



**HAL**  
open science

# La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français

Caroline Siffrein-Blanc

► **To cite this version:**

Caroline Siffrein-Blanc. La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français. Dalloz Actualité, 2011, n° 09-17.130. hal-02101354

**HAL Id: hal-02101354**

**<https://amu.hal.science/hal-02101354>**

Submitted on 16 Apr 2019

**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.

Dalloz actualité 14 avril 2011

## La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français

Civ. 1re, 6 avr. 2011, FP-P+B+R+I, n° 09-66.486

Civ. 1re, 6 avr. 2011, FP-P+B+R+I, n° 10-19.053

Civ. 1re, 6 avr. 2011, FP-P+B+R+I, n° 09-17.130

C. Siffrein-Blanc

### Résumé

Le refus de la transcription d'une décision étrangère sur les actes d'état civil, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français, suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Il en est ainsi de la décision qui faisant produire effet à une convention de gestation pour autrui même licite et reconnue dans le pays étranger, est contraire au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ce même principe fait aussi obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation, dès lors qu'elle est la conséquence d'une telle convention.

Après plus d'une décennie de débats sur la question des effets juridiques, en France, d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, la Cour de cassation a, par trois arrêts de principe du 6 avril 2011, statué sur les effets pouvant être reconnus sur le sol français, de conventions de mère porteuse, interdites en France, mais licites dans le pays où elles sont intervenues.

Dans les trois cas soumis à l'examen de la Cour, des époux français qui ne pouvaient pas avoir d'enfant, ont conclu conformément au droit américain, une convention de gestation pour autrui, homologuée par le juge étranger, prévoyant qu'après la naissance de l'enfant, ils seraient déclarés dans les actes d'état civil étrangers être les parents de cet enfant (père et mère). Dans le premier dossier (pourvoi n° 09-66.486), le parquet a limité, dès l'origine, sa demande d'annulation de la transcription à la seule mention relative à la filiation maternelle de l'enfant ; en revanche, dans le deuxième dossier (pourvoi n° 10-19.053), le ministère public a demandé l'annulation de la transcription de l'acte d'état civil français en son entier ; enfin, le troisième dossier (pourvoi n° 09-17.130), est un peu différent, la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant sur les registres français ayant été refusée par le consulat, à leur retour en France, les époux ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard, dont ils ont demandé en justice la transcription sur les registres des actes d'état civil. Dans ces trois cas, les cours d'appel ont annulé ces transcriptions ou en ont refusé la transcription en France en considérant que l'ordre public français s'y opposait. Ainsi deux questions essentielles étaient posées à la Cour. La reconnaissance, en France, d'actes d'état civil d'enfants issus d'une gestation pour autrui régulièrement mise en œuvre à l'étranger est-elle contraire à la conception française de l'ordre public international ? Dans l'affirmative, l'intérêt supérieur de l'enfant (Conv. de New York, art. 3, § 1<sup>er</sup>) ou le droit à une vie de famille (Conv. EDH, art. 8) permettent-ils d'écarter les effets de cette contrariété à l'ordre public ?

**Sur l'ordre public international français**, la Cour de cassation a considéré qu'était « justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ». Elle poursuit en affirmant « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil » (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> espèce). Enfin, elle juge que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, fait aussi obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation, dès lors qu'elle est la conséquence d'une telle convention même si celle-ci était licite et reconnue dans le pays étranger (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, pourvoi n° 09-17.130, 3<sup>e</sup> espèce).

En reprenant sa définition de l'ordre public consacrée par son arrêt du 8 juillet 2010 (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; RTD. civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; Rev. crit. DIP 2010. 747, note P. Hammje), la haute juridiction apporte un éclairage sur la teneur de ces principes essentiels, en reconnaissant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes comme l'un d'entre eux. Cela traduit l'idée que la notion d'ordre public n'est pas réservée à la sauvegarde des seuls droits fondamentaux. Il doit également servir à la défense de certaines valeurs spécifiques au « droit français », sous-entendu de conception et d'origine nationales, tels certains choix sociétaux par exemple. (P. Hammje, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, préc.). Une dernière difficulté demeure, celle de cerner la portée du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Par ces arrêts, la Cour se refuse d'atténuer les effets de l'ordre public à des français, du seul fait qu'une situation ait été acquise en pays étranger. Qu'en serait-il si les parents étaient étrangers et obtenaient *a posteriori* la nationalité française ? Par un jugement du 10 février 2011, le tribunal de grande instance de Nantes a reconnu l'acte de naissance californien d'un enfant ayant acquis depuis peu la nationalité française. Le tribunal a estimé que l'enfant tenait de sa nationalité française le droit à un acte de naissance français, fût-il né d'un contrat de gestation pour autrui illicite au sens de l'article 16-7 du code civil. Les juges ont considéré que « les "accords" judiciairement entérinés par la juridiction californienne, qui pourraient être contraires à la loi française, avaient été conclus en territoire étranger, en 2001, entre des ressortissants étrangers non concernés par la législation française et qu'on ne pouvait envisager d'appliquer les conséquences d'une loi de police française interne à leurs agissements passés, d'autant moins à un enfant né à l'étranger avant l'acquisition de la nationalité française ». Tout en reconnaissant l'acte de naissance, le tribunal de grande instance a cependant refusé la transcription de la mention

du deuxième père au motif que les mentions de deux parents de même sexe sont contraires à l'ordre public français.

**Quant aux impératifs des conventions internationales**, la cour estime qu'une « telle situation qui ne prive pas l'enfant d'une filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les requérants, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3, § 1, la Convention internationale des droits de l'enfant ».

