



HAL
open science

Identité, état civil, interdiction de la GPA et fraude à la loi : retour sur les arrêts Mennesson c. France et Labassee c. France, Cour.eur.dr.h. du 24 juin 2014

Fanny Vasseur-Lambry

► **To cite this version:**

Fanny Vasseur-Lambry. Identité, état civil, interdiction de la GPA et fraude à la loi : retour sur les arrêts Mennesson c. France et Labassee c. France, Cour.eur.dr.h. du 24 juin 2014. *Personnes et Famille Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, pp.183 à 216, 2016, 978-2-3617-0130-7. hal-03697767

HAL Id: hal-03697767

<https://univ-artois.hal.science/hal-03697767v1>

Submitted on 17 Jun 2022

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.

Identité, état civil, interdiction de la GPA et fraude à la loi :
retour sur les arrêts Mennesson c. France et Labassee c. France,
Cour.eur.dr.h. du 24 juin 2014

Le désir d'avoir un enfant relève en principe d'une réflexion personnelle et intime qui échappe à l'emprise du droit. Mais la concrétisation de ce désir peut se heurter à des obstacles biologiques tels que l'infertilité de l'un des membres du couple ou l'impossibilité pour la femme de porter un enfant. En droit français pour lever ces obstacles, les couples devront respecter un certain nombre de prescriptions légales afin de bénéficier d'une assistance médicale à la procréation¹. Le recours à une femme tierce pour porter un enfant, nommé gestation pour autrui (GPA²) est frappé d'un interdit d'ordre public consacré aux articles 16-7 et 16-9 du code civil, assorti de sanctions pénales³. Mais le désir d'enfant peut être plus fort que l'interdit légal, en particulier lorsque le recours à la GPA est autorisé dans d'autres pays et certains couples n'hésitent pas à se rendre à l'étranger afin de réaliser leur rêve de fonder une famille. Le problème du recours à la GPA est un sujet de société aux enjeux éthiques qui paraissent insolubles, relevant de l'intime et de la politique et mêlant droits de l'enfant, droit à l'enfant, droits de la mère porteuse, droits des parents d'intention. Ces enjeux, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à les exposer dans ses arrêts *Mennesson c. France* et *Labassee c. France* du 24 juin 2014, à les confronter les uns aux autres, mais aussi surtout aux principes européens et aux droits fondamentaux tels que garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Aux violentes charges dont fait l'objet la Cour européenne des droits de l'homme, il nous semble important de rappeler que la mission première de cet organe juridictionnel est d'assurer l'effectivité de la protection des droits de l'homme. La finalité de cette contribution, dédiée au professeur Jacqueline Pousson-Petit, est de mettre en évidence l'attachement de la Cour à protéger les droits des enfants nés conformément à l'esprit de la Convention internationale des droits de l'enfant. La Cour ne

¹ C. de la santé publique, Art. L.2141-1 et s.

² L'utilisation de ce sigle n'est pas pour l'auteur de ce commentaire « le signe d'une banalisation qui prépare une évolution plus ou moins spontanée ou orchestrée » [Citation de J. HAUSER, « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », *La liberté de la personne sur son corps*, sous la dir. de P. MUZNY, Dalloz. Thèmes et Commentaires, 2010, p. 85], mais une commodité de rédaction.

³ C. pén., art. 227-12 et 227-13.

consacre nullement le droit à l'enfant⁴, mais défend la cause d'enfants qui ne sont en rien responsables des choix faits par leurs parents s'agissant des circonstances de leur naissance⁵. Les faits de ces deux affaires illustrent toute la complexité du sujet.

