civil dispose *«lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et*

⁶³ HILGER Geoffroy, *la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'assemblée plénière*, Lextenso, petites affiches, 17 juillet 2015.

⁶⁴ MIRKOVIC Aude, *GPA et détournement de l'adoption*, La Semaine Juridique édition Générale n° 15, 11 Avril 2016.

l'autre à l'adoption.». Ainsi, en cas de convention de mère porteuse la mère devrait donner son accord à l'adoption. Or, en l'espèce, la Cour d'appel juge que le consentement de la mère porteuse «est privé de portée juridique». Elle estime que la mère porteuse perd sa qualité de mère des lors qu'elle porte l'enfant pour un autre».

Ce raisonnement interroge alors : l'adoption simple par le conjoint pourrait être possible sans le consentement de la femme qui l'a mis au monde et si l'intérêt de l'enfant la nécessite?

Les restrictions entre GPA et adoption s'effacent petit à petit, la prohibition de la GPA aussi.

Conclusion

La France semble être dans une position délicate en sanctionnant les GPA pratiquées sur son territoire mais en autorisant les effets juridiques des GPA pratiquées à l'étranger. Les français, ayant la possibilité et les moyens de se rendre dans des pays où la gestation pour autrui est légale, n'ont plus d'obstacles.

Nous nous trouvons donc devant le bricolage des juges qui, au cas par cas, rendent des décisions tantôt en faveur des parents d'intention tantôt rappelant la contrariété à l'ordre public des conventions de GPA. Très récemment, d'ailleurs, le juge des référés de Nantes ordonne la transcription à l'état civil de la filiation maternelle des jumelles Menesson et la reconnaissance de la filiation de leur mère d'intention au motif «le fait que la mère juridique ne soit pas la mère biologique ne caractérise pas une information fausse, dès lors qu'à l'instar de l'adoption, la légalité de cette substitution a été vérifiée par le tribunal compétent». Le parquet a relevé appel de cette décision...

Certains estiment donc que c'est au législateur de prendre clairement position. Pour une partie d'entre eux, il serait nécessaire d'encadrer la GPA et donc de l'autoriser. Ils parlent d'une GPA «éthique» ou «altruiste» qui serait gratuite et réglementée. D'autres, au contraire, demandent aux instances nationales, européennes et internationales de condamner cette pratique afin d'éviter la marchandisation des corps. Il faut donc trouver une solution commune pour que la prohibition soit efficace en harmonisant les décisions des différentes instances.

Sur le plan international, la Conférence de La Haye de droit international privé s'est donné depuis 2011 la mission d'étudier les conséquences de la GPA sur le statut des personnes, notamment les questions de filiation des enfants, quand ils sont l'objet d'un contrat entre des adultes de pays différents. L'objectif poursuivi est d'envisager un traité international permettant d'harmoniser les règles applicables dans ce domaine. Le dernier rapport du groupe d'experts sur la filiation-maternité de substitution réuni en février 2016, constate une quasi-impossibilité d'aboutir à des positions communes, tant les problèmes sont multiples et les positions opposées : « le groupe conclut qu'en raison de la complexité du sujet et de la diversité des approches des États à cet égard, les débats n'ont abouti à

aucune conclusion définitive concernant l'opportunité d'élaborer un outil dans ce domaine (...) et estime que les travaux doivent se poursuivre ».

Cependant, on constate une prise de conscience de l'exploitation des femmes dans les pays pauvres comme l'Inde, la Thaïlande, le Népal qui sont en train de revoir leur législation et interdire la GPA aux étrangers.