La Cour laisse entendre que « l'intérêt supérieur de l'enfant » serait préservé par le maintien des liens de filiation reconnus par le droit étranger et ce en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation (difficultés d'autant plus grandes que pour les deuxième et troisième dossiers ni le lien paternel ni le lien maternel bénéficie d'une transcription à l'état civil : V. G. De Geouffre de la Pradelle, note sous Paris, 18 mars 2010, D. 2010. Jur. 1683 : la difficulté de faire valoir en France leur état civil américain, la difficulté d'établir leur nationalité française et par là-même de séjourner sur le territoire français ; auquel s'ajoute l'impossibilité de succéder à leurs parents).

Cependant en statuant différemment, la Cour de cassation aurait consacré le fait accompli et complètement bousculé les rapports de force qui existent à ce jour entre le droit étranger, le droit international et le droit national. Or, le défi concerne d'abord les sources du droit, « car au-delà de la question de la gestation pour autrui, ce qui est questionné c'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 » (P. Murat, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, Dr. fam. 2009, n° 15). Comme l'écrit fort bien Jean Hauser, « reconnaître le fait accompli conduirait, dans bien d'autres domaines, à abandonner tout jugement d'ordre éthique car on trouvera toujours une législation qui permet à peu près tout et des parents qui utiliseront ces législations plus permissives pour se libérer du droit français » (J. Hauser, obs. Paris, 18 mars 2010, RTD civ. 2010. 317).

**Le refus interne de légaliser la gestation pour autrui.** Ainsi, en refusant le fait internationalement accompli, la Cour défend certaines politiques législatives françaises. À ce titre, elle rappelle, par l'utilisation des termes « en l'état du droit positif », qu'elle se prononce en considération de la législation en vigueur au jour où elle statue. Or, si la question de légalisation de la gestation pour autrui demeure débattue, dans la perspective de la révision des lois de bioéthique, l'Assemblée nationale comme la commission des affaires sociales (29 mars 2011, Dalloz actualité) s'y sont opposées.

**Quelles solutions pour l'avenir ?** Si le refus de transcription peut efficacement préserver l'interdiction de la gestation pour autrui, elle sanctionne nécessairement les enfants pénalisés par les circonstances de leur engendrement, malgré ce que peut en dire la Cour. Dès lors, comment concilier l'interdit et l'intérêt de l'enfant. Le professeur M. Murat a écrit, « la seule manière de concilier les droits de l'enfant et le refus de réduire une femme à être une simple « couveuse » passe par le maintien de nos prohibitions, doublé d'une acceptation de l'adoption simple » (P. Murat, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, préc.). Toutefois, la voie de la possession d'état venant d'être écartée (pourvoi n° 09-17.130), celle de l'adoption risque d'avoir peu de chance d'aboutir. Aussi faudrait-il, au grand minimum, admettre la transcription de la filiation du père génétique de l'enfant, et permettre à ce dernier de confier à la mère d'intention une délégation-partage d'autorité parentale (J. Bonnard, La révision des lois bioéthiques, D. 2010. Chron. 846).

**La Cour européenne des droits de l'homme, l'ultime recours ?** Sans doute cette solution ne satisfera pas les familles et le dernier recours consistera à saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8 de la Convention du même nom (CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner et J.M.W.L.*, D. 2007. Jur. 2700, note F. Marchadier ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; Rev. crit. DIP 2007. 807, obs. P. Kinsch ). Dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné les juges luxembourgeois pour avoir refusé, en se fondant sur leur loi nationale réservant l'adoption plénière aux seuls couples mariés, de reconnaître un jugement péruvien ayant prononcé l'adoption plénière d'une fillette péruvienne au profit d'une célibataire luxembourgeoise. L'arrêt est important : il paraît imposer, aux États signataires, de reconnaître des situations familiales constituées à l'étranger et correspondant à une « réalité sociale ». Toutefois, sa portée ne doit pas être exagérée.

D'une part, il existait des circonstances de faits particulièrement favorables à la reconnaissance de l'adoption (bonne foi de la mère adoptive puisque d'autres enfants péruviens avaient pu être adoptés au Luxembourg par des célibataires et l'espérance légitime qu'elle pouvait en tirer). D'autre part, l'État français pourrait faire valoir que la position française est légitime non seulement parce qu'elle vise à défendre la prohibition de la maternité de substitution, pratique pénalement sanctionnée en France, mais aussi parce que la licéité de cette forme de procréation ne fait pas consensus en Europe. Mais de tels arguments pourront-ils résister à la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

À l'inverse, une autre décision pourrait être évoquée cette fois-ci en faveur d'une absence de condamnation de la France. En effet, la Cour a estimé que le fait que le père biologique ne puisse pas établir sa paternité ne saurait constituer à lui seul une atteinte au droit à la vie familiale dès lors que, d'une part, l'existence du lien de fait n'était pas menacé par les autorités, par la mère ou le père légal des enfants et que, d'autre part, le droit interne ne privait pas le père biologique de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis de ceux-ci ou permettait de pallier, à tout le moins, les inconvénients d'ordre pratique engendrés par l'absence d'un tel lien (CEDH 21 déc. 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, req. n° 3465/03). En somme, si le droit interne revient sur son refus d'accorder l'adoption simple ou permet *a minima* une délégation d'autorité parentale à la mère, la France serait peut-être exempte de condamnation.

#### Mots clés :

**CIVIL** \* Droit et liberté fondamentaux \* Droit international et communautaire \* Famille - Personne