En raison de l'infertilité de Mesdames Mennesson (M.) et Labassee (L), les deux couples ont eu recours à la GPA aux États-Unis avec l'implantation d'embryons dans l'utérus d'une femme tierce, issus de gamètes de monsieur M. dans un cas et de monsieur L. dans l'autre. Ainsi naquirent les jumelles M. en 2000 et J. L. en 2001. Deux jugements prononcés respectivement en Californie et dans le Minnesota indiquent que les époux M. et L. sont les parents légaux des enfants. A leur retour en France, suspectant des cas de GPA, les autorités nationales ont refusé de retranscrire les actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français. Dans l'affaire M., la retranscription fut cependant effectuée sur instruction du parquet lequel assigna ensuite les époux aux fins d'annulation. Dans l'affaire L., les époux ne contestèrent pas le refus de transcription, mais ils essayèrent de faire reconnaître un lien de filiation par la voie de la possession d'état. Ils obtinrent du juge des tutelles un acte de notoriété, constatant la réalité vécue d'un lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention. Mais le parquet refusa d'en porter mention à l'état civil. Les époux M. et L. saisirent alors les juridictions. Les requérants furent définitivement déboutés de leur demande par la Cour de cassation le 6 avril 2011⁶ au motif qu'une telle transcription ou inscription donnerait effet à une convention de GPA qui est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil. La Cour de cassation estime qu'il n'y a pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des requérants puisqu'une telle annulation ne prive pas les enfants de leur filiation maternelle et paternelle reconnue par le droit de la Californie ou du Minnesota, ni ne les empêche de vivre en France avec leurs parents d'intention. C'est dans ce contexte que les époux M. et L. ont introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme le 6 octobre 2011. Invoquant l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne, les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, ils n'ont pas la possibilité d'obtenir

⁴ Cour EDH, arrêt X, Y, Z, c. Pays-Bas, 22 avril 1997 ; Cour EDH, arrêt Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012 ; Cour EDH, arrêt Harroudj c. France, 4 janvier 2013. Il résulte de ces arrêts que les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter, n'imposant aucune obligation positive à l'État le conduisant à reconnaître un quelconque lien de filiation, naturel ou adoptif.

⁵ Cour EDH, arrêt Mazurek c. France du 1^{er} février 2000. La Cour a condamné une discrimination successorale frappant les enfants adultérins (ancien article 760 du code civil) en raison des circonstances de leur naissance.

⁶ Cass. Civ.1^{re}, 6 avril 2011, n°09-17.130, *Bull.*, 2011, I, n° 70 ; n° 09-66.486, *Bull.*, 2011, I, n° 71 ; n° 10-19.053, *Bull.*, 2011, I, n° 72 ; *Recueil Dalloz*, 2011. Jur. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *RTDciv.* 2011.340, Obs. J. HAUSER ; C. NEIRINCK, "La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né", *Dr fam* n°5, Mai 2011, étude 14.

en France la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger. Dans les deux arrêts, suivant la même approche, la Cour européenne dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas violation de l'article 8 s'agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu'en revanche, il y a violation de l'article 8 s'agissant du droit des enfants au respect de leur vie privée.

La décision de la Cour européenne était très attendue, ravivant des passions sur un sujet qui, au fil des actualités législatives, jurisprudentielles ou même de faits divers⁷, est devenu un véritable débat de société. L'affrontement des principes juridiques, éthiques, moraux, philosophiques autour de la maternité, de la parenté biologique ou des droits de l'enfant n'a jamais été aussi vif comme en témoignent d'ailleurs les très nombreux articles publiés. Mais au-delà des principes, il y a la réalité, et c'est sans doute là le principal apport de ces arrêts. Consciente du caractère sensible de la GPA, la Cour européenne a eu recours aux deux principaux concepts modérateurs dégagés par sa jurisprudence, à savoir la marge nationale d'appréciation et le principe de proportionnalité. Il en résulte une condamnation pour le moins mesurée car en soi, ce n'est pas la politique nationale de lutte contre le recours à la GPA qui est condamnée, mais certaines de ses modalités de mise en œuvre qui aboutissent à des contradictions affectant le statut des enfants⁸.

Si la Cour prend grand soin de reconnaître aux États une large marge nationale d'appréciation dans les décisions relatives à la GPA en raison de l'absence de consensus européen sur le sujet, afin de tenir compte de leur souveraineté et de ménager leur susceptibilité, elle module cette même marge d'appréciation parce que les moyens mis en œuvre par les autorités françaises pour lutter contre la GPA impactent un aspect essentiel de l'identité des enfants. Au nom de l'ordre public⁹, les autorités françaises refusent en effet de reconnaître la filiation entre les enfants nées de GPA régulièrement pratiquées à l'étranger et leurs parents d'intention, alors même que les autorités nationales n'ignorent pas que ces enfants ont été légalement reconnus aux États-Unis comme étant ceux des requérants. Le lien de filiation est en quelque sorte reconnu en fait, mais non en droit. Selon la Cour européenne, l'attitude des autorités nationales porte atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants,

⁷ « GPA : l'embarrassant cas thaïlandais », *Libération*, mercredi 6 août 2014, pp. 2-5.

