

VOYAGER POUR AVOIR UN ENFANT

Sophie PARICARD,

Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole

Voyager pour avoir un enfant est une réalité tout à fait nouvelle permise par la mondialisation et la libre circulation des personnes et des services¹ au sein de l'Union européenne. Elle prend une acuité particulière en France du fait que la législation en matière d'assistance médicale à la procréation est relativement restrictive, ne l'ouvrant qu'aux couples de sexe différent et prohibant la gestation pour autrui². Les Français exclus du champ d'application de la loi, c'est-à-dire les couples de même sexe, les femmes célibataires ou ne pouvant porter un enfant, partent alors satisfaire leur désir d'enfant dans des pays plus libéraux³.

¹ L'assistance médicale à la procréation semble pouvoir être qualifiée de service dans la mesure où une telle qualification a été retenue à l'égard de l'interruption de grossesse. La Cour de Luxembourg a jugé "l'interruption médicale de grossesse réalisée conformément au droit de l'Etat où elle a lieu est un service au sens de l'article 60 du Traité de CEE", tout comme n'importe quelle activité médicale, C.J.C.E, 4 octobre 1991 *The Society for the protection of Unborn Children Ireland Ltd. Et Grogan e. d., R.T.D.S.S* janvier-mars 1992 , note L. DUBOUIS.

² Nous employons ici le terme gestation pour autrui au sens large comme englobant toutes les hypothèses dites de maternité de substitution ou de maternité pour autrui, c'est-à-dire la gestatrice étant la mère génétique de l'enfant ou pas.

³ Nous n'étudierons pas dans le cadre de cette étude les Français qui voyagent en raison de la pénurie d'ovocytes. V. sur ce point, F. TABOULET, Don d'ovocytes et tourisme procréatif : comment sortir de l'impasse ?, *Médecine et droit*, 2014, p. 24.

On peut ainsi observer depuis plus d'une vingtaine d'années le développement d'un véritable tourisme très lucratif permettant aux femmes célibataires d'avoir recours à une insémination artificielle avec donneur (IAD) au plus près, en Espagne ou en Belgique, au sein même de l'Union Européenne. Les couples n'hésitent pas non plus à aller plus loin en Ukraine et même à franchir les frontières de l'Europe pour bénéficier d'une gestation pour autrui jusqu'aux Etats-Unis ou en Inde⁴. Dans ces pays, un marché des mères porteuses est même organisé⁵. En septembre 2013, rapporte l'Académie de médecine⁶, une société américaine "*Extraordinary conceptions*" a ainsi tenu à Paris une réunion pour proposer ses services à des clients français hétérosexuels ou homosexuels consistant en entretiens spécialisés avec traducteur en présence d'un avocat et d'un gynécologue. Cette société offre des mères porteuses et des donneuses d'ovocytes sur catalogue et propose des contrats et des grilles tarifaires prévoyant les frais d'avocats, de médecins, de cliniques ou d'hôpitaux, de compagnies d'assurance, le tout pouvant aller jusqu'à 150 000 euros. Cette dérive ne peut être mieux illustrée que par la terminologie médiatique qui recouvre maintenant cette activité : "Baby business"⁷ ou encore "Baby market" ou encore utérus à louer "wombs for rent".

On a pu évoquer en ce sens un tourisme dit procréatif⁸ participant plus largement au tourisme médical. Certains ont évoqué plus prosaïquement la "délocalisation procréative"⁹. Cette expression répondant à celle des "enfants-produits"¹⁰

⁴ Pour un panorama du droit positif en Europe, V. Etat civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, F. GRANET-LAMBRECHTS, *AJ Famille*, 2014, 300

⁵ F. MONÉGER, Rapport de synthèse, in *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, dir. F. MONÉGER, Société de Législation Comparée, 2011, p. 22.

⁶ Académie de médecine, *La Gestation pour autrui au regard du mariage entre personnes de même sexe*, 2014, p. 5

⁷ D. SPAR *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*. Boston, Massachusetts, USA: Harvard Business School Press; 2006. 320 p.

⁸ J-J LEMOULAND, Le tourisme procréatif, *LPA*, 28 mars 2011, p. 24. L'expression a depuis été utilisée par la doctrine. V. not. F. MONÉGER, Rapport de synthèse, in *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, op. cit., p. 19.

⁹ L. BRUNET, note sous Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, D. 2009, p. 340.

¹⁰ FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013, p. 40.

a le mérite de suggérer les valeurs productivistes et consuméristes de l'économie industrielle qui en sont au fondement¹¹.

Avoir un enfant différemment, c'est-à-dire en dehors de la relation sexuelle entre les parents, a certes existé de tout temps. L'enfant de l'esclave est une réalité millénaire¹². Et on retrouve dans la Rome antique la pratique dite de la Haya, un système de location de ventre (*ventrum locare*) : “un homme dont la femme était féconde pouvait la céder provisoirement à un autre dont l'épouse était stérile ou mettait au monde des enfants qui ne vivaient pas”¹³. Mais ces pratiques avaient la spécificité de se produire dans l'entourage, dans un cercle géographique souvent très proche, bref dans une certaine intimité. Ce n'est plus le cas dans notre société qui voit “l'avènement de l'enfant du désir”¹⁴, au sein de laquelle s'exprime le désir d'un enfant à tout prix qui ne connaît justement plus de frontières.

Car voyager pour avoir un enfant, c'est avant tout payer pour avoir un enfant. Cela crée une évidente discrimination par l'argent mais pas seulement. C'est aussi alimenter l'industrie de la procréation assistée qui participe inévitablement à l'asservissement du corps de la femme¹⁵ et plus globalement à la bioviolence¹⁶. Aux Etats-Unis, le prix d'une gestation pour autrui sans les frais annexes (voyages, assurance, avocat..) s'élève en moyenne à 60 000 dollars ce qui incite beaucoup de femmes à proposer leurs services¹⁷. Il est beaucoup moins élevé en Inde et

¹¹ V. C. LAFONTAINE, *Le corps-marché, La marchandisation de la vie humaine à l'ère de la bioéconomie*, Seuil, 2014.

¹² F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave*, Flammarion 1987.

¹³ F. HÉRITIER-AUGÉ, “La cuisse de Jupiter, réflexions sur les nouveaux modes de procréation” in *Masculin/Féminin – La pensée de la différence*, Odile Jacob, 1996.

¹⁴ P. YONNET, *L'avènement de l'enfant du désir*, in *Etudes*, janvier 2010, Paris, p. 43 et s.

¹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui*. Fictions et réalités, Paris, Fayard, 2013.

¹⁶ Expression forgée par l'anthropologue M. MONIRUZZAMAN à l'occasion d'une étude menée au Bangladesh auprès de vendeurs d'organes, “Living Cadavers” in Bangladesh : Bioviolence in the Human Organ Bazaar, *Medical Anthropology Quarterly*, vol. 26, n° 1, 2012, p. 69-91. La bioviolence est “un instrument qui transforme les corps humains morts ou vivants, entièrement ou en partie, en lieux d'exploitations diverses à travers les nouvelles technologies médicales”.

¹⁷ V. S. KOVACS, L'incroyable “marché” américain des mères porteuses, *Le Monde*, 1^{er} février 2013.

en Ukraine mais il permet à ces femmes de gagner en moyenne l'équivalent de quinze ans de salaire¹⁸.

Voyager pour avoir un enfant, c'est également user de la civilisation technologique qui est nôtre et qui permet une double dilatation¹⁹. D'abord, une dilatation sans précédent du temps qui sépare sexualité, procréation et filiation grâce aux progrès biomédicaux. Puis, une dilatation de l'espace permise par internet. Ce support électronique rend possible, notamment au moyen des réseaux d'entraide transnationaux et de la publicité commerciale²⁰, la pratique de l'assistance médicale à la procréation hors du territoire français. Ce voyage spécifique n'est d'ailleurs réalisable qu'en raison de la diversité des droits positifs applicables et participe de ce fait au phénomène du forum shopping²¹.