Sur le plan européen, le Parlement européen a voté en décembre 2015 un rapport dans lequel les parlementaires ont pris pour la première fois dans l'histoire de l'Union européenne une position sur la Gestation Pour Autrui (GPA) ainsi le Parlement *«condamne la pratique des mères porteuses, qui porte atteinte à la dignité humaine de la femme dans son corps et ses fonctions de reproduction utilisés comme une marchandise; considère que 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 vulnérables dans les pays en développement, est interdite et considérée comme une question d'urgence dans les instruments des droits de l'homme»*. De plus, le 15 mars 2016, le Conseil de l'Europe rejette un rapport sur les «droits humains et les questions éthiques liées à la gestation pour autrui» préconisant d'accepter une GPA dite «éthique». Alertés sur la tournure récente des débats au Conseil de l'Europe, une pétition du collectif «No Maternity Traffic» a été signée par 100 000 citoyens pour demander l'interdiction universelle de la GPA.

Sur le plan national, on peut citer le rapport d'information de la Commission des lois sur le recours à la GPA à l'étranger publié le 17 février 2016 qui propose de renforcer la prohibition de la Gestation Pour Autrui à travers le renforcement de sanctions pénales et l'engagement de négociations internationales pour une interdiction visant les ressortissants français. Seule la volonté politique permettra une vision claire de la situation.

La gestation pour autrui vient donc ébranler les grands principes de notre droit. On peut aller jusqu'à dire que les nouvelles technologies de la reproduction viennent remettre en cause la famille. Base de l'équilibre de notre société, la famille fondée sur les liens du sang est petit à petit remplacée par une famille artificielle.

Ces questions qui touchent au plus intime de la dignité humaine et au sens de la procréation ne doivent pas nous laisser indifférents. Le droit se doit d'intervenir car « il n'y

a plus de liberté dès lors que les lois permettent qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être une personne pour devenir une chose»⁶⁵.

⁶⁵BECARIA Cesare, des délits et des peines.

Bibliographie

Ouvrages

CARBONNIER Jean, *Droit civil, introduction les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, édition PUF, volume 1, 2004

DOUCHY OUDOT Méline, *Droit civil 1ere année, Introduction Personnes Famille*, 8 eme édition Dalloz, Hypercours.

BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil introduction, biens, personnes, famille*, 19 eme édition SIREY, 2015.

Sous la direction d'Agnès FINE, *états civils en questions, papier, identité, sentiment de soi*, éditions du CTHS

MUZNY Petr, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz édition 2010

ANDORNO Roberto, *la distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, bibliothèque de droit privé tome 263, 1996.

MIRKOVIC Aude, PMA, GPA, *la controverse juridique*, édition pierre Téqui, 2014.

FABRE MAGNAN Muriel, *La gestation pour autrui, fictions et réalité*, édition Fayard, 2013.

Articles

HAUSER Jean, *état civil des enfants nés d'une GPA à l'étranger: la valse des hypocrisies continue* RTD civil 2016.

NEIRINCK Claire, *La gestation pour autrui: les conséquences déléteres des arrêts Mennesson et Labassée sur le recours en annulation pour excès de pouvoir de la circulaire sur le certificat de nationalité française*, Lexis nexis, Jurisclasseur, Droit de la famille n° 2, Février 2015, comm. 30.

GOUTTENOIRE Adeline, *Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger* La Semaine Juridique édition générale n° 1-2, 12 Janvier 2015, 32.

GOUTTENOIRE Adeline, *La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima*, la semaine Juridique édition générale n° 38, 14 Septembre 2015, 965 Note sous arrêt.

MARGUENAUD Jean-Pierre, *l'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né d'une gestation pour autrui*, RTD civil 2015 p. 325

CHENEDE Francois, *état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : reconnaissance ?* Revue Lamy droit civil, 2015.

MIRKOVIC Aude, *GPA et détournement de l'adoption*, La Semaine Juridique édition Générale n° 15, 11 Avril 2016.

HILGER Geoffroy, *la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'assemblée plénière*, Lextenso, petites affiches, 17 juillet 2015.