⁸ L. D'AVOUT, « La reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson et Labassee* », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806.

⁹ L'ordre public peut être défini comme un concept qui désigne la technique par laquelle est assurée, dans et par le droit, la défense et la promotion des valeurs et des intérêts qui structurent et concernent l'organisation sociale, voy. *Le Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLARD et S. RIALS, *Quadrige – Lamy PUF*, 2003, p. 1119.

le refus de reconnaître officiellement leur filiation affectant nécessairement leur identité en raison des incertitudes entourant la réalité concrète de leur filiation en particulier à l'égard de leur père d'intention qui est également leur père biologique, de leur nationalité française ou encore de leur vocation successorale¹⁰. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a utilisé le principe de proportionnalité qui est au cœur du contrôle de la marge nationale d'appréciation. Qu'elle soit restreinte ou large, la Cour doit apprécier les arguments développés par l'État défendeur pour justifier la solution retenue et rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution, à savoir les parents et les enfants. L'approche de la Cour est d'autant plus intéressante que contrairement à l'arrêt Wagner et J.M.V.L. c. Luxembourg¹¹, elle a ici distingué la question de la reconnaissance juridique de la vie familiale des requérants de celle du droit de l'enfant à son identité, condamnant la France sur le seul terrain des droits de l'enfant (I). Le pragmatisme dont a fait preuve la Cour ne l'a pas conduite à consacrer la politique du fait accompli, loin s'en faut, puisque la Cour refuse d'imposer aux États la reconnaissance juridique de la vie familiale existant entre les requérants, mais à reconsidérer les problèmes posés par l'établissement du lien de filiation dans un contexte international au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout le mérite de cette décision est de poser les bases d'un débat qui devrait être à l'avenir plus pondéré et de susciter la réflexion sur la manière de garantir au mieux les droits fondamentaux individuels de chaque protagoniste de la GPA dans un cadre européen, voire international (II).

¹⁰ Arrêt Mennesson, §§96-98.

¹¹ Cour.eur.dr.h., arrêt du 28 juin 2007. Dans cet arrêt, la Cour a jugé contraire à l'article 8 le refus de transcription par les autorités luxembourgeoises d'un jugement péruvien ayant prononcé une adoption plénière par une personne célibataire considérant qu'une application trop stricte du droit international privé luxembourgeois n'était pas un motif suffisant pour refuser la reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient de facto entre l'adulte et l'enfant (§135).

1^{ère} partie : La mise en perspective par la Cour européenne des aspects « vie familiale » et « vie privée » de l'article 8 de la Convention dans le débat relatif à la GPA

Arguant de l'absence de consensus européen s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger et les parents d'intention, la Cour prend, dans chacun des arrêts soumis à notre commentaire, toute la mesure des interrogations éthiques induites par le recours à la GPA afin non seulement de reconnaître le principe d'une marge nationale d'appréciation aux États membres, mais aussi pour en moduler l'étendue. A l'occasion de cette reconnaissance, la Cour a mis en évidence l'importance toute particulière de l'aspect « vie privée » des enfants nés de GPA, appréhendé au sens de leur existence ou de leur identité (A). Cette mise en perspective sera ensuite confortée par le contrôle de proportionnalité qui dépend de l'étendue de la marge nationale d'appréciation. La Cour va ainsi très clairement distinguer les aspects vie familiale et vie privée, rejetant le recours des requérants sur la base du premier aspect et l'accueillant sur la base du second. Cette mise en perspective témoigne de la nécessité d'avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents des individus impliqués dans la GPA et de la société dans son ensemble (B).

A) La marge nationale d'appréciation des États parties à la Convention dans les décisions relatives à la GPA

C'est très tôt que la Cour européenne a dégagé la notion de marge nationale d'appréciation qui pourtant n'est pas inscrite dans le texte de la Convention, à propos d'affaires où des mesures restrictives, voire dérogoires, sont admises par la Convention¹². Concrètement, les législateurs nationaux et les juridictions internes disposent d'une marge d'appréciation dans le choix des mesures propres à garantir le respect de la Convention et, en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8¹³. Cette marge nationale d'appréciation introduit une nécessaire souplesse dans la mise en œuvre de la

¹² M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 52 n°4, Octobre-décembre 2000, p. 760.

