Toujours pas de paix pour les « enfants fantômes de la République »

Gestation pour autrui (GPA)

Patrice Le Maigat

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2039>

DOI : 10.4000/revdh.2039

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Patrice Le Maigat, « Toujours pas de paix pour les « enfants fantômes de la République » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 mars 2016, consulté le 02 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2039> ; DOI : 10.4000/revdh.2039

Ce document a été généré automatiquement le 2 mai 2019.

Tous droits réservés

Toujours pas de paix pour les « enfants fantômes de la République »

Gestation pour autrui (GPA)

Patrice Le Maigat

- 1 Inextricable, incohérente et maintenant schizophrénique. Telle apparaît la situation de la gestation pour autrui en France, qui reste une pratique toujours interdite et dont on connaît la violence des oppositions entre les partisans d'un droit à l'enfant « à tout prix »⁴ et ceux qui condamnent la commercialisation des êtres humains et la marchandisation du corps de la femme, tout en oubliant que derrière ces querelles idéologiques, il y a avant tout des enfants qui n'ont pas demandé à naître dans de telles circonstances, et dont la situation s'apparente à celles des *Yūrei*⁵ de la tradition populaire japonaise, des « esprits évanescents », souvent maudits. En France, on les surnomme les « enfants fantômes de la République »⁶, otages de l'obéissance aux lois.
- 2 En effet, depuis quelques temps, en matière de gestation pour autrui, le débat n'est plus simplement éthique ou moral, mais concerne également l'acceptation de sa principale conséquence, à savoir la reconnaissance en France de situation consacrées à l'étranger afin que les enfants conçus par GPA, dont l'un au moins des parents est français, puissent bénéficier de la nationalité française. Malheureusement, les fractures idéologiques et les incohérences politiques, ont laissés ces dernières années le champ libre aux pires affrontements et déchainements de haine et de passion. On pensait avoir trouvé un compromis « politique » avec les arrêts de la Chambre Plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, dans le cadre de la nouvelle logique de reconnaissance des enfants nés à l'étranger issus de GPA, sous l'angle des droits fondamentaux et de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais les questions soulevées demeurent et le contexte est toujours idéologiquement aussi conflictuel⁷.
- 3 Comme nous l'avons rappelé lors du commentaire des arrêts du 3 juillet 2015⁸, la maternité de substitution dérange, en tant que pratique au cœur des questions concernant le couple, la filiation et la parenté, et au-delà du droit, elle interpelle sur le plan politique, philosophique, culturel et sociétal. Accusée d'être à l'origine de la

déconstruction de la famille, de la destruction de la filiation, par la pire remise en cause qui soit de l'adage *mater semper certa est*⁹, et d'être « une pratique intolérable qu'aucune excuse ne pourra justifier »¹⁰, les questions liées à la pratique de la gestation pour autrui ne peuvent laisser indifférent, car l'utilité pratique de donner des droits aux enfants issus de la GPA est incontestable¹¹. Dans les faits, les conséquences pour les enfants sont multiples car ils risquent, en raison de leur naissance et de leur mode de conception, de se voir refuser leur filiation en droit français, pourtant élément essentiel de leur identité et, également la reconnaissance de leur nationalité française¹².

