



HAL
open science

Le droit à la maternité, un droit malmené. Détournements de législation

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. Le droit à la maternité, un droit malmené. Détournements de législation. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 18, pp.207-222. hal-02545790

HAL Id: hal-02545790

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545790>

Submitted on 17 Apr 2020

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

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

Le droit de la maternité, un droit malmené. Détournements de législation¹

Élise RALSER

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion

Résumé :

Les biotechnologies, notamment en matière d'assistance médicale à la procréation, conduisent ceux, dont le désir d'enfant reste inassouvi, de penser qu'il existe désormais un droit « à » la parenté. Si ce désir ne peut être satisfait dans son pays d'origine, on traverse les frontières pour le réaliser à l'étranger, le droit étant ensuite censé rejoindre le fait. Ces détournements de législations sont contraires au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et, comme le droit de la filiation repose essentiellement sur le lien maternel, c'est tout le droit « de » la maternité qui se retrouve ainsi malmené.

Summary :

Biotechnology and medically assisted procreation now enable prospective parents to believe there is a right "to" parenthood. People now cross borders to fulfill their desire ; law then has to adapt to facts.

These perversions of law are contrary to the principle of the inalienability of the human body, thus battering the first-generation right of maternity since parentage mostly relies on the maternal bond.

Lorsque j'entrepris mes études de droit et que je me trouvais encore en première année, sur les bancs de la Faculté, j'étais souvent à côté d'une étudiante, très drôle, qui aimait raconter des blagues pendant les pauses. Une fois, elle me demanda si j'aimais les histoires belges ; mais qui ne les aime pas ?

- « Eh bien voilà ! c'est l'histoire d'une femme belge, enceinte jusqu'au cou, mais, sur le point d'accoucher, elle est envahie d'un énorme doute ce qui la rend très, très inquiète. Et tu sais pourquoi ? »
- Elle ne sait plus combien elle attend de bébés ? Elle ne sait qui est le père ?

¹ Le style oral de la contribution a été conservé.

- Non, non. Elle est inquiète, car elle n'est pas certaine d'être la mère ! »

À l'époque, encore très ignorante, et trouvant cette histoire « belge à souhait », elle m'avait fait beaucoup rire. Mais il faut reconnaître que, 25 ans plus tard, je m'aperçois que les craintes de la jeune femme étaient justifiées !... Et allaient se trouver au cœur de mon intervention. En effet, aujourd'hui, les certitudes sur lesquelles reposait le droit de la maternité sont tombées et il en devient difficile de déterminer la mère d'un enfant, la difficulté se trouvant même amplifiée dans un contexte international qui dépasse largement le contexte franco-belge...

Qui est la mère ? Les détournements de législation, en matière de maternité, nous confrontent à cette question. La maternité résulte en principe de l'accouchement, mais depuis la dissociation possible entre maternité génétique et maternité utérine, la pertinence de cette règle est aujourd'hui remise en cause. Non seulement les gamètes, quand ils ne se rencontrent pas sur internet, s'unissent en éprouvettes, mais en plus l'embryon, s'il doit encore se développer *in utero*, ne l'est plus nécessairement au sein de celle qui l'a conçu.

Cette révolution *biologique* a provoqué un véritable séisme *juridique*, dont on ressent encore les répliques. À tel point que le droit de la maternité se voit détourné de ses fins. On peut parfois détourner un bien (par exemple de l'argent), on peut détourner une personne (de ses devoirs ou de l'autorité dont elle relève), mais peut-on détourner le droit de la maternité ? Peut-on dissocier le fait biologique du lien juridique qui devrait en découler ? *A priori*, non. Pourtant, ce sont à l'heure actuelle les voies d'accès à la maternité (davantage que les cas de refus de maternité) qui semblent pouvoir faire l'objet d'un contournement, que ce soit par la voie des procréations médicalement assistées, de l'adoption ou encore des maternités pour autrui (pour ne citer que ces voies-là et seulement, bien entendu, dans le cas où la maternité « naturelle » semble compromise). L'accès à la procréation médicalement assistée est plus ou moins ouvert selon les systèmes juridiques : certains droits ne la réservent qu'aux couples mariés et hétérosexuels, alors que d'autres l'ouvrent aux homosexuels, aux concubins, et même aux célibataires. La voie de l'adoption connaît des restrictions analogues. Notre intervention tournera cependant autour de l'exemple des maternités pour autrui, car tout (ou presque) y conduit, finalement, notamment lorsque l'adoption ou la procréation médicalement assistée sont impossibles ou difficiles et l'avènement imminent de l'homoparenté ne fera qu'amplifier le phénomène². Pour mener à bien les gestations et les naissances, on peut se passer des pères, mais pas des mères. Mais, ensuite, peut-on se passer de droit ? Ou bien, au contraire, peut-on se servir du droit pour se voir consacrer un « droit à » être mère ?

Examinant la chose, on découvre, alors, que le droit de la maternité souffre de multiples affections et, comme les microbes, celles-ci n'ont pas de frontières. Il

² F. CHENEDE, « ...Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr famille* 2013, dossier 27.

suffit, bien souvent, de prendre l'avion. À partir de là, le voyage s'organise : on proposera de nouvelles formes de tourisme, « tourisme procréatif », « tourisme adoptif ». Dans tous les cas, un authentique marché de la filiation fait son apparition, véritable « import-export » de la maternité. Si on ne peut trouver une mère ou devenir mère, légalement, en France, on cherche à la trouver ou à le devenir, coûte que coûte, à l'étranger³. Mais peut-on admettre que des personnes françaises ou résidentes en France se rendent à l'étranger pour contourner la loi française et demandent ensuite que la situation juridique ainsi créée soit reconnue et produise des effets ?⁴ L'accepter nous conduirait à changer radicalement notre façon d'appréhender les normes et de les ordonner au point même de considérer la norme juridique comme une marchandise⁵ et le « fait accompli » comme une nouvelle source du droit !⁶ En tout cas, nous en sommes certains : un *mal* affecte le droit de la maternité. Ce mal doit être identifié et il nous faut ensuite tenter de le soigner. Nous exposerons alors d'abord quelques pathologies du droit de la maternité (dans un contexte international), avant d'en chercher les traitements possibles.