La réception de ce voyage en France interroge de ce fait l'effectivité de notre droit positif. Comment interdire efficacement ce qui peut être fait ailleurs en toute légalité ? Comment réceptionner en droit positif le "fait illégal internationalement accompli" ? La question est d'autant plus délicate qu'en l'occurrence, le fait illégal est un enfant, la personne humaine la plus fragile qui soit dont l'intérêt supérieur doit être protégé²².

La réception de ce voyage interpelle également notre culture même car toute culture s'attache à mettre en forme ce qui potentiellement est susceptible de la venir la contester, la déformer : la démesure pulsionnelle et passionnelle du désir sexuel et procréatif d'une part et la démesure des violences et de la mort d'autre part. C'est ainsi que toute culture propose une institution du désir sexuel et du désir procréatif afin de leur donner une mesure et de neutraliser leur violence potentielle. Il semble que notre culture soit aujourd'hui à un point de rupture, la violence de ce désir d'enfant venant la contester, la déformer. L'ins-

¹⁸ V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 100 et s.

¹⁹ V. J-Ph. PIERRON, Procréation, filiation et civilisation technologique, Introduction *in* *Parenté, Filiation, Origines*, dir. H. FULCHIRON et J. SOSSON, Bruylant, 2013, p. 13.

²⁰ V. par exemple le site "www.meres-porteuses.com" d'une agence californienne qui donne tous les détails des transaction.

²¹ V. par exemple sur le forum shopping en matière de divorce, J. CASEY, Divorces internationaux : la révolution Rome III ?, GP, 14 sept. 2012, p. 11.

²² J. HAUSER Après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli !, RT 2014, 616.

titution de la famille semble vivre une nouvelle étape dans cette “postchrétienté technicienne”²³.

Quel est le sens de cette limite dans une culture technicienne qui pose que tout ce qui est possible sera fait ? Il est intéressant ici de réfléchir à l’aide du vocabulaire utilisé par Kant, celui de borne et de limite²⁴.

Car il s’agit dans le cadre d’un tel voyage de dépasser les bornes au sens de frontières pour dépasser les limites posées au sein d’un système juridique. C’est ainsi que le système se heurte au “fait internationalement accompli” qui participe insidieusement à faire bouger les limites. Mais dépasser ces limites est-ce encore dépasser les bornes, au sens de dépasser le tabou, le sacré ?

Lorsqu’on relit la thèse de Vidal, la fraude, le contournement de la loi, est une “offense au droit”²⁵ et les naturalisations suisses pour divorcer à une époque où le divorce était interdit était véritablement vécue comme telle par l’ensemble des protagonistes. Aujourd’hui, le désir d’enfant, moteur de ce comportement apparaît tellement légitime dans notre société que son caractère transgressif est quasiment inexistant. La décision d’accomplir un tel voyage relève même certainement plus d’une réflexion personnelle au regard de sa propre conscience que d’un raisonnement fondé sur la normativité du comportement. En Occident, grâce à une planification rationalisée des enfants, “la montée en puissance de la naissance désirée (...) devient la norme sociale de reproduction de l’espèce humaine” et le droit positif applicable en la matière devient quasiment une donnée secondaire. On est là au cœur de la problématique selon laquelle l’activité technique notamment celle liée au désir d’enfant ne semble connaître que des limites précaires.

La Cour européenne des droits de l’homme alimente cette sensation de légitimité au-delà du contenu même de la règle de droit. Elle décide en effet de déclarer conventionnelles des législations prohibitives en matière d’avortement²⁶ ou d’assistance médicale à la procréation²⁷ en se fondant sur le fait que ces législa-

²³ Sur ce point, V. -Ph. PIERRON, Procréation, filiation et civilisation technologique, Introduction in *Parenté, Filiation, Origines*, op. cité.

²⁴ KANT, *Prolégomènes à toute métaphysique future*, Vrin, p. 181.

²⁵ VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, Paris, 1957, p. 11.

²⁶ CEDH, 16 décembre 2010, A, B, C, c/ Irlande, *Dr fam.* 2011, n° 36, p. 29.

²⁷ CEDH, *S. H. et autres c/ Autriche* du 3 nov. 2011, AJDA 2012. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; D. 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; AJ fam. 2011. 608, obs. A. MIRKOVIC ; RTD civ. 2012. 283, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, la Cour, si elle n’a pas condamné l’Autriche, a néanmoins

tions n'interdisent pas à leurs ressortissants de se rendre dans un autre pays plus permissif. Le voyage pour assouvir son désir par rapport à l'enfant, que ce soit un désir de ne pas en avoir ou d'en avoir, est par là même légitimé puisque sa possibilité est une condition de la conventionnalité d'une législation interdisant d'assouvir ce désir.

La loi du 17 mai 2013 participe à cette dynamique. En ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples via le mécanisme de l'adoption, cette loi encourage incontestablement les pratiques transfrontières²⁸. Ce risque que l'adoption de l'enfant du conjoint incite à la délocalisation procréative a d'ailleurs constitué l'un des griefs du recours parlementaire devant le Conseil constitutionnel. Mais cet argument fut balayé par le Conseil Constitutionnel qui affirma que "l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité"²⁹. Finalement la question pourrait quasiment se poser ainsi : l'amour, le désir d'avoir un enfant ensemble, vaut-il droit³⁰ ?

Pendant longtemps la Cour de cassation a répondu négativement en refusant de donner effet à ce voyage pour avoir un enfant, en invoquant, alternativement ou ensemble, les éléments protecteurs de l'ordre juridique, la fraude, les principes essentiels de l'ordre public international, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes³¹. Mais la Cour européenne des droits de l'homme a condamné cette position, inversant la perspective³². Plutôt que de protéger la cohérence d'un ordre juridique, la Cour européenne observe l'intérêt de l'enfant et condamne la position française sur ce fondement. Elle incite la France à faire

retenu que : "114. [...] À cet égard, la Cour observe que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche".

²⁸ L. BRUNET, J. SOSSON, L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité, in *Parenté, Filiation, Origine, op. cit.*, p. 41

²⁹ Cons. Const. déc. 17 mai 2013, *AJ Famille*, 2013, 332, étude F. CHÉNÉDÉ.

³⁰ J-S BORGHETTI, L'extension de la PMA et l'autorisation de la GPA en questions, *Revue de droit d'Assas*, 2014, n° 9, p. 105.

³¹ V. M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

³² CEDH, 26 juin 2014, M. c/ France, RDSS 2014, 887, nte C. BERGOIGNAN Esper ; CEDH, 26 juin 2014, Labassée c/ France, *AJ Famille* 2014, 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; RT 2014, 617, obs. J. HAUSER.

évoluer sa position afin de se conformer à l'intérêt de l'enfant, relativisant l'ensemble des principes autrefois invoqués.

I – LA POSITION FRANÇAISE : UNE RÉCEPTION HOSTILE DE CES ENFANTS JUGÉE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Jusqu'à très récemment, les juges n'ont cessé d'envoyer des signaux afin de décourager ces voyages en rappelant sans cesse les limites posées par le droit positif au désir d'enfant. Cependant le rappel de ces limites heurte un standard juridique au cœur de notre droit contemporain et protégé par la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt de l'enfant.

A – La réception hostile de ces enfants

L'hostilité de la réception est maximale lorsque l'enfant est né d'une gestation pour autrui à l'étranger. La Cour de cassation verrouille totalement l'état civil français à son égard. Elle s'est révélée moins hostile à celle d'un enfant simplement conçu à l'étranger.

1) La réception de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui

L'enfant né d'une gestation pour autrui est d'abord celui né en France, avant que cette technique ne soit expressément prohibée au sein de notre pays. Ce contexte a eu une grande influence sur le traitement de la filiation de cet enfant qui naît aujourd'hui à l'étranger.

Le contentieux est en effet historiquement lié à la question de la validité même de ces conventions en France. Dès 1991, alors que l'assemblée plénière de la Cour de cassation est saisie de la question³³, Y. Chartier, rapporteur, écrit qu' "on concevrait en effet difficilement que si la pratique des mères porteuses était admise, l'adoption plénière de l'enfant abandonné à sa naissance ne le fût pas"³⁴ et il paraît alors opportun de s'interroger en amont sur la licéité du contrat de mère porteuse avant de se prononcer sur la question de filiation, l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père en l'espèce.