- 4 Au-delà des passions, comment le droit doit-il appréhender cette technique de procréation médicalement assistée faisant intervenir un tiers dans la conception d'un enfant ? Faut-il, et comment, réguler dans l'espace « l'industrie » pour autrui, compte tenu de l'offre¹³ ?
- 5 Les Etats sont bien sûr libres de légaliser ou de prohiber la gestation pour autrui, notamment pour des raisons éthiques et morales¹⁴. Mais la pratique appelle également un traitement international de la question, puisque le « tourisme procréatif » contraint le législateur et la jurisprudence nationale à prendre position sur des situations valablement constituées à l'étranger.
- 6 La jurisprudence de la Cour de cassation antérieure aux arrêts du 3 juillet 2015 interdisait à une convention de GPA de produire ses effets en France, car nulle, d'une nullité d'ordre public et contraire au principe français d'indisponibilité de l'état des personnes. En juillet 2015, la Cour de cassation change radicalement de paradigme et considère désormais que les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnant comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme qui a accouché, doivent être transcrit sur les actes de l'état civil français, interprété à la lumière de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. La théorie de la fraude ne peut donc plus, seule, faire obstacle à la transcription.
- 7 La question posée est toujours aussi simple. Le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut-il être motivé au seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA, pratique interdite par l'ordre juridique français ? Au-delà de cette première question, il faut également se demander ce qu'il convient de décider dans notre droit interne, du statut des enfants nés dans un pays qui n'interdit pas la GPA. Faut-il valider le fait accompli par le droit ? C'est la question cornélienne de la validation d'un principe d'interdiction, et de la gestion de ses effets.
- 8 C'est pourquoi, il est difficile d'être pleinement satisfait des arrêts du 3 juillet 2015 de la Cour de cassation, car bien que la Haute juridiction a, dans une logique civiliste et européenne, infléchi sa jurisprudence sur la reconnaissance des enfants issus de GPA réalisées légalement à l'étranger lorsque le père dispose d'un lien biologique avec les enfants concernés (1°), elle laisse complètement de côté de nombreuses questions, notamment celle liée au sort des parents d'intention qui ne disposent d'aucun liens biologiques avec les enfants (2°). Or, dans la pratique, la question de la parentalité sociale est au cœur de la problématique liée à la gestation pour autrui.

1°/- La gestation pour autrui à l'épreuve de la logique civiliste de l'article 47 du code civil

- 9 En application des décisions rendues par la Cour de cassation le 3 juillet 2015, les moyens tirés de la fraude à la loi ou de l'atteinte à l'ordre public soulevés par le ministère public ne sont plus recevables. C'est désormais un raisonnement casuistique, purement civiliste, essentiellement à partir de l'article 47 du code civil¹⁵, dont la portée est contestable, qui sert de fondement à la reconnaissance en France d'enfants nés à l'étranger issus de GPA (A). Néanmoins, à travers les récentes décisions des juridictions du fond, il est évident que derrière l'affirmation jurisprudentielle de principe se cache toujours une logique de condamnation morale, car il semble toujours aussi difficile pour les juges d'admettre dans l'ordre juridique français les conséquences d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (B).

A - La portée de l'article 47 du code civil en matière de reconnaissance d'enfants nés à l'étranger issu de GPA : Une stratégie de contournement

- 10 La rédaction des arrêts du 3 juillet 2015, s'appuyant sur l'article 47 du Code civil qui régit la force probante des actes de l'état civil, aurait dû davantage nous inquiéter. En effet, aux termes de cet article : *« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait dans un pays étranger et rédigé dans des 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 »*.
- 11 L'utilisation de cet article constitue en fait une habile stratégie de la Cour de cassation, permettant de régler de façon technique un problème, dont la finalité est de se recentrer sur l'acte d'état civil lui-même, pour valider la transcription sans se référer aux notions d'ordre public ou de fraude à la loi, et sans adopter non plus une nouvelle règle générale calée sur les exigences de la Cour EDH¹⁶. La Haute juridiction opère ainsi « un changement de cap »¹⁷ en abandonnant une condamnation globale de la gestation pour autrui par une stricte analyse de l'acte instrumentaire de l'acte de l'état civil étranger¹⁸. C'est donc un raisonnement casuistique que la Cour de cassation a décidé de suivre, pour ne pas être obligée d'édicter une règle générale valable dans toutes les situations. La Haute juridiction adopte la méthode de l'examen différencié des situations. Chaque décision devra régler les difficultés en « fonction de la configuration de la gestation pour autrui et des liens de filiation qu'elle implique »¹⁹.
- 12 Selon l'article 47 du code civil, les actes d'état civil étrangers sont probants dans l'ordre juridique français jusqu'à la preuve apportée par l'administration de son irrégularité, sa falsification ou sa non-conformité à la réalité, au regard de la loi locale. Pour produire leurs effets de plein droit en France, les actes de l'état civil étrangers, qu'ils concernent des Français ou des étrangers, doivent non seulement avoir été établis conformément à la loi locale, mais également avoir été traduits et authentifiés. En revanche, ils ne peuvent être mentionnés en marge d'un acte français qu'avec l'autorisation du procureur de la République territorialement compétent.