I.- Les pathologies du droit de la maternité

Les candidats à la parenté cherchent à obtenir à l'étranger ce qu'ils ne peuvent obtenir en France. Ils délocalisent volontairement la procréation pour

³ La procréation médicalement assistée, l'adoption à l'étranger ou la maternité pour autrui se présentent alors à bien des égards comme consacrant un « droit à l'enfant », ou même un droit « à devenir parent ». Le couple, en tant que tel, est d'ailleurs devenu un nouveau titulaire de droits de l'homme puisque le droit de concevoir un enfant est expressément présenté comme un droit des couples : Cour EDH, Gr. ch., 3 novembre 2011, *S.H. c/ Autriche*, req. n° 57813/00, infirmant l'arrêt du 1^{er} mars 2010 qui avait constaté une violation des articles 14 et 8 parce que le droit autrichien avait refusé le recours aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de procréation *in vitro*. Mais en même temps, l'arrêt de 2011 confirme que l'art. 8 CEDH s'applique au droit de concevoir un enfant et de recourir à la procréation médicalement assistée puisque pareil choix constitue une forme d'expression de la vie privée et familiale. Voir *RTD civ.* 2012, 283, obs. J.-P. MARGENAUD ; *AJDA* 2012, 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2011, 2870, obs. J.-P. MARGENAUD ; *D.* 2012, 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ famille* 2011, 608, obs. A. MIRKOVIC. Il a, en revanche, été considéré que le texte qui interdit à un couple dont les deux membres sont stériles de recourir à la procréation médicalement assistée n'est pas discriminatoire et contraire au principe selon lequel la nation doit garantir à la famille les conditions nécessaires à son développement : J. HAUSER, « Procréations médicalement assistées : pas de QPC », note sous Civ. 1^{re}, 19 janvier 2012, n° 11-40.089, Civ. 1^{re}, 15 février 2012, n° 11-22.111 et n° 11-22.237, *RTD civ.* 2012, 303.

⁴ F. MONEGER (Dir.), *Gestation pour autrui : surrogate motherhood*, Congrès de Washington des 25-31 juillet 2010, Paris, Société de Législation comparée, 2011 ; M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

⁵ « *Quelle est la capacité de notre droit à poser des règles nationales dans un monde où tout est mis en concurrence, la norme juridique comme les marchandises ?* ». Cf. P. MURAT, « Le ministère public et les actes de l'état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui : annulation de la transcription recevable », *Dr famille* 2009, n° 15.

⁶ Obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 1988, p. 95 et 96.

devenir parents. Si l'intention de détourner le droit de la maternité est alors clairement identifiable, il reste à vérifier les autres symptômes de la maladie : pour qu'il y ait réel détournement, il faut aussi réunir un élément légal et un élément matériel.

A.- L'élément légal du détournement

L'élément légal du détournement, c'est la législation que l'on veut contourner. On fuit une loi trop répressive pour se voir appliquer une loi plus permissive. On trouve donc les *origines* du détournement dans les *interdits* du droit national.

1/ Les origines du détournement : les interdits du droit national

Dans le domaine des maternités pour autrui, le droit français appartient aux systèmes les plus restrictifs⁷. Le droit français interdit toute forme de maternité pour autrui⁸. Il estime que la convention de mère porteuse contrevient « *tant au principe de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui d'indisponibilité de l'état des personnes* »⁹, et que, par conséquent : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » (art. 16-7, C. Civ.)¹⁰. La position du droit français n'a pas été remise en cause en 2011 lors de la dernière retouche aux lois « bioéthique »¹¹. En dépit de certaines propositions¹², cette pratique reste interdite en France.

Dans ce combat, le droit français n'est d'ailleurs pas isolé. D'autres droits étrangers interdisent également clairement la maternité de substitution : l'Allemagne, l'Argentine, l'Autriche, le Danemark, l'Italie, Macao, le Portugal, la

⁷ Dès les années 1980, le Comité consultatif national d'éthique, et le Conseil d'État avaient considéré que le recours à la pratique des mères de substitution était illicite. Cf. « De l'éthique au droit », étude du Conseil d'État, 22 janvier 1988.

⁸ Civ. 1^{re}, 13 décembre 1989 : la Cour de cassation a même prononcé la nullité de l'association *Alma Mater* qui accueillait les mères porteuses et les mettait en relation avec des couples demandeurs.

⁹ Ass. Plén., 31 mai 1991, GA n° 49 ; D. 1991, 417, rapport H. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, concl. DONTENVILLE, note F. TERRE ; *Defrénois* 1991, 1267, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD civ.* 1992, 489, n. M. GOBERT ; *LPA* 23 octobre 1991, n° 127, p. 4, n. M. GOBERT.

¹⁰ Et encore que : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* » (Art. 16-1, C. Civ.) ; « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* » (Art. 16-5, C. Civ.) ; l'article 16-9, C. Civ., précise enfin que toutes ces dispositions sont d'ordre public. De même, les articles L. 2141-1 et L. 2141-2 du Code de la santé publique définissent l'opération de procréation médicalement assistée et affirment clairement que l'accès a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple et que le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

¹¹ Loi n° 2011-814, du 7 juillet 2011.

¹² A. MILON et H. DE RICHEMONT, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, rapport d'information au nom du groupe de travail de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat, présidé par M. ANDRE, sur la maternité pour autrui, 25 juin 2008.

Pologne, la Norvège¹³, la Serbie, la Suisse, certaines provinces du Canada¹⁴, le Québec¹⁵. Mais là, comme ailleurs, les problèmes se rejoignent : ce qui est interdit ici peut être permis ailleurs... À quoi sert-il alors d'interdire si les couples peuvent se rendre à l'étranger ? Et c'est bien là, à l'étranger, que le marché se développe... Le détournement du droit de la maternité trouve alors sa *cause* dans la *permissivité* de certains *droits étrangers*.

2/ Les causes du détournement : la permissivité des droits étrangers

Certains droits étrangers autorisent en effet la gestation pour autrui, et ce, de façon plus ou moins stricte. Par exemple le Canada (certaines provinces), la Grèce¹⁶, Israël, les Pays-Bas, le Royaume-Uni¹⁷, les États-Unis (certains États), l'Afrique du Sud, la Russie, l'Ukraine... Ces pays autorisent expressément la gestation pour autrui.

Dans la plupart des cas, celle-ci est toutefois soumise à des conditions spécifiques.