¹³ A titre d'exemples : Cour.eur.dr.h., arrêt Johnston et autres c. Irlande, Série A, n°112, § 55 ; Cour.eur.dr.h., arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni, 20 mars 1997, Rec. 1997-II, n°35, §44 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Fretté c. France, 26 février 2002, § 40 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, § 108 ; Cour.eur.dr.h., arrêt S.H c. Autriche, 3 novembre 2011, § 97.

Convention européenne en favorisant son adaptation aux réalités culturelles, juridiques, économiques et sociales des États¹⁴. Cette souplesse conduit d'ailleurs la Cour à la moduler selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques peut également constituer un facteur pertinent à cet égard¹⁵.

1- Le poids de l'absence de consensus européen sur la question de la GPA

C'est en 1991 que la Commission européenne des droits de l'homme reconnaît pour la première fois une marge nationale d'appréciation des États dans le domaine de la gestation pour autrui. En l'espèce¹⁶, la Commission a déclaré irrecevable la requête présentée contre le France par la présidente de l'association « Les Cigognes ». Cette dernière arguait du fait que le refus du préfet d'enregistrer son association dont l'objet était la promotion et la valorisation du recours aux mères porteuses, était constitutive d'une ingérence qui portait atteinte à la liberté d'association garantie à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur le plan des principes, des restrictions aux droits garantis dans la Convention sont admissibles pour autant qu'elles sont prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique pour atteindre un des buts légitimes énumérés notamment au paragraphe 2 de l'article 11. Pour l'État français, l'opposition du préfet était fondée sur la prévention d'une infraction pénale, à savoir l'incitation à l'abandon d'enfant réprimée par le code pénal. Alors que la Commission relève que les buts poursuivis par cette association étaient notamment la défense des intérêts moraux et matériels des mères porteuses et la promotion et la valorisation morale de cette démarche, elle souligne aussitôt que cette démarche se rattache à une pratique récente qui n'est régie par aucune loi et fait l'objet de controverses au sein de l'opinion publique. La Commission a ainsi mis en évidence les deux principaux critères fondant la reconnaissance d'une « certaine » marge nationale d'appréciation. Enfin, tout en se défendant d'apprécier l'affaire sur le fond, la Commission conclut pourtant que l'opposition du préfet à l'inscription de l'association peut être considérée comme une mesure nécessaire, dans une société démocratique, compte tenu de la marge d'appréciation dont les États bénéficient en la matière.

¹⁴ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz Connaissances du Droit, 6^oéd. 2012, p. 65.

¹⁵ Arrêt Wagner et JMWL c. Luxembourg précité, § 128 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Negrepontis-Giannisis c. Grèce, 3 mai 2011, § 69.

¹⁶ Commission eur.dr.h., requête n°14223/88, Lavisso c. France, 5 juin 1991.

Plus de vingt ans après cette première affaire, la Cour européenne des droits de l'homme confirme l'existence de cette marge nationale d'appréciation qui cette fois, est qualifiée de « large »¹⁷. En principe, une telle reconnaissance n'étonnera personne car depuis cette décision, le contexte a évolué. Non seulement la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain est venue interdire expressément cette pratique, mais les controverses sont toujours aussi vives, si ce n'est plus encore depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe.

Mais c'est avant tout sur le terrain du droit comparé que se place la Cour européenne pour justifier l'étendue de cette marge nationale d'appréciation de l'État français, se fondant sur un panel de trente-cinq États parties à la Convention autres que la France. Il ressort de cette étude que trois ensembles émergent. Un ensemble de quatorze de ces États dont l'Allemagne, l'Espagne, l'Estonie ou encore la Slovaquie interdisent expressément la gestation pour autrui. En revanche, un deuxième ensemble de sept États membres l'autorisent, notamment la Grèce, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, alors que quatre autres États dont la Belgique et la Pologne la tolèrent. Enfin, un troisième ensemble de treize États permettent aux parents d'intention d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation avec un enfant né d'une GPA régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'exequatur, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil, ou d'établir juridiquement un tel lien par l'adoption. Il nous semble important de souligner que trois de ces États interdisent pourtant expressément la GPA, à savoir l'Espagne, l'Estonie et la Slovaquie. Au final, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation dans vingt-quatre États, mais onze États excluent cette reconnaissance. La Cour conclut cet état des lieux en affirmant que cette absence de consensus européen témoigne du fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique¹⁸, justifiant la reconnaissance de cette large marge nationale d'appréciation. En procédant de la sorte, la Cour refuse clairement de trancher le débat du recours à la GPA¹⁹.