- 13 La preuve du respect de la loi locale incombe à la personne qui produit une copie ou un extrait de l'acte étranger. Elle est le plus souvent établie par un certificat de coutume, attestation délivrée par toute personne paraissant posséder une connaissance juridique suffisante.
- 14 Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que les juges utilisent ce texte, pour contourner la jurisprudence du 3 juillet 2015 et refuser une transcription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger issus de GPA²⁰, et cela au mépris de l'intérêt de l'enfant et de sa reconnaissance, car *reconnaître ou ne pas reconnaître* est toujours le dilemme de la Cour de cassation depuis plusieurs années en matière de reconnaissance d'enfants issus d'une GPA nés à l'étranger et dont l'un des parents a la nationalité française.
- 15 L'article 47 du Code civil peut, en conséquence, devenir une arme particulièrement efficace pour les juges pour refuser en France la reconnaissance d'enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une GPA dont les parents déclarés à l'état civil ne sont pas uniquement le père génétique et la mère porteuse²¹, même si la portée de cet article a également ses limites, qui découlent de son objet, à savoir déterminer la force probante des actes dressés à l'étranger. Il ne préjuge pas en effet de la validité de l'acte constaté, et il est donc circonscrit aux affaires soumises aux juridictions. Le recours à l'article 47 du Code civil est donc insuffisant pour traiter l'ensemble du contentieux que suscite la GPA. Ainsi, pour les couples dont l'acte de filiation porterait uniquement le nom des parents d'intention, la solution ne vaut pas, car dans le cadre de l'application stricte de l'article 47 sus-cité, les faits déclarés dans l'acte de naissance ne correspondent pas à la réalité, et l'état civil indiqué ne peut recevoir de force probante, sauf à prendre en considération la réalité sociale et pas seulement biologique, qui relève en l'état actuel du droit, du mensonge.
- 16 Or, dans la pratique, cette question des parents d'intention ou parents sociaux est assurément la plus délicate à régler et se trouve bien souvent au cœur de la problématique concernant la reconnaissance en France des enfants nés à l'étranger issus de gestation pour autrui, et force est de constater qu'en la matière, la sévérité des juges est toujours aussi forte, constituant ainsi une sorte de morale judiciaire.

B - La morale judiciaire pour autrui

- 17 Depuis les arrêts de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, les moyens de fraude ou de l'atteinte à l'ordre public sont désormais écartés au profit d'un raisonnement casuistique et civiliste, sur la base de l'article 47 du Code civil. Mais dans les faits, les décisions rendues par plusieurs juridictions du fond laissent clairement apparaître une certaine aversion pour la reconnaissance dans l'ordre juridique français, de parentés issues de GPA, tout particulièrement lorsqu'elles ne sont pas biologiques.
- 18 Ainsi, bien souvent, les juges lorsqu'ils sont confrontés à une affaire de transcription d'état civil d'un enfant conçu par GPA à l'étranger, s'emploient principalement, dans le cadre de la vérification de la réalité des faits au sens de l'article 47 du Code civil, à rechercher si le père déclaré est bien le père biologique, sous-entendue qu'une « *réalité non biologique* » ne peut correspondre à la réalité des faits déclarés. La question étant de déterminer ce qu'il convient de qualifier de « *réalité* » en matière de filiation.
- 19 Dans son arrêt du 28 septembre 2015, concernant une GPA effectuée au Etats-Unis, la Cour d'appel de Rennes a ainsi relevé qu'aucun certificat médical délivré dans le pays de

naissance n'attestait la réalité des faits et qu'en outre une décision rendue par la Cour supérieure de l'Etat de Californie qui avait déclaré les requérants, parents légaux dans le cadre d'une procédure de GPA, attestant que le matériel génétique du père d'intention avait bien été utilisé, est « *insuffisante à démontrer que le père d'intention serait le père biologique en l'absence d'éléments médicaux concernant le programme de fécondation artificielle qui a été pratiqué* ».