C'est ainsi, tout d'abord, que seuls les contrats à titre gratuit sont admis¹⁸ ; on doit également s'assurer du consentement réel de la mère porteuse, et l'exécution forcée des contrats est interdite. Les ovocytes doivent être fournis par la mère d'intention. À défaut, la tiers-donneuse ne peut en aucun cas être la mère porteuse. La mère porteuse, parfois, ne doit pas être mariée, ni avoir de lien de parenté avec les parents d'intention, ou encore elle doit avoir la même religion que la mère commanditaire. Pour éviter le tourisme procréatif, certains droits exigent également que les personnes concernées aient leur domicile dans le pays (Grèce, Israël).

¹³ Du moins à la date de notre intervention ; v. F. MONEGER, *op. cit.*, « Rapport de synthèse », p. 16 s.

¹⁴ La loi fédérale sur la procréation assistée de 2004 interdit la rétribution des mères porteuses et des intermédiaires.

¹⁵ De récentes décisions ont toutefois permis l'adoption d'enfants issus de la pratique de la maternité pour autrui. Selon le droit espagnol, seule une décision judiciaire établissant la filiation avec la mère d'intention et mentionnant la mère porteuse peut faire l'objet d'un exequatur en Espagne. Un simple acte d'état civil étranger ne sera pas admis comme titre valable pour l'inscription de la naissance d'un enfant né d'une mère porteuse. A. QUIÑONES ESCAMEZ, obs. sous *Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui*, BOE, n° 243, 7 octobre 2010, p. 84803-84805, *RCDIP*, 2011, p. 183.

¹⁶ Grèce, loi n° 3089 de 2002.

¹⁷ Au Royaume-Uni, la maternité pour autrui est régie par deux textes : le « *Surrogacy Arrangements Act* » de 1985 (SAA) et le « *Human Fertilisation and Embriology Act* » de 2008 (HFEA). L'art. 2 SAA interdit en principe le fait de servir d'intermédiaire rémunéré. Voir aussi K. PARIZER-KRIEF, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC* 2011, 645.

¹⁸ Canada : *Family Law Act* de 2003 de la province d'Alberta. V. aussi B. MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859.

Ensuite, une sorte d'homologation judiciaire est nécessaire, préalable ou concomitante à l'exécution du contrat. C'est le cas, par exemple, en Grèce, en Californie, en Afrique du Sud. La décision judiciaire permet ensuite que les actes de naissance soient dressés en mentionnant les parents d'intention comme parents légaux. Ainsi, la loi de l'État de Californie (*Family Act*) autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui¹⁹. Avant même la naissance des enfants, une décision judiciaire établit : que les parents d'intention sont les parents légaux²⁰ de l'enfant ; que la mère porteuse et son conjoint n'ont pas de droits à l'égard de l'enfant ; que le nom des parents commanditaires soit porté sur la déclaration de naissance. En Afrique du Sud également, le recours à une mère porteuse est autorisé depuis 2006 pourvu que ce ne soit pas à des fins commerciales, mais les parents d'intention doivent faire valider leur demande par la justice. Une décision du 27 septembre 2011 de la Haute cour de Pretoria a même autorisé un couple homosexuel marié à avoir recours à une mère porteuse. Aux Pays-Bas, seule une décision judiciaire peut transférer des droits de la mère porteuse aux parents d'intention. Au Royaume-Uni, le couple commanditaire peut saisir le juge dans les six mois de la naissance de l'enfant pour obtenir un « *parental order* » (ordonnance relative à l'autorité parentale) afin d'être considérés comme les parents de l'enfant, ce qui aura pour effet de faire cesser la parenté à l'égard de la mère. On peut voir, dans tous les cas, que la décision judiciaire entraîne une sorte de transfert de maternité. Parfois, néanmoins (Russie²¹, Ukraine), une décision judiciaire n'est même pas nécessaire et des actes de naissance, mentionnant les parents d'intention comme parents légaux, sont directement dressés, sans décision judiciaire.

Si ces exemples sont intéressants, il s'avère cependant que, statistiquement, peu de pays règlementent la maternité pour autrui, que ce soit négativement ou positivement. Le plus souvent, c'est un vide juridique qui prévaut, dont certains profitent sans scrupules. En Inde, par exemple, il n'y a pas de législation en la matière, seulement un code de bonne conduite (non normatif), ce qui laisse la voie entièrement libre à bien des exploitations. Ainsi, on le voit, le premier symptôme affectant le droit de la maternité tient donc dans la disparité des législations relatives à ses voies d'accès. Le deuxième symptôme réside dans certains *agissements matériels*.

¹⁹ À l'origine de cette législation : l'arrêt de la Cour suprême de Californie, *Johnson v/ Calvert* (1993) 5 Cal. 4th 84.

²⁰ Pour les juges, pour déterminer la mère légale, il faut se placer au moment de la conception de l'enfant pour en déduire qu'à cette date, seule la mère biologique (qui donne son ovule) avait l'intention d'être la mère de l'enfant.

²¹ Art. 51, al. 4, du Code de la famille : v. N. BOGDANOVA-PATAUD, J.-Cl., Dr. comp., v° Russie, fasc. 10, 2010, n° 99.

B.- Les éléments matériels du détournement

L'élément matériel du détournement, c'est le *moyen* utilisé pour échapper aux interdits du droit national.

1/ Les formes de détournements

Les formes de détournement sont multiples²² : on peut faire établir, à l'étranger, une filiation directement par la preuve génétique²³ (alors que l'appel à ce mode de preuve est souvent limité) ; la femme enceinte d'un enfant incestueux pourrait aller accoucher dans un pays permettant l'établissement de la filiation et revenir en France et demander la transcription de l'acte ; on pourrait recourir à une insémination *post-mortem*, voire peut-être au clonage²⁴ ... Une femme célibataire se fera inséminer à l'étranger, puis sa compagne adoptera l'enfant dont elle a accouché²⁵. S'il faut être marié pour pouvoir adopter ou recourir à une procréation médicalement assistée et qu'on ne peut se marier dans son pays (car prohibant le mariage homosexuel), alors on ira à l'étranger où la chose est permise, pour solliciter ensuite une procréation médicalement assistée ou une adoption. Un homme célibataire et homosexuel ne pourra pas, par définition, devenir père sans le recours à l'adoption ou à une mère porteuse. Il se rendra alors dans un pays qui permet l'opération, et ainsi de suite. Dans tous les cas, le tourisme procréatif permet d'obtenir légalement à l'étranger ce que l'on ne peut obtenir dans son pays d'origine. Mais quels effets en obtient-on ?