¹⁷ Arrêt *Mennesson*, §77. Nb. Parce que la Cour adopte le même raisonnement dans les deux arrêts, nous avons choisi de ne référencer que les paragraphes de l'arrêt *Mennesson*, afin de ne pas alourdir inutilement les notes de bas de page.

¹⁸ *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC*, note de synthèse rédigée par F. Granet et le Secrétaire Général de la CIEC, mise en ligne en février 2014, www.ciec1.org. Dans les États qui ont adopté une législation spécifique, la prohibition et la nullité des conventions de maternité pour autrui sont expressément prévues pour des raisons éthiques et morales. Il en est ainsi en Allemagne, en Espagne ou au Luxembourg.

¹⁹ A. GOUTTENOIRE, «Convention de gestation pour autrui.- Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant», *JCP éd G* 2014, n°30-35, 28 juillet 2014, 877.

2- Les enjeux moraux et éthiques du recours à la GPA

Alors que les requérants soutiennent que le refus de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants nés d'une GPA régulièrement pratiquée à l'étranger et leurs parents d'intention constitue une ingérence dans le droit au respect de leur vie privée et familiale, le gouvernement français justifie cette ingérence par le souci de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne peut être l'objet d'une convention²⁰. En droit français, la GPA est appréhendée de la manière suivante : une femme porte un enfant et devient mère en application de l'adage *mater semper certa est*. Puis, elle cède cet enfant à un couple tiers. Il y a selon ce schéma cession d'enfant et programmation de son abandon par sa mère. Il y a en outre atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. Et le fait que le recours à la gestation pour autrui se fasse à l'étranger dans un pays qui l'autorise et qui l'encadre²¹ n'y change rien. Le refus de transcrire les actes de naissance des enfants nés de GPA pratiqués à l'étranger, opposé par la Cour de cassation aux requérants grâce au recours à l'exception d'ordre public international, apparaît conforme à l'esprit de la loi et aux choix éthiques du législateur²².

Ce refus procède clairement de la volonté de l'État français de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse. Non seulement la Cour n'entend pas remettre en cause, en tant que telle, cette approche du droit français²³, mais elle admet préalablement que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 8 à savoir, « la protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui »²⁴. Conformément à la marge nationale d'appréciation qu'elle reconnaît aux États, la Cour admet non seulement la prohibition des conventions de GPA sur leur territoire, mais aussi l'adoption de mesures nécessaires pour que soit respectée cette interdiction. Il est clair que la Cour n'entend pas se substituer aux législateurs nationaux, ni imposer une quelconque éthique ou morale personnelle. Cette

²⁰ Arrêt Mennesson, § 72.

²¹ Une vingtaine d'États aux États-Unis reconnaissent la légalité de la GPA, voy. « La gestation pour autrui – Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », G. DELAISI DE PARSEVAL et C. COLLARD, *L'homme*, 2007/3, n°183, p. 29-53.

²² M. FABRE-MAIGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2384.

²³ Arrêt Mennesson, §84.

²⁴ *Ibid*, § 62.

attitude n'est pas nouvelle, elle témoigne de l'attachement de la Cour au principe de subsidiarité²⁵.

Cette prudence fait écho à celle déjà affichée dans le domaine des droits en matière d'accès à la procréation assistée. Dans l'arrêt S.H et autres c. Autriche, la Grande chambre a choisi de ne pas condamner l'État autrichien (contrairement à la première formation saisie) qui interdit le don de sperme dans le cadre d'une FIV et prohibe de don d'ovules en général. Là encore, la Cour se retranche derrière la marge d'appréciation, relevant que si les États européens ont tendance à autoriser le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, le consensus qui se dessine est encore en pleine évolution et ne repose pas sur des principes établis de longue date. La Cour qualifie le sujet de controversé, car soulevant des questions éthiques complexes²⁶.