- 20 Cette sévérité et ce raisonnement témoignent clairement de l'hostilité de juges du fond à l'égard de la GPA et de leur méfiance à procéder à la transcription d'un acte de naissance étranger d'un enfant issu de cette pratique²².
- 21 A lire entre les lignes, il semblerait que la seule façon, pour les juges, de s'assurer de la *vérité biologique* de la paternité serait de mettre en œuvre une procédure « *d'expertise biologique judiciairement établie selon les modalités de l'article 16-10 du Code civil, confiée à un laboratoire dûment agréé* », indépendamment de la transcription de l'acte.
- 22 Par ailleurs, la suite de l'analyse de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes permet également de mettre en évidence que des juges du fond se placent désormais dans une logique de stigmatisation de la gestation pour autrui, en rappelant que le code pénal « *crystallise l'illicéité des conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui en France* » et que ces conventions font l'objet en droit français « *d'une prohibition d'ordre public en vertu de l'article 16-7 du Code civil, comme contrevenant principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain est de l'état des personnes* », sous-entendue que le recours pratique de la gestation pour autrui relève de la commercialisation des êtres humains et de la marchandisation du corps de la femme, et est par conséquent condamnable.
- 23 Ces principes et au-delà celui de la dignité humaine ont souvent été invoqués afin d'entraver la reconnaissance de la gestation pour autrui²³. Ils permettent notamment de défendre une certaine conception de la famille et de la maternité²⁴, visant à affirmer que « *les seuls vrais parents sont les géniteurs, et que s'il est tolérable que le père ne soit pas géniteur, redéfinir la maternité est inenvisageable* »²⁵.
- 24 Cette conception dogmatique repose en grande partie sur l'argument des risques psychiques liés à la séparation de l'enfant avec sa « vraie mère », avancés dans d'autres champs disciplinaires (psychologie, psychiatrie), et qui a trouvé un certain écho chez les juges. Elle repose également sur un postulat éthique ou moral, voire religieux de la maternité et des fondements du droit de la filiation. Le modèle qui refuse la GPA au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes reflète bien souvent une conception conservatrice dans laquelle les filiations par procréation médicalement assistée n'ont pas la même dignité que les filiations sans artifices²⁶.
- 25 Or, il n'y a pas *a priori* de parents plus dignes que d'autres, ni de filiation plus nobles que d'autres.
- 26 Ces fondements classiques ont été maintes fois dénoncés comme étant incantatoires et imprécis²⁷, et leur portée est aujourd'hui de plus en plus remise en question²⁸, mais les juges français n'y sont pas, semble-t-il, très sensibles. Le droit français de la filiation, et au-delà pourrait-on dire l'ensemble du droit de la famille qui navigue aujourd'hui entre doutes et incertitudes, notamment au regard des règles de droit international privé, semble aujourd'hui fragilisée, et la question du refus de la gestation pour autrui essentiellement sur le fondement de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain dans une approche naturaliste de la famille, devient également de plus en plus critiquable.

- 27 On peut dès lors s'interroger sur les raisons d'une telle sévérité de juges du fond dans la recherche de la réalité de la paternité biologique, même s'il paraît évident que la principale motivation relève de la morale et de l'idéologie. Il s'agit de condamner la maternité de substitution, si ce n'est par le droit, au moins par une interrogation des consciences sur un *tabou*²⁹ car n'oublions jamais que « *plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d'une idéologie*³⁰ ». Au-delà, à l'heure du débat sur la parenté homosexuelle, la gestation pour autrui apparaît également dans les fantasmes de certains juges, comme le moyen offert aux couples de même sexe, de fonder une famille, alors qu'il s'agit essentiellement d'un procédé thérapeutique permettant de « *pallier les insuffisances utérines de femmes en mesure de concevoir des enfants, mais empêchées de les porter pour des raisons d'ordre pathologiques* »³¹.
- 28 Cette rigueur de juges du fond permet néanmoins de mesurer le décalage entre la perception d'une certaine justice moralisatrice et la réalité des situations créées, avec comme principale conséquence la précarité du statut juridique des enfants concernés³². Or, il est grand temps, face aux progrès de la génétique, d'accompagner et de contrôler les nouvelles techniques médicales, et de dépasser la notion classique de réalité biologique pour enfin prendre en considération la parenté sociale.