2/ Les effets du détournement

Dans la plupart des cas, les personnes ou les couples en désir d'enfant ont obtenu, à l'étranger, l'établissement d'un lien de filiation, filiation attestée par un acte de naissance ou un jugement. Mais la situation juridique ainsi obtenue à l'étranger est-elle reconnue en France ?²⁶

²² E. FONGARO, J. SAGOT-DUVAUROUX, « Le détournement et le droit international privé », *Droit et Patrimoine* 2011, n° 209, page 78.

²³ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, PUAM, coll. Berthold Goldman, 2006, n° 379 et suiv.

²⁴ G. SALAME, *op. cit.*

²⁵ Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, *Enfant Ana*, RCDIP 2010, 747, n. P. HAMMJE : « *La décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant ne heurte pas les principes essentiels du droit français* ». Une Française et une Américaine vivent ensemble aux USA, où elles sont unies par une convention de vie commune (*domestic partnership*). La partenaire américaine donne naissance à un enfant, à la suite d'une insémination artificielle par donneur anonyme. La Cour supérieure du Comté de Dekalb (Géorgie) prononce l'adoption de l'enfant par la partenaire française et ordonne que l'acte de naissance de l'enfant mentionne l'adoptante comme « parent ». L'adoptante française sollicite ensuite l'exequatur en France de ce jugement d'adoption. Il s'agissait alors de se prononcer sur les effets d'une décision étrangère d'adoption prononçant un partage de l'autorité parentale. On notera que, dans cette affaire, s'agissant d'une adoption simple, il y avait *partage* de l'autorité parentale et non *transfert* d'autorité parentale.

²⁶ Il fut d'abord un temps où la jurisprudence française ne sut comment exactement réagir lorsque la

Non. Pas à ce jour²⁷. Par 3 arrêts rendus le 6 avril 2011, dont l'un rendu dans la célèbre affaire *Menesson*²⁸, la Cour de cassation refusa de transcrire sur les registres français l'état civil d'enfants issus d'une gestation pour autrui conclue à l'étranger, la jugeant contraire à l'ordre public international. En Californie, à la demande d'un couple de Français (dont la femme était stérile), une mère porteuse avait été inséminée avec les gamètes du père commanditaire et d'une donneuse. Un jugement de la Cour suprême de Californie du 14 juillet 2000 avait établi que les parents d'intention seraient « père et mère des enfants à naître ». Après la naissance des enfants, le père demanda au Consulat de France en Californie la transcription de leurs actes de naissance sur les registres français, ce qui lui fut refusé, car il ne pouvait produire un certificat d'accouchement. Informé par le consulat, le parquet fit transcrire les actes, pour en demander ensuite l'annulation.

Par un arrêt du 17 décembre 2008, la Cour de cassation considéra que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le Ministère public justifiait d'un intérêt pour agir en nullité des transcriptions. Statuant sur renvoi, la

convention de mère porteuse avait été conclue à l'étranger, considérant parfois le contrat comme valable, car non obligatoire... ce qui fut amplement critiqué : not. C. LABRUSSE-RIOU, sous CA Paris, 15 juin 1990, *RCDIP* 1991, 712. Un enfant était né aux États-Unis en 1987 d'une mère américaine, non dénommée dans l'acte de naissance, avec laquelle un couple français, domicilié en France, avait passé un contrat de gestation pour autrui. Il avait déjà eu recours à la même femme pour un premier enfant dont l'adoption en France n'avait pas fait l'objet de difficultés. Deux décisions américaines ont entériné : 1/ un accord entre la mère et le père naturels mettant à la charge du second la garde et l'entretien des enfants ; 2/ l'abandon par la mère de ses droits sur l'enfant, leur suppression et leur transfert au profit du père. L'épouse du père sollicita ensuite l'adoption plénière devant le Tribunal de grande instance de Paris, qui refusa de la prononcer. Mais la Cour d'appel infirma ensuite le jugement. Aucun pourvoi dans l'intérêt de la loi ne fut formé contre cet arrêt.

²⁷ CA Rennes, 4 juillet 2002 : un couple non marié a fourni ses propres gamètes et passe contrat avec une mère porteuse en Californie. Deux petites filles naissent, enfants biologiques du couple. Les enfants ont été déclarés à l'état civil comme ayant pour père et mère le couple français. Les actes de naissance des enfants ont été transcrits sur les registres du consulat de France à San Francisco, mais pas sur les registres de Nantes. Les enfants ont ensuite été reconnues en France par application du droit français. Le Ministère public avait agi en nullité de la reconnaissance de la mère, demande accueillie par une décision des juges de Nantes et confirmée en appel, en reprenant la solution des arrêts de cassation (violation des principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes). Les juges ont estimé que ce processus constituait un détournement des règles de la filiation maternelle et avait pour objet d'éviter une adoption prohibée, alors que l'adoption est une institution ayant pour finalité de donner une famille à des enfants qui n'en ont pas et non de créer des enfants abandonnés. Voir aussi Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, avec un nouvel attendu de principe au visa de l'art. 16-7, C. civ. : « 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'adoption ».

²⁸ CA Paris, 25 octobre 1997, *Menesson* ; Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *D.* 2009, 340, n. L. BRUNET ; *JCP G* 2009, II, 10020, n. A. MIRKOVIC ; 10021, n. L. D'AVOUT ; *Dr. fam.* février 2009, n° 15, n. P. MURAT ; *Gaz. Pal.*, 31 décembre 2008/ 3 janvier 2009, p. 18, n. B. WEISS-GOUT ; *JDI* 2009, 577, n. S. BOLLEE ; *RCDIP* 2009, 320, n. P. LAGARDE ; Civ. 1^{re}, 6 avril 2011 (3 arrêts), n° 09-66486, 10-19053 (affaire *Menesson*), et 09-17130 (affaire *Labassée*), *JCP G* 2011, p. 734, n. F. VIALLA et M. REYNIER ; *AJ Fam.* 2011, 262, obs. CHENEDE ; *AJ famille* 2011, 265, obs. B. HAFTEL ; *AJ famille* 2011, 266, interview M. DOMINGO ; *D.* 2011, 1522, n. D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *AJCT* 2011, 301, obs. S. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2011, 340, obs. J. HAUSER ; *RCDIP* 2011, 722, n. P. HAMMJE.

cour d'appel Paris, 18 mars 2010, considère que l'arrêt de la Cour suprême de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international et qu'il y a lieu d'annuler les transcriptions des actes sur les registres français. Toutefois la cour précise que l'absence de transcription n'a pas pour effet de priver les deux enfants de leur état civil américain et de remettre en cause le lien de filiation qui leur est reconnu à l'égard des époux Mennesson par le droit californien.