³³ Ass plén. 31 mai 1991, RT 1992, 489, obs. Michelle GOBERT ; D. 1991, 318, obs. J-L. AUBERT ; note D. THOUVENIN ; D. 1992, 59, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *Rev. Crit. DIP*, 1991, 711, C. LABRUSSE-RIOU ; RT 1991, 517, obs. D. HUETWEILLER.

³⁴ Y. CHARTIER, Rapport, D. 1991, 417

La cour d'appel de Paris, dans la décision objet du pourvoi, prononce ainsi l'adoption plénière de l'enfant par l'épouse du père après avoir admis la licéité de la convention de mère porteuse. Frappé d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, pourvoi relativement rare, et après l'audition de Claude Bernard, président du Comité Consultatif National d'Ethique, phénomène exceptionnel, l'arrêt fut cassé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci refusa la licéité de la convention, jugeant 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 la naissance contrevient tant au principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes" et considéra que "cette adoption prononcée par la Cour d'appel n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et portant atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes».

Ce rattachement de la question de la filiation à celle la validité de la convention est compréhensible à cette époque dans la mesure où l'établissement d'une filiation à l'égard des parents d'intention peut apparaître comme la consécration jurisprudentielle de la licéité du contrat de mère porteuse. Il pourrait être remis en cause dès lors que la prohibition de la gestation pour autrui est clairement affirmée depuis la loi du 29 juillet 1994, mais la Cour de cassation persiste à refuser d'établir tout lien de filiation entre cet enfant, désormais conçu à l'étranger, et ses parents d'intention.

Elle rejette d'abord les demandes d'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui³⁵. Elle refuse ensuite l'établissement de la filiation par la possession d'état³⁶ ou par la reconnaissance³⁷. Elle rejette enfin les demandes de transcription

³⁵ Civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003 : c'est justement que la demande d'adoption plénière a été rejetée "dès lors que la maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et, aujourd'hui, de son article 16-7, réalise un détournement de l'institution de l'adoption", *Bull. civ.*, I, 2003, n° 252 p. 201.

³⁶ TGI Lille, 1^{re} ch., 22 mars 2007 : "en se rendant aux États-Unis afin d'y conclure une convention de mère porteuse, les époux n'ignoraient pas qu'ils enfreignaient une règle d'ordre public, dès lors, en application du principe selon lequel la fraude corrompt tout, la possession d'état sur laquelle les demandeurs se fondent pour voir établir un lien de filiation légitime à leur profit, et l'acte de notoriété qu'ils ont ainsi obtenu, sont eux-mêmes viciés et ne peuvent donc permettre l'établissement d'un tel lien".

³⁷ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, 2^{ème} espèce, D. 2013, 2349, note H. FULCHIRON, *Dr fam.* 2013, comm.151, C.NEIRINCK.

de l'acte de naissance établi légalement à l'étranger dans l'état civil français³⁸.

Les fondements utilisés par la Cour de cassation pour justifier ces différentes solutions ont évolué mais reposent tous sur l'illicéité de la convention de mère porteuse et témoignent de l'indivisibilité de l'établissement de la filiation et de la convention prohibée. La Cour de cassation s'est fondée dans ses derniers arrêts sur la fraude à la loi pour casser l'arrêt acceptant la transcription de l'acte de naissance au double visa des articles 16-7 et 16-9³⁹ et rejeter le pourvoi contre l'annulation de la reconnaissance du père biologique opérée en vertu de l'article 336 du Code civil⁴⁰. Et elle a encore réaffirmé sa solution dans un arrêt du 19 mars 2014⁴¹. Le fondement de la fraude à la loi repose sur l'indivisibilité de la demande relative à l'état civil à la convention à l'origine de la naissance de l'enfant, comme le démontrent le double visa précité, les juges inscrivant cette demande relative à la filiation dans un "processus d'ensemble" selon son expression consacrée. Une telle indivisibilité a également justifié l'action en nullité du ministère à l'égard de la transcription de l'acte d'état civil étranger, sur le fondement significativement croisé de l'article 423 du Code de procédure civile et de l'article 16-7 du Code civil⁴².

La Cour de cassation a substitué ce fondement à d'autres comme le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, qualifié de principe essentiel du droit français, intégrant dès lors l'ordre public international et permettant par là même

³⁸ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, D. 2011, p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et p. 1995, obs. A. GOUTTENOIRE ; RT. 2011, p. 340, obs. J. HAUSER ; AJF 2011, p. 265, obs. B. HAFTEL ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; JCP G 2011, act. 441, Aperçu rapide F. VIALLA et M. REYNIER

³⁹ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, 1^{ère} esp. : "mais attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil", Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013 (2 arrêts), D. 2013, 2349, note H. FULCHIRON, *Dr fam.* 2013, comm.151, C.NEIRINCK.

⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, 2^{ème} esp.

⁴¹ Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, D. 2014, 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ Famille* 2014, 244, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; RT 2014, 330, obs. J. HAUSER.

⁴² Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, D. 2009, note V. EGÉA.

de faire échec à la transcription d'un acte de naissance qui lui serait contraire⁴³. Mais ce principe, peu utilisé par ailleurs, est sérieusement discuté dans son existence tant les exceptions à son égard se multiplient⁴⁴. Et l'évolution actuelle du droit civil eu égard aux éléments de l'état des personnes comme le nom ou le sexe se profile immanquablement dans le sens d'une disponibilité grandissante. Son caractère essentiel à l'ordre public français mérite donc largement d'être relativisé. De plus il a été démontré que son application à la gestation pour autrui est discutable⁴⁵.

Un autre fondement a pu également être évoqué lorsque la demande émane d'un couple d'homme. Sur le fondement de la contrariété à l'ordre public et de l'incompatibilité avec les règles du droit français de la filiation relatives à l'établissement d'un lien de filiation paternelle par le sang à l'égard de deux hommes, la cour d'appel de Paris a refusé l'exequatur d'un jugement rendu en Californie au profit de deux hommes engagés dans un pacte civil de solidarité et qui avaient conclu un contrat de procréation avec des époux américains⁴⁶. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 7 juin 2012 qui a considéré "qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant naissance, emporte inscription d'un enfant né de deux parents du même sexe"⁴⁷. Cette jurisprudence ne devrait pas être remise en cause par la loi du 17 mai 2013 dans la mesure où cette loi n'ouvre que l'adoption aux couples de même sexe et a éradiqué toute référence laissant présager que l'enfant aurait pu naître de ces deux personnes.

⁴³ "Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil" Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, précité, *Bull civ.*, I, 2011, n° 72

⁴⁴ V. Michelle GOBERT, art. précité, n° 31 et s.

⁴⁵ Michelle GOBERT, art. précité, spéc. n° 32.

⁴⁶ CA Paris, 17 mars 2011.

⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, Cl. NEIRINCK. Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil, *Dr. Famille*, juillet 2012, repère 6.

Le verrouillage opéré par la Cour de cassation est total puisqu'il s'adresse à tout lien de filiation, fût-il conforme aux principes guidant l'établissement du lien de filiation, notamment la vérité biologique, et quel que soit le moyen employé pour le faire établir (reconnaissance, transcription à l'état civil d'un acte étranger, possession d'état, adoption, exequatur d'un jugement étranger). La réception de l'enfant simplement conçu à l'étranger est en revanche moins dure.

B – La réception de l'enfant simplement conçu à l'étranger

Les enfants issus d'une gestation pour autrui ont immédiatement et abondamment suscité les foudres de la Cour de cassation alors que les enfants nés d'une fécondation *in vitro* ou d'une insémination avec donneur pratiquée à l'étranger par un couple de femme ou une femme célibataire, sont restés dans l'ombre.