2°/- La question des parents d'intention

- 29 La maternité a toujours été considérée par le législateur français comme une évidence, considérant que l'apport génétique ne peut à lui seul servir à fonder un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant, évitant de fait une multiplicité potentielle de pères et mères. La mère est donc celle qui donne naissance à l'enfant qu'elle a porté, et le père est celui qui l'a reconnu, ou à l'égard duquel une présomption de paternité peut jouer. Mais avec l'essor considérable des techniques de procréations assistées, et notamment du recours à des tiers pour mener à terme un projet parental, les certitudes en matière de filiation n'existent plus (A). Il est donc tout à fait juste de dire que « *la maternité est loin d'être une réalité simple à moins qu'on ne prétende l'imposer de force comme telle, et le « désir d'enfant » n'est pas non plus ce sentiment futile et égoïste que certains se plaisent à stigmatiser* »³³. Dès lors, il est aujourd'hui nécessaire de repenser la gestation pour autrui et ses conséquences dans une nouvelle perception éthique et juridique des pratiques de procréations médicalement assistées. Il convient notamment de donner à la parenté d'intention un véritable statut, en permettant son établissement par la voie de la reconnaissance, de l'adoption, voire dans le sillage du projet belge, en créant un régime légal de coparentalité (B).

A - La réalité et l'apparence de la filiation à l'épreuve de la génétique et des mutations du droit de la famille

- 30 En s'inscrivant dans la ligne de la jurisprudence européenne, les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015 ont permis de régler la question de filiation biologique, mais le raisonnement est insuffisant pour proposer une solution à la question juridique fondamentale de la réalité sociale des parents, directement liée à la GPA³⁴, d'autant plus qu'il ressort de la plupart des décisions des juges du fond que la réalité sociale de la filiation n'a pas la même valeur que la réalité biologique, et ne peut légitimement assurer la même protection juridique.

- 31 Toute la question est de savoir ce qu'il faut entendre par « lien biologique », notamment entre la mère et l'enfant, car si le droit français n'envisage pas d'autre mère naturelle que la femme qui a accouché en application de l'article 332 du code civil, le problème se pose désormais lorsque la mère biologique est une tierce personne et surtout dans le cas très délicat où « la mère biologique » est également « la mère d'intention ».
- 32 Aujourd'hui, la confusion entre l'apparence et la réalité est totale en matière de filiation alors que « l'écran de l'accouchement » empêche pour l'instant toute évolution du droit positif aboutissant à des situations absurdes dans lesquelles la femme qui donne naissance à l'enfant refuse de le prendre en charge.
- 33 Par ailleurs, la question de la parenté d'intention, entendue comme la paternité ou la maternité de celui des parents qui n'a pas apporté ses gamètes à la réalisation du projet parental (voire des deux parents dans certaines hypothèses de couples homosexuel), est fondamentale, et le contentieux que suscite la GPA ne laissent entrevoir en la matière que des « horizons incertains³⁵ », bien souvent contraires à l'intérêt de l'enfant³⁶. Le lien social n'est-il pas parfois plus fort que le lien biologique ? Le critère biologique ne doit-il céder le pas devant le critère affectif très concret qui se développe entre le parent et l'enfant dès le processus de conception ?
- 34 Il est donc absolument nécessaire de (re)déterminer la réalité de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui, car au-delà de la reconnaissance de leur état se posent d'autres questions tout aussi complexes. Ainsi, si le parent d'intention n'est pas reconnu, peut-il quand même adopter l'enfant, même s'il n'a aucun droit sur lui ? D'autre part, que se passera-t-il si la mère porteuse réclame ses droits sur l'enfant à qui elle a donné naissance, ou si la demande de transcription d'un état civil ne fait état que d'un seul parent – le géniteur ?
- 35 Par rapport à toutes ces incertitudes, le droit français doit pouvoir évoluer, dans la mesure où il se situe sous l'influence du droit européen toujours plus extensible de la notion de vie familiale et permettre d'y faire entrer l'enfant d'une maternité de substitution et le couple bénéficiaire³⁷. L'amélioration des techniques médicales doit influencer l'ensemble du droit de filiation et l'obliger à s'adapter en tenant compte des intérêts en présence.