Le second pourvoi, formé par le couple Mennesson, fut à son tour rejeté par la Cour de cassation, le 6 avril 2011. La Cour de cassation refusa, pour contrariété à l'ordre public international français, de reconnaître en France l'état civil d'enfants nés à l'étranger par le biais d'une convention de gestation pour autrui conclue par un couple français²⁹. Sur le même fondement (de contrariété à l'ordre public international), elle refusera d'ailleurs (pour un temps) l'exequatur de deux jugements d'adoption par des personnes de même sexe (Civ. 1^{re}, 7 juin 2012)³⁰.

Mais si la Cour de cassation s'oppose ainsi clairement aux gestations pour autrui ou aux adoptions par des couples homosexuels, plus récemment, d'autres juridictions semblent cependant donner satisfaction aux adeptes du tourisme procréatif³¹. À l'origine de ces affaires, un homme célibataire avait conclu une

²⁹ Dans une autre affaire, et dans un arrêt du 26 février 2009, la cour d'appel de Paris revient sur sa position estimant que les jugements américains qui avaient validé une convention de mère porteuse étaient « *contraires à la conception française de l'ordre public international dont il ne peut être valablement soutenu qu'elle conduit à la méconnaissance des dispositions de l'art. 8 CEDH, pas plus que de l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

³⁰ Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30261 et n° 11-30262, « Deux arrêts mort nés », *RCDIP* 2013, 587, n. L. GANNAGE ; *JCP N* 2012, 32, obs. H. PEROZ ; *D.* 2012, 1992, n. D. VIGNEAU ; *RJF* 2012, 8, n. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JCP N* 2012, 49, obs. J.-D. AZINCOURT ; *JCP G* 2012, 1439, n. F. CENEDE ; *ibid.* avis de l'avocat général C. PETIT ; *RTD civ* 2012, 522, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2012, 30, n. M.-C. LE BOURSICOT. D'après la Cour de cassation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe, est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation. Dans un cas, il s'agissait d'un couple domicilié au Royaume-Uni, dont l'un était britannique et l'autre français. Dans le second, les deux avaient la nationalité franco-canadienne et résidaient au Canada. La Cour européenne des droits de l'Homme, de son côté, a refusé de permettre l'adoption par une femme homosexuelle de l'enfant mis au monde par sa compagne : Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *RTD civ.* 2012, 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2012, 1241, obs. I. GALLMEISTER, n. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ famille* 2012, 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC. Elle n'y a vu aucune violation des articles 8 et 14, combinés, de la convention, car la situation est la même pour les couples hétérosexuels non mariés (adoption interdite). En revanche, dans une affaire quelque peu différente mettant en cause l'État autrichien, les juges concluent à la violation de ces textes, du fait notamment que le droit autrichien autorise l'adoption de l'enfant de l'autre pour tous les couples, mariés ou non, mais distingue entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, auxquels il refuse l'adoption : Cour EDH, gr. ch., 19 février 2013, *X. c/ Autriche*, *RTD civ.* 2013, p. 329, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Revue Lamy* 2013, 37, obs. G. PUPPINCK ; *RJPF* 2013, 11, n. M.-C. LE BOURSICOT.

³¹ Conseil d'État, ord. 4 mai 2011, *D.* 11 mai 2011, *Actualités*. Le juge du référé-liberté, se fondant sur l'art. 47 C. civ., semble admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du code de justice administrative. Le juge relève par ailleurs que la mère des

convention de mère porteuse en Inde et deux enfants en étaient nés. Puis il demanda les papiers nécessaires à leur voyage et demanda la transcription des actes de l'état civil. Le Conseil d'État, de son côté, décida en référé que les enfants nées à l'étranger d'un ressortissant français, fût-ce d'une gestation pour autrui, devaient pouvoir obtenir un passeport³². De leur côté, certains juges du fond de l'ordre judiciaire ont admis que « *l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger d'une mère porteuse doit être retranscrit sur les registres d'état civil* »³³, « obligation » que la fameuse « circulaire Taubira » semble, à tort plus qu'à raison, confirmer³⁴.

Tout ceci, on s'en doute, sème le trouble. Comment y remédier ?

II.- Les traitements *contre* les détournements du droit de la maternité

Contre les détournements du droit de la maternité, on peut administrer un traitement de choc, mais certains effets secondaires, voire indésirables, peuvent apparaître.

deux filles avait exprimé le souhait qu'elles soient élevées par leur père en France et que « *la circonstance que la conception de ces enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'art. 3-1 de la CIDE, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions le concernant* ». Le juge administratif prend soin de rappeler qu'il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de se prononcer sur le bien-fondé du refus de transcription des actes de naissance et que seule l'autorité judiciaire est compétente pour se prononcer sur une contestation relative à la nationalité.

³² Voir aussi, dans une affaire analogue : CE, 8 juillet 2011, réf. n° 350486, *AJ Famille*, octobre 2011, 499, obs. F. MILOUDI, « La gestation pour autrui : un refus circonstancié ? ». Dans cette autre affaire, le Conseil d'État semble prendre le contre-pied de sa propre jurisprudence (Conseil d'État, 4 mai 2011) et se présenter comme le prolongement des arrêts de la Cour de cassation (6 avril 2011). Cependant, ce sont ici les « *contradictions et les incertitudes de l'espèce* » qui semblent avoir conduit à annuler l'ordonnance (cf. mère supposée ayant renoncé à ses droits parentaux dans un acte notarié, tout en attestant par ailleurs qu'elle n'a jamais été enceinte ni avoir accouché...); il était alors impossible d'identifier la mère ni d'établir sa volonté de renoncer à l'exercice de l'autorité parentale.

³³ CA Rennes, 21 février 2012, *D.* 2012, Actualités 6 mars 2012, obs. N. LE RUDULIER. Les actes de naissance des enfants avaient été dressés en Inde. Le père d'intention (en même temps le père biologique) en demande la retranscription sur les registres français, ce qui lui est accordé par les premiers juges, ainsi que par les seconds : « *Dès lors qu'il satisfait aux exigences de l'art. 47 du Code civil et sans qu'il y ait lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel que l'intérêt de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain, l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger d'une mère porteuse doit être retranscrit sur les registres d'état civil* ».