La première raison de cette situation contrastée est historique. Le recours au ventre d'une autre femme a traversé les siècles pour répondre à la stérilité des couples traditionnels que sont les couples hétérosexuels. La gestation pour autrui en tant que technique médicale a ainsi, dans le prolongement, occupé naturellement le devant de la scène pendant de nombreuses années tandis que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger pour les couples de femmes ou les femmes seules restait quantitativement moindre. D'ailleurs la gestation pour autrui qui a défrayé la chronique judiciaire, suscité un engouement médiatique inédit et qui a finalement conduit à la condamnation de la France est celle opérée par le couple Mennesson, constituée de deux personnes de sexe différent, mariées de surcroît.

La seconde raison est que la gestation pour autrui attire les foudres en ce qu'elle brille, contrairement à une conception à l'étranger. Il est en effet très facile de camoufler une insémination artificielle ou une fécondation *in vitro* pratiquée à l'étranger, à l'inverse d'une gestation pour autrui. Personne ne demande à une femme qui accouche en France la façon dont elle a conçu son enfant et il n'y a aucune législation en ce sens. La raison en est simple : la conception même de l'enfant n'intéresse pas le droit dès lors que la femme qui en accouche revendique en être la mère. Et d'ailleurs la filiation entre cet enfant et la femme qui en a accouché ne sera jamais contestée. Une femme, célibataire ou en couple avec une personne de même sexe peut donc aller se faire inséminer en Belgique ou en Espagne, revenir en France, poursuivre sa grossesse et accoucher de son enfant sans que les circonstances équivoques de sa conception ne viennent parasiter ni sa filiation avec l'enfant, ni même plus globalement sa relation avec lui. L'accouchement purge la conception litigieuse qui peut rester secrète.

Ce qui a changé la donne est la loi du 17 mai 2013 ouvrant l'adoption de l'enfant du conjoint au couple de même sexe marié. L'ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint permet en effet de consacrer le projet parental en ouvrant à la conjointe de la femme qui a accouché la possibilité de demander d'adopter son enfant. C'est ainsi que des femmes mariées à une autre femme ont formulé des requêtes en adoption des enfants de leurs conjointes, n'hésitant pas à s'appuyer sur leur projet parental commun et à dévoiler ainsi les circonstances de la conception de ces enfants.

Un premier jugement a été rendu prononçant sans difficulté particulière l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, ce dont témoigne la rapidité de la procédure⁴⁸. Les circonstances à l'origine de la naissance de deux petites filles âgées de 8 et 10 ans n'ont pas été cachées. Pacsées en 2001, les deux femmes ont décidé que la plus jeune d'entre elles entamerait des démarches en Belgique "dans le but d'obtenir une grossesse et un enfant". Tout laisse à penser que l'avis du Procureur de la République obligatoire dans une telle requête en vertu de l'article 1170 du CPC devait être favorable. Il n'est cependant pas mentionné dans l'arrêt.

La différence de traitement avec la gestation pour autrui a pu apparaître comme "une incitation à la fraude, à la conception d'enfants privés *ab initio* de père"⁴⁹. C'est ainsi qu'il a été suggéré au ministère public de faire "application de l'article 336 et s'oppose à l'adoption demandée, ultime étape d'une démarche qui a commencé par la conception frauduleuse d'un enfant sans père"⁵⁰. Le parallèle établi avec la GPA par l'intermédiaire de la référence à un processus globalement frauduleux est utilisé pour revendiquer une solution identique dans les deux hypothèses : refuser la filiation de l'enfant avec son parent d'intention. Les procureurs ne se sont plus montrés aussi conciliants et certains jugements postérieurs ont ainsi refusé l'adoption de l'enfant du conjoint. Ce fut une période de flottement judiciaire où les décisions des juges du fond se montrèrent tantôt favorables à l'adoption de l'enfant du conjoint, tantôt défavorables.

Le tribunal de grande instance de Versailles a par exemple, dans deux jugements du 29 avril 2014, rejeté les demandes d'adoption de l'enfant du conjoint, l'une simple, l'autre plénière⁵¹. Le tribunal se fondait sur deux éléments pour

⁴⁸ TGI Lille, 14 octobre 2013, Droit fam. 2014, com. 4, Cl. NEIRINCK.

⁴⁹ Cl. Neirinck, com. précité.

⁵⁰ Cl. Neirinck, com. précité.

⁵¹ TGI Versailles, 29 avril 2014, D. 2014, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ Famille*, 2014, 368, obs. C. MÉCARY, *ibid* , 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ;

refuser l'adoption qui prouvent tous deux la contagion du contentieux par celui de la gestation pour autrui : établir une distinction entre les couples homosexuels hommes et les couples homosexuels femmes serait de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi ; le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu.

C'est oublier que les circonstances de la conception de l'enfant peuvent repartir dans l'ombre aussi vite qu'elles en sont sorties tant la situation des couples d'homme et de femmes sont justement différentes.

La Cour de cassation fut, à la suite de cette hésitation jurisprudentielle, saisie pour avis par deux fois. La question posée à la Cour était notamment de savoir si le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L.2141-2 du code de la santé publique, est de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère⁵² ?

Sa réponse est la suivante : "Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant"⁵³.

L'adoption de l'enfant du conjoint simplement conçu à l'étranger est donc aujourd'hui possible. Elle bénéficie évidemment en tout premier lieu à la conjointe de la femme qui en a accouché. Deux femmes peuvent donc désormais établir un lien de filiation avec l'enfant issu de leur projet parental.

La situation juridique de l'enfant simplement conçu à l'étranger est donc très différente de celui né d'une gestation pour autrui à l'étranger. Elle est conforme à son intérêt au sens de la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'enfant a un lien de filiation conforme à son identité biologique avec la

RT 2014, 637, obs. J. HAUSER.

⁵² La question posée dans l'autre avis était quasiment la même.

⁵³ C. Cass, avis, 22 septembre 2014, *AJ Famille*, 555, obs. F. CHÉNÉDÉ.

femme qui en a accouché⁵⁴. Le droit français lui offre même désormais la possibilité d'établir un lien de filiation par le biais de l'adoption avec son parent d'intention marié avec sa mère qui a porté son projet de naissance. Cette position récente de la Cour de cassation semble être liée à la condamnation de la France en matière de gestation pour autrui dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*. La Cour européenne des droits de l'homme y sanctionne en effet les effets de la jurisprudence développée sur le fondement de la fraude. Interrogée justement sur l'existence d'une fraude à propos de l'enfant simplement conçu à l'étranger, la Cour de cassation écarte cette qualification et par là même les conséquences graves qu'elle implique. C'est une solution plus acceptable dans la mesure où le procédé n'est pas lui-même interdit en France. L'offense au droit y est alors évidemment moindre qu'en matière de gestation pour autrui⁵⁵.

La question reste entière à l'égard des enfants nés d'une gestation pour autrui. Une interprétation *a contrario* de ces avis suggère même que la fraude à la loi peut continuer à être caractérisée⁵⁶. Pourtant la situation juridique des enfants nés d'une GPA à l'étranger a été jugée contraire à leur intérêt par la Cour européenne des droits de l'homme.

B – La situation juridique de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger jugée contraire à son intérêt par la Cour européenne des droits de l'homme

La situation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger est fixée dans un *obiter dictum* de la Cour de cassation, destiné à démontrer l'absence d'atteinte à l'intérêt de l'enfant : bien que la gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne produise pas d'effet en France, "une telle situation ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle que l'Etat étranger lui reconnaît"⁵⁷. Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour européenne des droits de l'homme qui a vu dans cette situation une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

1) La situation juridique de l'enfant

⁵⁴ Voir *infra*

⁵⁵ V. le Rapport de Mme le conseiller COTTY qui relève que c'est "la gravité de l'atteinte à l'ordre public qui a justifié, aux yeux de la première chambre civile, le recours à la notion de fraude".

⁵⁶ V. en ce sens note précitée de F. CHÉNÉDÉ, "Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA".

⁵⁷ Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, arrêt précité.