B - Repenser la gestation pour autrui : De la reconnaissance des parents d'intention à un régime légal de coparentalité

- 36 Ainsi que précédemment observé, le refus de reconnaître la filiation d'intention porte en lui-même atteinte à la vie privée de l'enfant, notamment par les conséquences qu'il a sur les droits à succession, et s'il semble effectivement difficile en l'état actuel du droit positif
- ³⁸ « d'envisager qu'une telle parentalité puisse être établie par la voie d'une reconnaissance ou d'une action en recherche de paternité et/ou de maternité qui, par hypothèse, serait mensongère puisqu'elle tendrait à établir un lien de filiation avec un père qui n'est pas le père biologique et/ou avec la mère qui n'a pas accouché³⁹ », de même qu'avec « la possession d'état, dont les effets pourraient être contestés notamment par le ministère public faisant valoir que cette possession d'état n'est pas conforme à la réalité puisqu'elle ne désigne par la mère qui a accouché et/ou le père biologique », il est en revanche, techniquement possible sans remettre en cause l'ensemble de notre droit, de permettre l'adoption de l'enfant par le parent d'intention afin de consacrer la filiation⁴⁰.

- 37 C'est la solution qui semble la plus adaptée à la réalité de la situation, et la moins provocatrice.
- 38 En revanche, la proposition consistant à créer un régime légal de coparentalité, sur le modèle du rapport du Sénat belge, en date du 4 décembre 2015, ne va pas manquer de susciter de nombreux commentaires⁴¹. L'idée est pourtant loin d'être inintéressante, puisqu'elle a pour objectif d'étudier les moyens d'octroyer l'autorité parentale à plus deux adultes en établissant un régime de « pluri-parentalité » afin d'inscrire l'enfant dès sa naissance dans une double filiation monosexuée. L'intérêt de cette proposition est de transposer la problématique de la gestation pour autrui, essentiellement juridique, dans une dimension psycho-affective par rapport au modèle familial optimal pour élever l'enfant.
- 39 L'avenir nous dira ce que le législateur belge retiendra de cette proposition, mais c'est assurément un exemple à suivre au niveau de la réflexion afin « d'encadrer juridiquement ce qui existe déjà ».

*

* *

- 40 *En conclusion*, la solution retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en juillet 2015, bien que constituant une avancée importante, en abandonnant la condamnation globale de la GPA et en permettant la reconnaissance de la paternité biologique des enfants nés de cette pratique à l'étranger et la transcription des actes d'état civil étrangers, n'est pas pour autant satisfaisante, car trop de questions restent ouvertes.
- 41 Elle écarte, notamment, purement et simplement de son raisonnement la question de la *parenté sociale*, c'est à dire celle du deuxième parent d'intention (voire dans certains cas des deux parents), sans liens biologiques avec l'enfant. Or, dans la pratique, la question des parents d'intention est très souvent au cœur de la problématique de la reconnaissance des enfants nés de GPA. De fait, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation constitue, par le recours à un examen différencié des situations, une solution bancale, inacceptable à la fois en termes de sécurité juridique pour la cellule familiale, et pour l'intérêt de l'enfant.
- 42 A ce jour, la Cour de cassation ne s'est pas encore directement prononcée sur cette question de la parenté d'intention, et il est fort probable qu'une décision ne pourra intervenir positivement que sous la contrainte d'une nouvelle prise de position de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, indépendamment des opinions idéologiques ou politiques des uns et des autres envers la GPA, la situation insupportable dans laquelle se trouve ces enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui, doit cesser et le droit positif, évoluer. Peut-être prochainement⁴² ?
- 43 Le discours paradoxal et incertain de la Cour de cassation nécessite donc une rapide clarification politique et législative, comme le souligne récemment le Défenseur des droits dans son rapport 2015⁴³, car à défaut de légaliser, dans un véritable débat de société, la pratique de gestation pour autrui, il est nécessaire d'apporter la paix et le repos aux enfants issus de ces pratiques de procréation assistée à l'étranger, par la transcription de leur acte de naissance sur les registres de l'état civil français afin qu'ils

cessent d'être discriminés et considérés comme des « enfants de second ordre », des *fantômes de la République*.

44 Il s'agit d'une mesure simplement humaine à l'égard de nos derniers « enfants maudits »

*

45 **Cour de cassation, Assemblée plénière, 3 juillet 2015, Arrêt n° 619 (n° 14-21.323) et Arrêt n° 620 (n° 15-50.002) – Communiqué**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

4. Droit à l'enfant que la société française refuse de reconnaître et qui se situe au cœur de l'antagonisme moderne entre l'individualisme et le social.