³⁴ Circulaire du 25 janvier 2013, Min. Justice, circ. n° NOR JUSC1301528C ; J.-R. BINET, « Circulaire Taubira.- Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP G* 2013, 161 ; N. MATHEY, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », *JCP G* 2013, act. 162, Libres propos.

A.- Le traitement de choc

Lorsque l'opération de gestation pour autrui est effectuée en France, le droit français prévoit des sanctions pénales (atteintes à la filiation : art. 227-12 et 227-13, C. Pén.) et civiles (nullité : des associations entremetteuses, dont l'objet est illicite ; nullité absolue des contrats).

Mais lorsque l'opération est réalisée à l'étranger, ces sanctions sont inefficaces. La loi pénale française ne s'applique qu'aux infractions commises sur le territoire de la République ou aux délits commis par des Français hors du territoire si les faits sont punis par la législation du pays où ils sont commis (art. 113-2 et 113-6, C. pén.)... Ce qui n'était pas le cas dans les espèces envisagées. Sur le terrain civil, la prohibition de la maternité pour autrui entraîne l'impossibilité d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la mère d'intention, que ce soit par la voie de l'adoption (Ass. Plén., 31 mai 1991), d'une reconnaissance (Rennes, 4 juillet 2002) ou de la possession d'état (TGI Lille, 22 mars 2007).

Mais là encore, un acte d'état civil, voire un jugement ont été dressés à l'étranger, conformément à la loi étrangère. Un droit a été acquis à l'étranger. Il ne s'agit donc plus *d'établir* la filiation, mais de *reconnaître* un lien déjà établi. Or, on doit en principe donner foi à l'acte d'état civil dressé à l'étranger conformément à la loi étrangère, sauf si l'acte est irrégulier, falsifié ou si les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité (article 47 du Code civil)³⁵. Mais, dans les espèces qui nous préoccupent, l'acte était bien régulier selon la loi locale, et ne dissimulait rien quant à la convention de mère porteuse.

Ensuite, si l'on se place sur le terrain de la reconnaissance des jugements, les obstacles sont également peu nombreux, car, depuis quelques années, le juge ne contrôle plus la loi étrangère appliquée³⁶. Une décision étrangère pourra cependant ne pas produire d'effet en France : si ce juge n'avait pas de liens caractérisés avec la situation (mais au sein de l'UE, le contrôle de la compétence d'origine a été supprimé) ; si elle est contraire à l'ordre public international ; si le juge étranger a été saisi frauduleusement. La condition relative à l'ordre public international a d'abord eu la préférence du droit positif : « *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*

³⁵ La transcription n'est pas une condition de l'opposabilité de l'acte civil étranger concernant un Français (IGEC n° 490), sauf pour le mariage d'un Français à l'étranger (cf. article 171-5 et suiv., C. Civ.) ; il suffit qu'il soit traduit et légalisé (IGEC n° 592 et s.) Mais cela reste peu pratique et la force probante de l'acte étranger pourra toujours être contestée en France ; l'acte de l'état civil étranger n'a pas une valeur absolue.

³⁶ Depuis l'arrêt *Cornelissen* (Civ. 1^{re}, 20 février 2007), les chefs de contrôle sont extrêmement réduits et le juge français ne contrôle plus la loi appliquée par le juge étranger. Peu importe, alors, que le droit étranger permette ou ne permette pas la gestation pour autrui, du moment que la situation de fait est entérinée dans une décision de justice.

droit français. »³⁷ Pour qu'ils ne produisent pas d'effets en France, la sanction du droit français va alors consister à évincer (écarter) la loi étrangère ou le jugement étranger en raison de leur contrariété à l'ordre public international³⁸. L'acte de naissance ne sera alors pas transcrit sur les registres français de l'état civil. La condition relative à l'absence de fraude, curieusement délaissée dans un premier temps par le juge, vient récemment d'apporter un nouveau fondement aux juges toujours hostiles à la reconnaissance des opérations de gestation pour autrui³⁹.

Ces solutions radicales entraînent toutefois un certain nombre d'effets secondaires.

B.- Les effets secondaires du traitement et les incompatibilités

Les différentes affaires soumises à l'examen des juges révèlent en effet la mise en jeu de plusieurs principes du droit français ou intérêts *a priori* incompatibles entre eux. Parmi ces principes ou intérêts, on invoque tout d'abord les principes essentiels du droit français, puis l'intérêt supérieur de l'enfant.

1/ Les principes essentiels du droit français

Le rejet des maternités pour autrui étrangères repose, selon la jurisprudence, sur leur contrariété aux principes essentiels du droit français (ce qui les rend contraires à l'ordre public international) : « *il est contraire au principe d'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* »⁴⁰. Il y a des conceptions auxquelles le for ne peut pas renoncer.

³⁷ Cf. arrêts du 6 avril 2011, *op. cit.*

³⁸ Évincer la loi ou le jugement étranger, c'est écarter le droit en principe applicable, par le biais de deux mécanismes : celui de la contrariété à la conception française de l'ordre public international ou celui de la fraude à la loi. On attribue traditionnellement trois fonctions au mécanisme d'éviction pour contrariété à l'ordre public international : empêcher le trouble qu'apporterait l'application de normes étrangères dont le contenu heurte les conceptions dominantes dans l'ordre juridique du for ; défendre les principes qui, sans être universels, constituent les fondements politiques, sociaux de la civilisation française ; permettre la sauvegarde de certaines politiques législatives. L'éviction de la norme étrangère pour fraude à la loi permet, quant à elle, de sanctionner la manipulation délibérée des rattachements ou objets des règles du droit international privé.

³⁹ Civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *D.* 2013, 2384, n. M. FABRE-MAGNAN ; *LPA* 2013, p. 7, n. V. LEGRAND ; *JCP G* 2013, 1731, obs. A. MIRKOVIC : « *Vu les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ensemble l'article 336 du même code ; - Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés* ». Voir aussi H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Dans les limbes du droit », *D.* 2013, chron. 2349.