Plusieurs métaphores sont utilisées pour décrire la situation juridique profondément originale de ces enfants dépourvue de toute sécurité juridique. Certaines associations les appellent “les fantômes de la République”, “les orphelins de la République”. On a affirmé plus exactement qu’ils évoluaient dans “les limbes du droit”⁵⁸.

En effet la situation juridique de ces enfants est profondément étonnante et dérangement. L’Etat français lui refuse tout état civil français et ne prend en considération que son état civil étranger. Cette situation est déjà problématique. Mais elle l’est d’autant plus que son état civil étranger reflète une identité variable de l’enfant qui n’est pas forcément son identité biologique et qui n’a bien souvent qu’un rapport éloigné avec son identité vécue.

L’état civil étranger de l’enfant, s’il établit toujours un lien de filiation avec le père biologique de l’enfant, reste en effet plus aléatoire quant au second lien de filiation. L’établissement du second lien de filiation va en effet varier selon le pays où a été exécutée la convention de mère porteuse. Par exemple, lorsque la convention a été exécutée aux Etats-Unis, il est généralement établi un lien de filiation avec l’autre parent d’intention, quel que soit son sexe. En Inde, en revanche, où la double filiation semblable n’est pas reconnue, la filiation à l’égard du père d’intention n’est jamais établie. La filiation à l’égard de la mère d’intention ne l’est pas non plus dans la mesure où la seule mère possible en Inde est celle qui accouche. L’enfant né en Inde a donc soit un seul parent, son père biologique, soit également une mère, sa mère porteuse, qui n’a jamais eu l’intention de s’en occuper et vit à des milliers de kilomètres. L’enfant est alors placé dans une situation “schizophrène”⁵⁹ par son état civil étranger : dépourvu de lien avec celle qui l’a porté et avec son pays de naissance, il y est alors sans cesse ramené au moins symboliquement.

Au-delà de cette réalité déjà bien difficile, que signifie l’autre réalité de la situation de cet enfant, avoir un seul état civil étranger ?

D’abord c’est un enfant qui n’est pas susceptible de revenir en France après sa naissance lorsqu’il n’est pas né dans l’espace Schengen, ce qui est le cas lorsqu’il naît en Inde ou en Ukraine⁶⁰. Il aura fallu une jurisprudence généreuse

⁵⁸ H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, “Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l’étranger avec l’assistance d’une mère porteuse”, D. 2013, 2349.

⁵⁹ Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, arrêt précité.

⁶⁰ Lorsque l’enfant est né aux Etats-Unis, il a la nationalité américaine et se voit remettre un passeport américain avec lequel il peut rentrer en France sans aucune difficulté puisqu’il

du Conseil d'Etat fondée sur l'intérêt de l'enfant pour que lui soit communiqué des documents de voyage afin qu'ils puisse rentrer sur le territoire français avec ses parents d'intention.⁶¹. Cependant, il s'agit d'un simple document de voyage et non d'un passeport qui impliquerait que l'enfant soit reconnu de nationalité française. Une circulaire du Garde des Sceaux du 25 juin 2013 dite circulaire Taubira est venue consolider cette jurisprudence en enjoignant aux parquets et aux greffiers des tribunaux d'instance de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés d'une GPA à l'étranger. Selon ce texte, le seul soupçon de recours à une GPA ne peut suffire à opposer un refus à la demande d'un tel certificat dès lors que l'acte de l'état civil étranger atteste du lien de filiation entre l'enfant et un Français. Le message est clair : le gouvernement entend faciliter le retour en France de l'enfant issu de la GPA. Toutefois la circulaire est actuellement diversement appliquée par les greffiers en chefs compétents⁶², à quoi s'ajoute le recours dont cette circulaire fait l'objet devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Mais, quoi qu'il en soit, ce document ne vaut pas reconnaissance de nationalité qui relève de la seule compétence des juges judiciaires.

En vertu de l'article 18 du Code civil "est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français". Au regard de cet article, la solution en faveur de la nationalité française de l'enfant ne semble guère faire de doute sauf que, selon un vieil adage, "la fraude corrompt tout". La fraude doit en effet empêcher d'obtenir le résultat recherché sous peine d'être encouragée. C'est alors au juge de délimiter l'impact de la fraude et de décider si elle doit empêcher l'enfant d'acquérir

existe un accord entre les deux pays aux termes duquel les ressortissants de chacun des pays peuvent entrer sur le territoire de l'autre et aura automatiquement un visa de trois mois.

⁶¹ Le Conseil d'Etat a en effet admis la remise de documents de voyage à ces enfants sur le fondement de l'article 3§ 1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, au motif que le refus de leur accorder un tel document pour rentrer en France avec leur père est contraire à leur intérêt supérieur. Il s'agissait en l'espèce de jumelles nées en Inde, de mère indienne (la mère porteuse était aussi la mère biologique) et de père français. Le Conseil d'Etat a relevé que la mère n'était pas socialement en mesure de prendre en charge l'enfant et que sa volonté de déléguer son autorité parentale au père pour que ce dernier l'élève en France était sans équivoque. Il a également jugé la GPA doit être sans incidence sur l'obligation faite à l'Administration d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes décisions les concernant, CE, ord référé 4 mai 2011 ; TA Paris, 15 nov. 2011.

⁶² V. C. MÉCARY, Pour en finir avec la ségrégation qui frappe les enfants nés dans le cadre d'une gestation pour autrui à l'étranger, *Revue de droit d'Assas*, 2014, n° 9, p. 98.

la nationalité française. Et, la jurisprudence sur ce point précis de la nationalité, issue des seuls juges du fond, est très disparate.

L'impossibilité de posséder des actes de l'état civil français ou un livret de famille français est un élément de complexification de la vie privée dans la mesure où ils sont nécessaires pour beaucoup de démarches administratives et notamment pour l'inscription de l'enfant à l'école, aux transports scolaires, à la cantine... Les parents doivent alors produire les actes d'état civil étrangers qui sont certes acceptés en vertu de l'article 47 du Code civil mais qui doivent être légalisés et traduits par un traducteur assermentés. Outre, ces complications, ces documents suscitent de façon générale la méfiance, ici accrue par la situation puisque les parents pourtant français ne peuvent pas produire d'actes d'état civil français de leur enfant.

Au-delà de ces tracasseries administratives, la situation est juridiquement très incertaine du fait de l'impact potentiellement foudroyant de la fraude. Elle pourrait compromettre la vie des enfants comme leur inscription à l'assurance maladie ou à l'école bien que les juges ne l'aient jusqu'à présent jamais utilisé en ce sens.

Enfin, du fait que les parents d'intention ne sont reconnus comme parents par la loi française, il semblerait qu'aucun effet du lien de filiation ne puisse être mis en œuvre comme l'autorité parentale, la vocation successorale ou l'obligation alimentaire⁶³. Même l'abandon de cet enfant ne serait probablement pas sanctionné par le droit français⁶⁴. La Cour européenne a caractérisé là une atteinte au droit à la vie privée et à la vie familiale, et plus globalement à l'intérêt de l'enfant.

2) L'atteinte à l'intérêt de l'enfant

La condamnation de la France par la CEDH s'inscrit dans une jurisprudence déjà importante sur l'interprétation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et de l'article 8 de la CEDH à son propos. Car, si la Convention Internationale des Droits de l'enfant n'a pas mis en place de juridiction supranationale pour en assurer le contrôle et donc son interprétation, les droits de l'enfant ont reçu le

⁶³ “Dans la mesure où la filiation n'est pas réputée établie entre l'enfant et les parents d'intention, ceux-ci n'ont fondamentalement aucun titre à exercer l'autorité parentale ; cet aspect des choses, déjà préoccupant en lui-même, ne peut manquer de soulever des difficultés collatérales en cas de décès ou de séparation. Pour la même raison, en l'absence de legs ou testament, les enfants n'auront aucune vocation successorale à l'égard de leurs parents d'intention”, Rapport “Filiation, Origines, Parentalité”, dir. I. THÉRY, A-M LEROYER, 2014.