5. Le seul moyen de se débarrasser d'un *Yürei* est de lui apporter le repos, en apaisant d'une façon ou d'une autre les émotions qui l'agitent intérieurement, d'où le titre de cet article.

6. Enfants sans papiers ou avec des papiers étrangers, parfois apatrides. L'expression est combattue par les militants anti-GPA qui dénoncent le mythe de ces « enfants fantômes ».

7. J.P. Marguénaud : « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui ». *RTD Civ.* 2015, p. 325.

8. P. Le Maigat, « Gestation pour autrui et filiation, revirements, paradoxes et incertitudes du droit français », *GP*, n° 260, p. 9.

9. *mater semper certa est* : l'identité de la mère est toujours certaine. Principe de droit romain irréfragable qui depuis 1978 et le premier enfant conçu par fécondation *in vitro*, ne s'applique plus car l'enfant peut avoir une mère génétique et une mère naturelle (par l'accouchement).

10. L. de la Rochère, Le mythe des « fantômes de la République » s'effondre, *le Figaro* du 1/07/2015.

11. Les enfants nés à l'étranger de GPA de parents français doivent pouvoir bénéficier d'un statut permettant des rapports normaux entre les familles et l'administration, sans avoir à présenter systématiquement des actes étrangers traduits et apostillés. Egalement en ce sens le communiqué de presse du syndicat de la magistrature en date du 16 septembre 2013 à propos des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 septembre 2013 considérant que la Haute juridiction, par ces décisions, avait validée une situation inadmissible, contraire au principe d'égalité des filiations, faisant de ces enfants, dont on ne peut feindre d'ignorer l'existence, des enfants de

« second rang » comme le furent en leurs temps les enfants « naturels » ou les enfants « adultérins ».

12. Un récent rapport de la Conférence de la Haye énumère les possibles atteintes au statut de l'enfant et notamment le risque d'apatridie lorsque le pays dans lequel né l'enfant issu d'une GPA n'applique pas la loi du sol pour l'acquisition de la nationalité.

13. H. Muir Watt, « Franchir les limites : aspects comparatifs et de droit international privé », in *La maîtrise de la vie : les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, C. Marchal et L. Khaïat, ERES, 2012, p. 71.

14. De nombreux Etats interdisent la GPA, notamment, la France (loi de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 introduisant dans le Code civil les articles 16-7 et 16-9).

15. Dans le visa de la première espèce figurent l'article 47 du Code civil et l'article 8 de la convention EDH pris « ensemble », mais l'essentiel de la décision est centrée sur l'article 47 du Code civil.

16. Comme en matière de transsexualisme par exemple.

17. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *op.cit.*

18. C. Lengrand et C. Escuillé, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *op.cit.*, p. 4

19. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *op.cit.*

20. CA Rennes, 28 septembre 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002.

21. Il faut toutefois signaler que ce même article 47 du Code civil peut également permettre aux juges de rejeter les requêtes du ministère public aux fins d'annulation de transcription de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger issu de GPA, en considérant que faute de contester l'acte d'état civil étranger en vertu d'un motif d'irrégularité, le ministère public n'a pas compétence pour agir. V. dans ce sens, CA Rennes, 21 février 2012, n° 11/02758.

22. Cette hostilité trouve certainement son fondement dans le postulat du droit français voulant « mère » signifie femme qui accouche dans la lignée des articles 325 et s. du Code civil.

23. La gestation pour autrui se trouve en tous les cas, exclue des techniques de procréation médicalement assistées autorisées et réglementées, que la femme qui assure la gestation de l'embryon fournisse l'ovule (GPA complexe dans laquelle la gestatrice apporte son patrimoine génétique) ou qu'elle s'engage simplement à assurer le développement de l'enfant constitué des gamètes des parents d'intention ou d'un don d'ovocyte par tierce personne (GPA simple).

24. Le terme de maternité désigne à la fois le fait d'être mère ou le lieu où on le devient, mais ne prend pas en compte le processus psychique mis en œuvre, celui de « devenir mère ».

25. M. X. Catto, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3, 2013, p. 11.

26. *Ibid.*, p. 13.

27. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489).

28. M. Levinet, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-M. Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 71.