⁴⁰ Cf. arrêts du 6 avril 2011, *op. cit.*

Dans le cas des maternités pour autrui, c'est le principe d'indisponibilité de l'état des personnes qui est qualifié d'essentiel. Plus précisément, toutefois, la gestation pour autrui contrevient au principe selon lequel la mère de l'enfant est celle qui accouche, principe essentiel en droit de la filiation, fondé sur l'adage « *mater semper certa est* »⁴¹.

Tout le droit de la filiation repose sur la filiation maternelle. Ce fondement est encore plus fort dans un contexte international, puisque l'article 311-14 du Code civil fait dépendre l'établissement d'une filiation de la loi personnelle de la mère au moment de la naissance de l'enfant. La gestation pour autrui rend ce fondement illisible⁴² et pose la question très troublante de la définition de la maternité.

Ce principe essentiel du droit français de la filiation semble toutefois incompatible avec certains intérêts que le droit français doit protéger⁴³.

2/ L'intérêt supérieur de l'enfant

Ne pas reconnaître l'état civil d'un enfant né d'une gestation pour autrui serait en effet contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁴, qui ne pourrait faire valoir ses droits les plus fondamentaux. Il ne pourra acquérir ni nationalité française, ni titre de séjour, ni document de voyage, ni droit successoral... Laisse dans l'incertitude de sa filiation, du moins laissé dans une situation juridique boiteuse (valable dans un pays, mais pas dans l'autre), il ne pourrait avoir de vie familiale normale...

La supériorité des droits et libertés fondamentaux pourrait-elle alors conduire à devoir accepter toute situation créée à l'étranger⁴⁵ ? Cela équivaudrait à faire prévaloir une politique législative étrangère contraire à une politique législative du for⁴⁶... Par ailleurs, il serait paradoxal que les efforts accomplis dans le domaine de l'adoption internationale pour lutter contre la marchandisation des

⁴¹ F. TERRE, « *Mater semper certa est*. Un débat incertain ou prématuré ? », *JCP G*, n° 26, 22 juin 2009, 62.

⁴² A. MIRKOVIC, sous Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *JCP* 2009, II, 10020.

⁴³ Mais les arrêts du 13 septembre 2013 (*op. cit.*) n'y font pas référence.

⁴⁴ L'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant se déduirait de plusieurs textes internationaux : art. 3 CIDE : « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». L'art. 7 CIDE, consacre aussi, dans la mesure du possible, le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux (mais le texte ne dit pas si les parents doivent être les parents biologiques).

⁴⁵ CA Rennes, 21 février 2012, *D.* 2012, *Actualités* 6 mars 2012, obs. N. LE RUDULIER : dès lors qu'il satisfait aux exigences de l'art. 47 du Code civil et sans qu'il y ait lieu d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel que l'intérêt de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain, l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger d'une mère porteuse doit être retranscrit sur les registres d'état civil.

⁴⁶ L. D'AVOUT, sous Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *JCP* 2009, II, 10021.

enfants soient remis en cause sur le terrain des gestations pour autrui au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.⁴⁷ Or, l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée mérite une protection analogue à celle que le droit positif prévoit au bénéfice de l'enfant dont il autorise l'adoption⁴⁸. Enfin, reconnaître la *réalité sociale* n'impose pas nécessairement de reconnaître un *lien juridique*⁴⁹ (c'est d'ailleurs la position choisie par la Cour de cassation).

On pourrait encore trouver bien d'autres motifs de s'inquiéter : la gestation pour autrui présenterait des dangers pour les femmes⁵⁰ ; que se passe-t-il si l'enfant naît handicapé ? Sur quel fondement pourrait être engagée la responsabilité du médecin ayant procédé à la procréation médicalement assistée ? Renseigner sur les risques encourus à l'étranger entre-t-il dans le domaine de l'obligation d'information du médecin ?⁵¹

Une dernière difficulté tient au respect du principe de libre circulation des personnes au sein de l'UE. En cas de conflit de nationalités entre deux nationalités de l'UE, on ne peut faire prévaloir ni la nationalité du for, ni la nationalité effective, au risque, sinon, de heurter le principe de libre circulation des personnes dont bénéficie tout citoyen de l'Union (art. 18 TCE)⁵². Ainsi, si un Français ayant

⁴⁷ P. HAMMJE, sous Civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *op. cit.*

⁴⁸ L'art. 370-5 du Code civil, sur les effets d'une adoption prononcée à l'étranger, peut soulever une difficulté inattendue. Le texte prévoit une substitution des effets de l'adoption française à ceux fixés par le jugement étranger : l'adoption produit alors les effets prévus par la loi française ; mais, parmi les dispositions françaises, figure l'art. 365 du Code civil, qui prévoit un *transfert* de l'autorité parentale. La Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010) censure alors une fausse application de l'art. 370-5 : elle exclut les effets de l'adoption relatifs à l'autorité parentale du domaine de ce texte, car ils ont déjà été fixés par un jugement étranger.

⁴⁹ Dans l'affaire *Wagner*, par exemple, le refus de reconnaître des liens effectifs de famille valablement créés à l'étranger a été considéré comme contraire à l'art. 8 CEDH. La Cour semble alors privilégier la réalité sociale, mais elle ne semble pas imposer *a priori* la création d'un statut légal. V. Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner*, req. n° 76240/01, D. 2007, 2700, n. F. MARCHADIER. *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RCDIP* 2007, 807, pbs. P. KINSCH.

⁵⁰ Dangers pour la mère porteuse, engageant son corps et son psychisme ; dérive financière : il est en effet probable que ce soient les femmes les plus démunies et les plus vulnérables qui proposeront leurs « services ». Voir l'étude du Conseil d'État sur la révision de la loi bioéthique 2009 (p. 47-55 du rapport). Le Comité consultatif national d'éthique recommande également de ne pas légaliser la pratique (avis du 6 mai 2010) ; F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *RDC* 2008/2, 545.

⁵¹ Civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-18327 : « *le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu'en vertu de l'art. 1382 du Code civil le juge ne peut laisser sans réparation* ». Cet arrêt a été rendu au visa des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain et de l'art. 1382, C. Civ.

⁵² Arrêt CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*. La décision était relative à la transmission du nom de famille. La Cour a considéré que le statut de citoyen de l'Union, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, et la liberté de circulation au sein de l'Union, s'opposent à ce que l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable au changement de nom d'enfants mineurs dans la mesure où ces enfants disposaient d'une double nationalité, et où la seconde nationalité (qui n'était pas celle dont les autorités étaient requises) permettait de changer de nom (et aussi d'adopter un double nom composé du nom de la mère et du nom du père). Voir aussi CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, *Haddadi*. La décision était ici relative à

également la nationalité d'un autre État membre se rendait dans un État membre (Grèce, UK) autorisant la gestation pour autrui, on devrait ensuite reconnaître cette situation créée dans l'autre État membre. Les possibilités de détourner la loi se trouvent alors amplifiées dans le cadre de l'UE.