⁶⁴ En ce sens B. HAFTEL, art. précité, n° 3, p. 102.

soutien efficace de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'hésite pas à s'y référer pour fonder ses décisions. La Convention européenne, alors qu'elle ne contient presque aucune disposition relative aux enfants, est ainsi devenue, grâce au dynamisme interprétatif de la Cour européenne "un instrument de leur protection sans doute inégalée jusque-là".

Dans l'arrêt *Wagner et JMWL c/ Luxembourg* du 28 juin 2007⁶⁵, la Cour européenne a ainsi condamné le Luxembourg qui refusait de reconnaître l'adoption plénière d'un enfant par une femme célibataire prononcée au Pérou au motif que son ordre public prohibait l'adoption par une personne seule. La Cour reproche aux juges luxembourgeois de ne pas "tenir compte de la réalité sociale de la situation au risque d'aller à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant". Elle s'est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour qualifier le refus d'exequatur du jugement d'adoption d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale. Elle ne semble donc pas partager la vision de la Cour de cassation selon laquelle le fait d'avoir une filiation établie à l'étranger et de pouvoir vivre avec ses "parents" suffit à satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant.

De même, dans l'affaire *S. H. et autres c/ Autriche* du 3 nov. 2011, la Cour n'a pas condamné l'Autriche car ce pays, bien qu'interdisant le don de spermatozoïdes et le don d'ovule pour une FIV, n'interdit pas à ses ressortissants de se rendre à l'étranger (où ils peuvent avoir recours à ces techniques) et dispose d'une législation nationale permettant l'établissement des filiations qui respectent les souhaits des parents.

Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* rendus par la Cour européenne s'inscrivent dans la droite ligne de ces arrêts en ce qu'ils tendent à préserver l'identité de l'enfant. La Cour y affirme en effet que "le droit au respect de la vie privée implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation".

En ce sens ces arrêts ne remettent pas en cause l'interdiction de la gestion pour autrui. Ils ne remettent pas plus en cause le recours à l'exception d'ordre public international mis en oeuvre par la Cour de cassation. La Cour y affirme en revanche qu'il est nécessaire de vérifier "si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants -dont l'intérêt supérieur des enfants- à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale".

⁶⁵ D 2007, 2700, note F. MARCHADIER, D. 2008, 1507, obs. Courbe.

La Cour refuse de reconnaître une atteinte à la vie familiale. Elle constate en effet que les requérants sont en mesure de vivre ensemble en France “dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu’il n’y a pas lieu de penser qu’il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français”. Elle en conclut que “la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l’Etat, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale”.

Cependant la Cour européenne caractérise une atteinte à la vie privée des enfants au regard du fait qu’il y a une “relation directe entre la vie privée des enfants nés d’une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation”. La Cour européenne relève d’abord de manière générale une atteinte au respect de la vie privée des enfants du fait de l’incertitude juridique quant à leur filiation. Elle concentre ensuite plus particulièrement son analyse sur la filiation paternelle. Elle constate en effet l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun et affirme qu’ “on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance”. Le refus de la Cour de cassation d’établir la filiation paternelle des enfants, est analysé par la Cour comme une grave restriction du droit à l’identité qui dépasse la marge d’appréciation de l’Etat, “étant donné aussi le poids qu’il y a lieu d’accorder à l’intérêt de l’enfant lorsqu’on procède à la balance des intérêts en présence”. Ainsi, la Cour conclut à une violation du droit au respect de la vie privée des enfants.

Bien que l’intervention de la Cour européenne dans des affaires aussi sensibles suscitent des interrogations⁶⁶, cette condamnation de la France ne peut rester lettre morte. Elle implique de s’interroger sur les évolutions possibles du droit positif.

II – LES PERSPECTIVES D’ÉVOLUTION

La situation pouvant difficilement rester en l’état, des perspectives d’évolution doivent être dessinées. La marge de manœuvre laissée par la Cour européenne est importante dans la mesure où elle laisse justement aux Etats une large marge nationale d’appréciation à propos de la législation relative à l’assistance médicale à la procréation et notamment à la plus sensible, la gestation pour autrui.

⁶⁶ V. par ex. Cl. BERGOINAN ESPER, note précitée, p. 895 ; F. CHÉNÉDÉ, “Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA”, note précitée.

On a pu évoquer un instrument international afin d'interdire ce tourisme mais cette voie semble difficile à prendre surtout dans le cadre de l'Union européenne eu égard notamment au principe de libre circulation des personnes et des services⁶⁷. Seules les solutions internes sont donc envisagées.

Première piste : prendre en quelque sorte le mal à la racine et modifier la législation relative aux procréations litigieuses soit en les autorisant, soit en dissuadant plus efficacement les couples d'y recourir notamment en les punissant lourdement.

Deuxième piste : se cantonner à la situation litigieuse, celle des enfants nés, et adopter une conception plus souple à leur égard mieux à même de satisfaire leur intérêt.

A – Légiférer sur l'interdit

Ce qui est en jeu dans toutes ces situations, c'est l'interdit posé par la loi. Soit il doit être durci afin de dissuader d'y recourir ; soit il doit être levé afin d'éviter cette forme de tourisme.

1) Première solution : durcir les sanctions pour dissuader

L'interdiction posée à l'égard de la gestation pour autrui dans notre droit français est certes explicite en droit civil mais le droit pénal se révèle impuissant à la sanctionner efficacement. Il apparaît en effet que les deux dispositions pénales sanctionnant la maternité pour autrui et significativement placées dans une section intitulée "Des atteintes à la filiation" s'avèrent inapplicables aux parents d'intention partis à l'étranger. Il y a en effet un double angle mort : le fait même de recourir à une mère porteuse n'est pas sanctionné et la répression n'a qu'une portée nationale.

La première infraction prévue à l'article 227-12 du Code pénal sanctionne spécifiquement "le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre à la naissance". Cette infraction prévue par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain vise spécifiquement le délit d'entremise⁶⁸ et ne peut donc s'appliquer qu'à une personne extérieure à la convention de gestation pour autrui. C'est une infraction obstacle puni faiblement, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende

⁶⁷ V. B. HAFTEL, note précité *in fine*.

⁶⁸ Il trouve d'ailleurs son origine dans l'article 353-1 de l'ancien code pénal qui réprimait le délit de provocation à l'abandon ainsi que d'entremise à l'adoption.

La seconde infraction est prévue à l'article suivant, l'article 227-13. Cet article réprime "la simulation (...) ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant". La simulation correspond à l'ancienne supposition d'enfant et sanctionne le fait pour une prétendue mère n'ayant pas accouché de se procurer le nouveau né d'une autre femme qu'elle fera déclarer à l'état civil comme son propre enfant. Il s'agit pour la femme de simuler qu'elle a accouché de l'enfant afin de priver l'enfant de sa véritable filiation avec la femme qui en a accouché. L'objectif est de sanctionner le camouflage de l'état civil réel de l'enfant. Or ce n'est pas la réalité de la situation : la mère d'intention ne fait pas croire qu'elle a accouché de l'enfant et la femme qui en a accouché ne veut pas être la mère de l'enfant. D'ailleurs le lien de filiation est souvent valablement reconnu à l'étranger à l'égard de la mère d'intention et interdit à l'égard de la mère porteuse. Ce fut notamment le cas dans l'une au moins des espèces portées devant la Cour européenne : les deux jumelles avaient été désignées dans leur acte de naissance comme les enfants de M. et Mme Mennesson.

De plus, même en supposant ces délits matériellement constitués, le droit français s'avère en tout état de cause inapplicable. En effet, en vertu de l'article 113-2 du Code pénal, la loi française s'applique aux infractions commises sur le territoire de la République. Or l'ensemble des faits matériels visés se déroulent généralement à l'étranger. L'article 113-6 alinéa 2 du Code pénal selon lequel la loi française est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire "si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis" n'est pas plus applicable puisque la gestation pour autrui se déroule justement en conformité avec la législation du pays. Le fait que la GPA soit autorisée à l'étranger paralyse l'action pénale.