CHALTIEL TERRAL, *la gestation pour autrui en droit français, développements récents*, Lextenso, petites affiches, 21 mars 2016 n°57

BOYER Jacques, *Filiation*, répertoire de droit international, juillet 2015.

FRISON ROCHE Marie-Anne, *Sophisme juridique et GPA*, Recueil Dalloz, 2016 p. 85

GALLMEISTER Inès, *gestation pour autrui: refus de l'adoption simple par le mari du père*, recueil Dalloz 2016 p. 783

GARE Thierry, pour la CEDH, *l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être rattaché à son père biologique*, Semaine Juridique, édition générale n° 11 du 14 mars 2016, 305.

DEHARO Gaelle, *Processus d'ensemble et sanction de la fraude: le cas de la gestation pour autrui*, Gazette du palais, du 23 octobre 2013, n° 297.

J-J. LEMOULAND, *"Le tourisme procréatif"*, actualité du droit international privé de la famille, Petites affiches, 28 mars 2001, p.24.

FULCHIRON et BIDAUD- GARON, *dans les limbes du droit, à propos de la situation des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse*, Dalloz 2013.

CORPART Isabelle, *La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui*, Lamy, revue juridique personne et famille, 2013

PUPPINK Gregor, *Cour européenne des droits de l'homme: vers la libéralisation de la GPA*, revue droit civil Lamy 2014, n°118, 1 septembre 2014.

Jurisprudence

CEDH, 5eme section, 26 juin 2014, Labassee c. France, affaire numéro 65941/11

CEDH, 5eme section, 26 juin 2014, Menesson contre France, affaire n° 65192/11

CEDH, 3 eme section, 11 octobre 2011, Genovese contre Malte n° 53124/09

CEDH, 2eme section, 27 janvier 2015, Paradiso et Campanelli contre Italie, Dalloz 2015 , RTD civil-702.

Cour de cassation, 1re civile, 17 mai 1983, 82-11.290, Bull. civ. I, n° 147.

Cour de cassation, assemblée plénière, 31 mai 1991, 90-20105, obs.Francois TERRE, JCPG 1991.

Conseil d'état, Assemblée, du 22 janvier 1988, 80936, publié au recueil Lebon.(association les cigognes).

Cour de cassation, chambre civile 1, du 13 décembre 1989 (association alta mater), n°88-15-655.

Cour de cassation, 1ere chambre civile, 9 décembre 2003.

Cour de cassation, assemblée plénière, 3 juillet 2015, recueil Dalloz 2015 p.1819

Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002.

Cour d'appel de Rennes, 10 janvier 2012.

Cour d'appel 28 septembre 2015

TGI Bordeaux, 5e ch. corr., 1er juillet 2015

Avis, rapports, textes de loi ,circulaire.

Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO 5 mars p. 4161.

Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JO 5 janvier 1972

Loi n° 94-653, 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JO 30 juillet 1994;

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO 30 juillet 1994

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption ; D. 1996. p. 329

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO 11 août 2004

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juillet 2005

Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, convention de mère porteuse - État civil étranger, NOR JUSC 1301528C.

Avis du CCNE du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle.

Avis n°110 de 2010 du Comité national d'éthique relatif aux problèmes éthiques soulevés par la GPA.

CE, La révision des lois de bioéthique, Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009.

J.-Classeur, Respect et protection du corps humain, n°141.

Rapport «filiation, origines, parentalité» présidé par mme Irene Théry, avril 2014.

Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, Assemblée Nationale, n° 2235 du 20 janvier 2010.

Sites internet et articles de journaux

www.hudoc.echr.coe.int

www.legifrance.gouv.fr

www.alliancevita.org

www.maia-asso.org

Figaro, paru le 26 juin 2014, FABRE MAGNAN Muriel, Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la GPA.

Valeurs actuelles n° 4142 du 14 au 20 avril 2016, Reportage en Inde dans les usines à bébés.

Libération, la reconnaissance des ventres, IACUB Marcela, 11 janvier 2013.