Face aux questions relatives à l'accès à la procréation²⁷, il existe de par le monde un éventail de réponses législatives constitué de deux extrêmes qui sont ici représentés dans les deux affaires soumises à la Cour. D'un côté, il y a les États-Unis, pays dans lequel la valeur supérieure est la liberté individuelle. La décision d'avoir un enfant appartient à l'individu et à lui seul, qu'il vive seul ou en couple. Ainsi dans un vingtaine d'États, une femme peut librement décider de porter un enfant pour autrui²⁸. De l'autre, il y a la France, pays où c'est la société, la loi qui décide de l'accès aux techniques de procréation, ainsi que les techniques permises²⁹ ; or la GPA n'en fait pas partie. Si la décision de fonder une famille, de se marier, d'avoir des enfants relève en principe de choix plus ou moins bien maîtrisés relevant de la vie privée, il faut bien garder à l'esprit que la famille est également une affaire publique³⁰. Les comportements privés ont des effets importants sur le renouvellement et l'avenir du groupe social. Si la famille est un phénomène à base de données biologiques, un fait de nature, elle n'est pas seulement le cadre de la reproduction de l'espèce ; elle est aussi un fait de culture,

²⁵ Au nom du principe de subsidiarité la Cour considère que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre », voy. Cour.eur.dr.h., Gde ch., H.S et autres c. Autriche, 3 novembre 2011, §94 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Evans c. Royaume-Uni, 10 avril 2007, §77 ; Cour.eur.dr.h., Gde ch., A, B et C c. Irlande, 10 décembre 2010, §232.

²⁶ Arrêt précité §97. Exemple de question éthique complexe : le fait qu'en raison du don d'ovule, l'enfant a deux mères biologiques : la donneuse de l'ovule et la femme qui a accouché de l'enfant

²⁷ Voy. Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, *Procréation médicalement assistée : enjeux et défis éthiques*, compte rendu du mardi 10 juin 2008.

²⁸ G. DELAISI DE PERSEVAL et C. COLLARD, « La gestation pour autrui. Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines », *L'homme*, Éditions de l'EHESS, 2007/3, n°183, p. 29.

²⁹ Articles L. 2141-1 et s du code de la santé publique.

³⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « Famille, droit de la famille », *Encyclopaedia Universalis*, Corpus 9, p. 262.

un véhicule de la civilisation³¹. Par ailleurs, malgré les évolutions qu'elle subit depuis près d'un quart de siècle en raison de la montée de l'individualisme et de la pénétration des droits fondamentaux, elle demeure la cellule de base de la société par excellence³². Cette cellule reste en quelque sorte sous la surveillance des autorités nationales³³ en particulier, depuis que les progrès de la science et de la médecine permettent aux gamètes de se rencontrer hors du corps humain, faisant naître un espoir chez les couples frappés par l'infertilité et pour qui le désir de fonder une famille peut être plus fort que tous les interdits légaux « ... *le raisonnement en « droits à ... » et « libertés de ... » demeure abusivement tourné vers la subjectivité. Le droit est aussi en charge de l'organisation de la société et de la perpétuation de l'espèce dans les meilleures conditions* »³⁴.

Mais les enfants M. et L. ne sont pas une abstraction : ils sont nés selon un procédé légalement admis à l'étranger et vivent avec leurs parents d'intention sur le territoire français. Pour autant, les autorités françaises refusent de reconnaître leur filiation légalement établie aux États-Unis. Les enfants sont-ils alors contraints de vivre dans la « clandestinité » juridique, « dans les limbes du droit »³⁵ parce que leurs parents se sont rendus à l'étranger pour concrétiser leur projet parental au mépris de l'interdit consacré par le droit français ? Parce que les mesures prises par l'État français touchent principalement à la filiation des enfants, la Cour considère qu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité des enfants se trouve en jeu. Forte de ce constat et de ce qu'il sous-entend, la Cour réduit la marge nationale de l'État français³⁶. Cette prise de position n'est guère surprenante pour qui se souvient de l'arrêt Mazurek c. France du 1^{er} février 2000 relatif à la discrimination successorale frappant les enfants adultérins. L'enfant qui n'est en rien responsable des circonstances de sa naissance et des choix faits par ses parents (adultère ou choix d'une GPA) ne saurait être « instrumentalisé » par les autorités nationales afin de sanctionner ses parents.

³¹ E. SULLEROT, *Le grand remue-ménage – la crise de la famille*, Fayard, 1997, p. 8.

³² Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Droit comparé des personnes et de la famille*, textes réunis par J. POUSSON-PETIT, Bruxelles, Bruylant, 1998, 700 p. ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1999, 605 p.