Peut-on alors resserrer le droit pénal pour assouplir le droit civil ? Étendre par exemple matériellement ces infractions et les sanctionner si elles sont commises à l'étranger par des Français. Il y aurait certes une contradiction avec la loi locale mais surtout la question fondamentale est de savoir si condamner les parents d'intention est une solution envisageable ? Concrètement, est-ce une solution de les emprisonner ? Certainement non. L'intérêt de ces enfants ne serait alors pas plus respecté, privés de la présence de ceux qui les éduquent et vraisemblablement placés à l'ASE.

L'autre piste à envisager pourrait être alors d'autoriser pour neutraliser.

2) Deuxième solution : autoriser pour neutraliser

Certains pays comme le Royaume Uni, la Grèce ou l’Afrique du Sud ont expressément autorisé la gestation pour autrui tandis que d’autres comme les Pays Bas ou la Belgique la tolèrent⁶⁹. La gestation pour autrui y est toujours pratiquée à titre gratuit dans la mesure où seules une indemnisation des frais de grossesse et une compensation de la perte de salaire peuvent être prévues dans la convention⁷⁰. Les systèmes adoptés varient essentiellement selon la force contraignante de la convention de gestation. Sans force contraignante pour les uns, elle permet à la mère porteuse de rester la mère légale si elle le désire. Assimilée à un contrat pour les autres, les parents d’intention sont considérés dès la naissance comme les seuls parents de l’enfant et la mère porteuse ne bénéficie pas de la possibilité de garder l’enfant. Autoriser la gestation pour autrui fait donc partie des solutions envisageables d’autant plus qu’une offre de loi importante permettrait de réfléchir au contenu d’une telle législation. Une solution à la française pourrait même se dessiner, s’inspirant du cadre juridique de l’accouchement sous X⁷¹ : la mère de substitution aurait le statut de mère de naissance pouvant se rétracter dans le délai légal de deux mois et l’enfant serait consécutivement adopté après la naissance.

Mais cette perspective ne semble pas l’ordre du jour en France. L’interdiction de la gestation pour autrui est en effet une interdiction très ancrée en droit français. Elle a été consacrée dès 1991 par la Cour de cassation en sa formation la plus solennelle, codifiée par la loi du 29 juillet 1994. Seul un rapport du Sénat en 2008 avait envisagé l’autorisation de la gestation pour autrui en France⁷². Depuis, dans le cadre de la révision des lois bioéthiques opérée en 2011, plusieurs commissions d’experts se sont prononcées sur cette question, toutes dans le sens du maintien de l’interdiction : Comité Consultatif National d’Ethique⁷³ ; Acadé-

⁶⁹ Pour des éléments plus complets, V. pour l’Europe. Etat civil des enfants nés d’une convention de maternité pour autrui, F. GRANET-LAMBRECHTS, *AJ Famille*, 2014, 300 ; également pour un panorama plus large, *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, *op. cit.*

⁷⁰ Même si une telle conception de la gratuité peut être critiquable. Sur ce point V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 99 et s.

⁷¹ V. Y. FAVIER, . Favier, Réformer l’assistance à la procréation (et la filiation subséquente), *Revue de droit d’Assas*, n° 9, février 2014, p. 112.

⁷² M. ANDRÉ, A MILON et H. de RICHEMONT, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, rapport d’information, n° 421, Sénat, 25 juin 2008.

⁷³ CCNE, Avis relatif aux “problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA), n° 110, 2010.

mie de médecine⁷⁴, Conseil d'Etat ; Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques⁷⁵. Le Conseil d'Etat, dans son rapport rendu en mai 2010 considère par exemple que “la prise en considération de l'intérêt de l'enfant et de la mère porteuse, principes fondamentaux qui sous-tendent l'interdiction actuelle, conduisent à recommander de ne pas légaliser la gestation pour autrui”⁷⁶. L'Académie, depuis lors, a réitéré ses réserves à l'égard de cette méthode de procréation assistée⁷⁷.

Mais dans l'hypothèse même où la gestation pour autrui serait autorisée, cela suffirait-il pour endiguer le tourisme procréatif ? On peut en douter lorsqu'on sait que la gestation autrui dite éthique consiste à dissocier procréation et gestation afin que la gestatrice ne soit pas la mère biologique de l'enfant⁷⁸. Cela suppose que le parent d'intention autre que le père biologique puisse fournir un ovule. Ce n'est pas toujours possible pour la femme dont l'infertilité l'empêche de porter un enfant ; c'est impossible pour un homme. La gestation pour autrui reposerait donc en grande partie sur un don d'ovocyte. Or, la France manque déjà cruellement de dons d'ovocytes dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. L'Agence de la Biomédecine caractérise même une situation de pénurie⁷⁹, qu'elle juge “très préoccupante”. Elle constate que “les couples infertiles confrontés à de longs délais d'attente en France sont amenés à se déplacer à l'étranger”⁸⁰. Les demandes des couples français y trouvent satisfaction dans un cadre éthique bien différent : parfois non anonyme, avec le don dit “direct” en Belgique, il est surtout largement indemnisé dans l'ensemble des pays de destination⁸¹.

Autoriser la gestation pour autrui afin d'endiguer le tourisme procréatif n'est donc pas une solution en soi dans la mesure où la gestation pour autrui repose souvent sur un don d'ovocyte. Il faudrait à l'instar des autres pays accepter au minimum d'indemniser les dons d'ovocytes pour satisfaire cette nouvelle

⁷⁴ Académie de médecine, *La gestation pour autrui*, Georges DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET, et C. BERGOIGNAN-ESPER (dir.), Médecine Science Publications, 2011.

⁷⁵ Assemblée Nationale, n° 1325, décembre 2008.

⁷⁶ Conseil d'Etat, Rapport sur la révision des lois bioéthiques, juin 2009.

⁷⁷ Académie de médecine, Rapport précité, 2014.

⁷⁸ Le rapport précité du Sénat proposant d'autoriser la maternité de substitution prévoyait d'interdire que la mère porteuse soit la mère génétique de l'enfant, rapport précité.

⁷⁹ La liste des demandeurs au 31 déc. 2011 est de 1806.

⁸⁰ Agence de la Biomédecine, *Rapport* 2012, p. 9.

⁸¹ Autour de 900 euros en Espagne, entre 300 et 1000 en Belgique.

demande. C'est le principe même de gratuité au fondement de nos lois bioéthiques qui serait alors remis en cause.

Agir sur l'interdit est donc une voie difficile à emprunter. Améliorer la situation litigieuse, celle de l'enfant, semble en ce sens être une voie plus prometteuse.

B – Améliorer la situation juridique de l'enfant

Si légiférer sur l'interdit paraît délicat, il est en revanche essentiel au regard de la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme d'améliorer la situation juridique de l'enfant. Comme la voie législative ne semble pour l'instant guère vouloir être empruntée, ce sont les juges, comme en matière de transsexualisme, qui devront vraisemblablement aménager des solutions afin de satisfaire les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg⁸².

1) La voie jurisprudentielle

Si la nullité de la convention de la procréation ou de la gestation pour autrui est clairement affirmée à l'article 16-7 du Code de civil, texte d'ordre public, la filiation de l'enfant issu d'une telle convention n'est pas évoquée. Aucun texte spécifique n'est donc directement applicable à un tel contentieux, laissant au juge une certaine marge de manœuvre.

Ce contentieux dépend en effet de l'interprétation des textes plus généraux fondant l'établissement d'une filiation et plus spécialement de la "curiosité des juges"⁸³, selon qu'ils relient ou non l'application du texte à la convention prohibée.

Le rapporteur Y. Chartier expose dès 1991 que la Cour de cassation peut envisager le seul problème de la filiation, "l'isoler du contrat ou en tout cas du processus d'ensemble qui en est le support". Cette voie a été empruntée par quelques juges du fond. Avant la prohibition des conventions de mère porteuse, le TGI de Versailles⁸⁴, la Cour d'appel de Pau⁸⁵ ont par exemple prononcé l'adoption

⁸² Dans deux arrêts d'assemblée plénière du 15 avril 2011, la Cour de cassation a affirmé que "les Etats adhérents à la convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'avoir été attaquée devant elle, ni d'avoir modifié leur législation", Ass. Plén. 15 avril 2011, *Bull. crim.*, 2011, ass. plén., n° 4 .