29. Pour les plus conservateurs, la GPA relève d'un tabou aussi fort que l'inceste.

30. P. Malaurie, *Droit civil, La famille*, éditions Cujas, 6^{ème} éd., n° 450, 256.

31. M. Bandac, G. Delaisi de Parseval, V. Depadt-Sebag, « Repenser la gestation pour autrui, à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007, *Recueil dalloz* 2008, p. 435.

32. C. Lengrand et C. Escaillé, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *op.cit.*
33. M. Bandac, G. Delaisi de Parseval, V. Depadt-Sebag, « Repenser la gestation pour autrui, à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007, *op.cit.*
34. Certes, la Haute juridiction n'était pas directement saisie de cette question, et la méthode casuistique retenue empêche désormais toute solution globale.
35. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *op.cit.*
36. Notamment lorsque la filiation de la mère biologique/mère d'intention est conforme à la réalité biologique, sociale et affective.
37. V. Bouron-Crémé, Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique, thèse, 2010, p. 150, n° 277.
38. La reconnaissance automatique des situations valablement créées à l'étranger dès lors que la GPA n'est pas contraire à certains principes éthiques a été proposée, notamment dans le cadre de l'élaboration d'un instrument international sur le modèle de la Convention de La Haye sur l'adoption, mais risque d'être compliquée à mettre en œuvre.
39. Rapport Soulard, Cour de cassation, 18 mai 2015, p. 78
40. Par exemple en application de l'article 345-1 du Code civil pour un couple marié.
41. Sénat de Belgique, Session de 2015-2016, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité.
42. Les sénateurs Yves Détraigne et Catherine Tasca doivent présenter en février 2016 à la commission des lois du Sénat un rapport d'information sur « l'assistance médicale à la maternité et à la gestation pour autrui ».
43. Rapport du Défenseur des droits au Comité des droits de l'enfant des Nations unies, juin 2015, p. 18. Le Défenseur des droits a été saisi de situations d'enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui ne pouvant faire établir en France leur filiation à l'égard de leurs parents, pourtant légalement établie à l'étranger.
- Dans son rapport, il considère qu'il appartient au gouvernement de prendre les mesures de nature à mettre en conformité le droit interne en conformité avec la jurisprudence européenne et dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Défenseur des droits recommande de prendre les mesures de nature à garantir à l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui la possibilité de faire établir sa filiation à l'égard de ses parents.
1. Le 11 janvier 2016, trois affaires de transcription d'acte de naissance d'enfants nés à l'étranger de GPA ont été débattues devant la Cour d'appel de Rennes. Le délibéré est attendu avec impatience le 7 mars prochain.
2. C. Lengrand et C. Escaillé, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 13 janvier 2016. URL : <http://revdh.revues.org/1772>
3. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 2015, p. 1819.

RÉSUMÉS

Comme il fallait s'y attendre, le débat dans la société française concernant la maternité de substitution est loin d'être clos, et risque même d'entrer rapidement dans une dynamique schizophrénique. Sur le terrain judiciaire, à peine quelques mois après les deux arrêts de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 3 juillet 2015, les incertitudes sont encore nombreuses¹, notamment en ce qui concerne le sort des parents d'intention ne disposant d'aucun liens biologiques avec les enfants. Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation, sous la contrainte de la CEDH, est en effet très insatisfaisant et donne l'impression, après un certain soulagement, d'une victoire à la Pyrrhus ou selon certains commentaires « d'une avancée jurisprudentielle en demi-teinte »², ou d'un revirement en « douceur »³. La question fondamentale, à laquelle il sera difficile dans les prochains mois de trouver un consensus, tant sur le plan judiciaire que législatif, étant de préciser à quoi correspond la notion de réalité, en matière de filiation. Plusieurs décisions récentes rendues par les juridictions du fond montrent clairement, à travers la sévérité des jugements, l'embarras des juges à propos des concepts de réalité et d'apparence face à l'évolution de la génétique et aux mutations du droit de la filiation.

INDEX

Mots-clés : Gestation pour autrui. Convention de mère porteuse. Filiation. Parents d'intention. Etat civil. Inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA. Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA. Intérêt supérieur de l'enfant

AUTEUR

PATRICE LE MAIGAT

Maître de conférences à l'Université de Rennes 1 et Avocat au Barreau de Nantes (LexFEIM – Université du Havre EA 1013 et CIRAM – Université de Laval - Québec)