Comment alors concilier l'interdit de certaines procréations médicalement assistées et l'intérêt de l'enfant ? Certaines propositions ont été faites, pour le droit interne, mais aussi pour le droit international.

Pour ne pas défavoriser les enfants issus de gestations pour autrui, certains auteurs proposent alors de dissocier la question du contrat de mère porteuse, et celle du statut des enfants, allant jusqu'à admettre une sorte de *filiation putative* maintenant la filiation maternelle de l'enfant malgré l'illicéité du contrat⁵³. À défaut d'établir un lien de filiation, la voie de la parentalité (avec un partage de l'autorité parentale entre le père et la mère d'intention) permettrait aussi d'offrir une solution de compromis⁵⁴.

D'autres encore, à défaut de règle de conflit en la matière⁵⁵, proposent de transposer, cette fois, les solutions du droit de l'adoption internationale aux « procréations médicalement assistées transfrontières »⁵⁶. Dans ce domaine, il est

la compétence juridictionnelle en matière de divorce et à l'application de l'article 3 du Règlement de Bruxelles II Bis (Règlement n° 2201/2003/Conseil d'État, 27 novembre 2003). Le texte se réfère, entre autres, à la nationalité commune des deux époux, pour la détermination du for compétent. Mais ici les époux avaient, tous les deux, la double nationalité hongroise et française. La CJCE décide, sans trancher le conflit de nationalités, que les époux peuvent saisir, selon leur choix, la juridiction de l'État membre devant lequel le litige sera porté.

⁵³ P. LAGARDE, note sous Civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *RCDIP* 2009, p. 329.

⁵⁴ Civ. 1^{re}, 24 février 2006 : la Cour a accepté la délégation d'autorité parentale à la partenaire « pacsée » qui élève les enfants avec sa compagne. V. F. MONEGER (Dir.), *op. cit.*, spéc. p. 163.

⁵⁵ K. BORTOLOTTI, *Les effets en France d'une procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger*, mémoire Paris II, sous la direction de Jacques Foyer, 2002 : le consentement à la procréation médicalement assistée devrait, pour éviter tout « *procréation médicalement assistée shopping* », être soumis cumulativement à la loi des parents demandeurs et à la loi du lieu d'exécution de l'opération dont l'aval est indispensable à la réalisation de tout acte médical (l'éventail des technologies possibles serait aussi soumis à cette seconde loi). Cela permettrait de rendre compte de l'aspect conventionnel de l'opération et du nécessaire respect des dispositions impératives de l'État où est elle menée. Pour les effets de la procréation médicalement assistée on appliquerait cumulativement la loi du lieu d'exécution et les lois régissant la filiation (311-14 et suiv.), notamment par souci d'intégration de l'enfant au sein de la famille ou de la société.

⁵⁶ G. SALAME, *op. cit.*, n° 440, n° 452. Selon la jurisprudence *Torlet*, « *les conditions comme les effets de l'adoption internationale sont régis lorsque l'adoption est demandée par une seule personne par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté* » (Civ., 7 novembre 1984, *RCDIP* 1985, 533, n. SIMON-DEPITRE ; *JDI* 1985, 434, n. H. GAUDEMET-TALLON ; *D.*, 1985, 459, n. POISSON-DROCOURT ; *Deffrénois* 1985, p. 1006, obs. MASSIP). La loi du 6 février 2001 a repris l'essentiel de cette jurisprudence : la loi nationale des adoptants reste la loi de formation du lien : art. 370-3, C. civ. (application de la loi nationale de l'adoptant ou de la loi des effets de leur union). La consultation de la loi des demandeurs à une procréation médicalement assistée pourrait se substituer à la loi des adoptants. Pour la loi de l'enfant : si l'enfant est placé, on consulterait la loi de l'État de l'institution qui a pris l'enfant en charge. Par analogie, pour les procréations médicalement assistées, on pourrait appliquer la loi de l'État où sont détenus les gamètes.

vrai, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1998) offre un cadre de protection des plus complets⁵⁷. Ce texte ne permet pas de consacrer un « droit à l'enfant » quand la loi nationale l'interdit, il exige que l'adoption soit conforme à l'intérêt de l'enfant et que les conditions relatives au consentement soient réunies. Le tout est contrôlé par le biais d'autorités centrales agissant de concert.

La proposition, si elle ne fait pas l'unanimité⁵⁸, reste séduisante. Ainsi, par transposition, une procréation médicalement assistée ne serait pas possible si, par exemple, la loi personnelle du parent d'intention ou la loi de l'enfant interdisait cette pratique⁵⁹. Par conséquent, au lieu de devoir gérer, *en aval*, les filiations des enfants déjà nés et issus d'une procréation médicalement assistée transfrontière interdite, on traiterait, *en amont*, la naissance même du phénomène. Un traitement curatif, plutôt inefficace, s'effacerait ainsi au profit d'un traitement préventif que l'on espère plus prometteur...

Il ne s'agit là que de quelques pistes et propositions ; il pourrait y en avoir d'autres. Mais, entre le « possible et le souhaitable »⁶⁰, il est, dans ce domaine, difficile de choisir...

⁵⁷ La convention impose le passage par l'autorité centrale de l'État des adoptants. La convention empêche ainsi la constitution d'une situation de fait à laquelle il serait difficile de ne pas attacher des effets de droit par la suite.

⁵⁸ Conclusions et recommandations des 17-25 juin 2010 de la Commission spéciales sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (disponible sur le site de la Conférence de La Haye : http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_f.pdf).

⁵⁹ Par exemple, lorsque le don de paternité/maternité n'emporte pas, en vertu de la « loi du lien » les conséquences (anonymat, identification, lien avec l'enfant) auxquelles pouvaient s'attendre les donneurs dont le consentement était déterminé par la législation de l'État de localisation du centre médical, il serait possible de refuser l'accès à l'assistance médicale. Cf. G. SALAME, *op. cit.*, n° 452.

⁶⁰ Cf. F. VIALLA, lors de son intervention.