⁸³ Michelle GOBERT, Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'"état des personnes", *RT* 1992, n° 22.

⁸⁴ TGI Versailles, 9 juill. 1986, *Rev. dr. enf. fam.* 1986.26, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁸⁵ CA Pau, 11 juillet 1991, D. 1991, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

plénière de l'enfant à l'égard de l'épouse du père de l'enfant née d'une gestation pour autrui en se contentant de vérifier les conditions d'application des textes en cause sans se prononcer sur la licéité de la convention. Ensuite la Cour d'appel de Rennes, dans une décision plus récente du 21 février 2012, objet de l'un des pourvois ayant donné lieu aux arrêts de septembre 2013, a accepté la transcription des actes de naissance indiens alors même que la convention de gestation pour autrui était caractérisée⁸⁶. Elle s'est également contentée de constater la régularité formelle de l'acte de naissance et la réalité de ses énonciations sur le fondement de l'article 47 du Code civil selon lequel "tout acte de l'état civil (...) fait en pays étranger fait foi"⁸⁷.

L'interdiction des conventions de gestation ou de procréation pour autrui étant incontestable depuis les lois bioéthiques de 1994, cette troisième voie peut être empruntée de façon plus sereine, dégagée de toute pression sur son interprétation quant à la validité de la convention de mère porteuse.

Elle mérite d'autant plus d'être empruntée que cet isolement de l'établissement de la filiation à l'égard de la convention à l'origine de la naissance de l'enfant satisfait l'intérêt de l'enfant tel qu'interprété par la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'inscrit également dans une évolution du droit français désormais bien connue fondée sur le fait que l'enfant n'a pas en principe à souffrir de la faute commise par ses parents fût-elle à son origine et violerait-elle un texte d'ordre public⁸⁸.

C'est ainsi, qu'à minima  la Cour de cassation pourrait accepter la transcription dans l'état civil français ou toute forme d'établissement du lien de filiation paternel correspondant à la vérité biologique. La Cour européenne n'exige pas en effet de la France qu'elle reconnaisse l'établissement du lien maternel. Et il est vrai que cette reconnaissance serait plus difficile puisqu'elle heurterait le principe

⁸⁶ CA Rennes, 21 février 2012, *Dr fam.* 2012, comm. 67, C. NEIRINCK, JCP 2012, 353, A. MARAIS.

⁸⁷ "La Cour d'appel n'est pas saisie de la validité d'un contrat de gestation pour autrui, mais de la transcription d'un acte de l'état civil dont ne sont contestées ni la régularité formelle, ni la conformité à la réalité de ses énonciations. Dès lors que cet acte satisfait aux exigences de l'article 47 du Code civil, il n'y a pas lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain", même arrêt.

⁸⁸  "la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : l'autre choix possible de la Cour de cassation", *Médecine et Droit*, 2014, n° 125, p. 52.

selon lequel la mère est celle qui accouche de l'enfant. Elle n'exige pas non plus qu'elle reconnaisse l'établissement d'un deuxième lien paternel.

En Belgique où la GPA est tolérée lorsque le couple est de sexe différent, le double lien de filiation est établi par les tribunaux à l'égard des parents d'intention⁸⁹. En revanche lorsque l'enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger, la Cour d'appel de Liège a adopté cette solution a minima en considérant qu'un acte de naissance californien établissant un lien de filiation entre chacun des parents d'intention devait être reconnu uniquement en ce qu'il établit un lien de filiation entre l'homme qui a procuré son matériel génétique et les deux enfants⁹⁰.

Une solution intermédiaire pourrait consister à reconnaître l'établissement de l'autre lien de filiation (maternel ou paternel) par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. L'établissement du lien maternel paraît en effet opportun lorsque la mère d'intention est aussi la mère génétique de l'enfant, dans la mesure où la filiation reflèterait là encore l'identité biologique de l'enfant. Mais il serait peut être plus conforme à la réalité de permettre alors la retranscription de l'état civil étranger ou l'établissement de la filiation par la voie de la reconnaissance sans passer par cette filiation fictive qu'est l'adoption.

Cependant il est fort probable que la Cour de cassation se contente d'appliquer strictement l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle pourrait même maintenir sa jurisprudence actuelle tant elle semble solide⁹¹, notamment afin de provoquer une intervention législative sur ce point. Ce ne serait pas une attitude blâmable tant le silence du pouvoir législatif est assourdissant sur cette question alors qu'il est seul à même d'apporter une solution susceptible d'orienter le voyage de ce couple.

2) La voie législative

Une intervention du législateur serait certainement souhaitable en ce qu'il pourrait moduler la reconnaissance de la filiation de l'enfant à l'égard de ses

⁸⁹ La Cour d'appel de Bruxelles a confirmé la possibilité pour le père biologique de reconnaître l'enfant mis au monde par une mère porteuse, CA Bruxelles (3^{ème} ch), 1^{er} mars 2007, Rev. Trim.dr familial, 2007, 754. La Cour d'appel d'Anvers a confirmé la possibilité pour la mère d'intention de créer un lien de filiation avec l'enfant par la voie de l'adoption, CA Anvers, 14 janvier 2008.

⁹⁰ Liège (ch du conseil), 6 septembre 2010, cité par M. ROCA I ESCODA, M. ROCA I ESCODA, Les passes et les impasses dans l'évolution de la filiation monosexuée en Espagne, Belgique et France, *Droit des familles, genre et sexualité*, dir. N. GALLUS, Anthémis, 2012, p. 349.

⁹¹ V. en ce sens C. BERGOIGNAN ESPER, note précitée, p. 894.

parents d'intention en fonction de la qualité éthique de la GPA ce qui inciterait les couples à se diriger vers les législations les plus éthiquement acceptables. Selon les conditions posées par le texte, les couples seraient par exemple incités à éviter certains pays comme l'Inde où les mères porteuses n'ont que très peu de droits et sont soumis à des obligations perturbant grandement leur vie familiale⁹². Le statut de la mère porteuse semble en effet être un élément crucial de cette législation d'autant plus qu'il est souvent révélateur des principes qui sous tendent l'ensemble de la législation. Mais d'autres peuvent être observés, comme le montant de la transaction par exemple.

C'est la voie qui a été empruntée par l'Espagne même si c'est une simple instruction de la direction générale des registres qui en est à l'origine. Cette instruction du 5 octobre 2010 permet la transcription d'une décision étrangère, mais la subordonne à des garanties strictes. Il faut que les parents d'intention produisent la décision étrangère, qu'elle ait été régulièrement rendue et qu'ils en aient obtenu l'exequatur dans les conditions du droit commun. En outre, l'officier d'état civil vérifie le respect des droits procéduraux des parties à la convention de maternité pour autrui et spécialement des droits de la mère porteuse (notamment sa capacité juridique, la liberté et la sincérité de son consentement, ainsi que son irrévocabilité après expiration d'un délai de rétractation), le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et le caractère définitif de la décision étrangère.

C'est certainement un exemple à méditer même s'il est très difficile d'entrer dans ce genre de considérations⁹³. Ce serait certainement la solution la plus efficace car seule une loi permettrait de pouvoir contrôler ce voyage que le droit ne peut sanctionner. Sans oublier la vertu de la souveraineté du peuple dans un domaine aussi sensible.

⁹² Les mères porteuses sont accueillies ensemble dans une sorte de clinique appelée "ferme à bébé" afin de pouvoir être surveillées continuellement. De plus le surplus d'ovules récoltés dans ces cliniques sont détournés vers la recherche de cellules souches. V. JYOSTNA A. GUPTA, Exploring Appropriation of "surplus" ova and embryos in India IVF clinics, *New Genetics and Society*, vol. 30, n° 2, 2011, p. 167-180.

⁹³ V. sur les difficultés d'apprécier les critères permettant de garantir l'intégrité du consentement de la mère porteuse, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 86 et s.