³³ Selon le doyen Jean CARBONNIER, « *la famille a été très tôt sous le regard et la pression des autres, de la tribu, de la société, de l'autorité* », *Droit civil 2/ La famille*, 20^e édition, 1999, p. 25.

³⁴ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », *Etre parents aujourd'hui*, sous la dir. de P. JACQUES, DALLOZ Thèmes et Commentaires, 2010, p. 9.

³⁵ H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Dans les Limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2349.

³⁶ Arrêt Mennesson, §§ 77-80.

Sur le plan éthique, ce choix politique ne paraît guère acceptable ni au regard des droits de l'enfant, ni au regard des droits de l'homme³⁷.

B) Le contrôle de proportionnalité ou la recherche du juste équilibre entre les différents intérêts en présence

Il est possible de distinguer trois intérêts qui vont s'affronter à l'aune du contrôle de proportionnalité. Il y a tout d'abord l'intérêt de l'État français soucieux de la défense de ses principes essentiels du droit justifiant la prohibition du recours à la GPA, puis l'intérêt des requérants de voir consacrer juridiquement leur vie familiale et enfin l'intérêt des enfants de voir reconnue leur identité conformément au droit au respect de leur vie privée. Le juste équilibre entre ces différents intérêts a conduit la Cour à s'interroger sur le caractère proportionné ou non de l'ingérence subies par les requérants. L'utilisation du principe de subsidiarité et de l'intérêt supérieur de l'enfant témoignent à n'en pas douter du pragmatisme dont a fait preuve la Cour dans cette affaire.

1- L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale et le respect du principe de subsidiarité

Ayant admis sans l'ombre d'une difficulté l'existence d'une vie familiale entre les parents d'intention et les enfants, la Cour reconnaît que le défaut de reconnaissance du lien de filiation entre les parents intentionnels et leurs enfants affecte nécessairement leur vie familiale³⁸. Non seulement elle apparaît plus compliquée en raison des formalités à accomplir à l'occasion de certains événements de la vie du fait qu'ils ne disposent pas d'actes d'état civil ou de livrets de famille, mais les époux M. et L. peuvent être confrontés à la suspicion ou à l'incompréhension de leurs interlocuteurs³⁹. A ce propos, la Cour tient non seulement compte des arguments des requérants, mais elle se fonde aussi sur le rapport du Conseil d'État de 2009 sur la révision des lois bioéthiques⁴⁰. Pour étayer son argumentation, la Cour pointe du doigt les incertitudes liées à la complexité du droit international privé sur la possibilité pour les enfants de bénéficier de la nationalité française en application de l'article 18 du code civil qui dispose qu' « *est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* ». La

³⁷ J.-M. MARGUENAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, *RTDciv.* 2014, p. 835.

³⁸ Arrêt Mennesson, § 87.

³⁹ Ibid §88.

⁴⁰ *La révision des Lois de bioéthique*, La documentation française, coll. Etudes et documents, Conseil d'État, 2009, 148 pages. Arrêt Mennesson précité § 87 qui renvoie à § 37 du même arrêt.

complexité tient à l'application des articles 18 et 47 du code civil pourtant favorable aux enfants nés de GPA et encouragée par la circulaire de la garde des Sceaux du 25 janvier 2013, mais dont l'esprit est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis les arrêts du 13 septembre 2013, oppose l'adage *Fraus omnia corrumpit* à l'ensemble du processus, y compris à la reconnaissance du père intentionnel qui est pourtant le père biologique⁴¹. De telles incertitudes sont susceptibles de fragiliser la stabilité des deux familles en raison notamment des complications pouvant survenir à l'occasion de leurs déplacements ou de l'application des règles du droit de séjours des enfants après leur majorité⁴². La Cour pose enfin la question du maintien de la vie familiale entre la mère d'intention et les enfants en cas de décès du père intentionnel qui est également le père biologique, voire en cas de séparation du couple⁴³. Mais contre toute attente, elle qualifie ces ingérences de risques « potentiels » pesant sur la vie familiale des requérants et recentre son contrôle sur les obstacles concrets auxquels les requérants ont été confrontés depuis leur retour en France. La Cour a constaté que les deux familles ont pu vivre ensemble dans des conditions comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et que dans ces conditions, « *il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français (voir mutatis mutandis Chavdarov c/ Bulgarie, 21 décembre 2012, §49-50 et 56)* »⁴⁴. Il nous semble alors évident que la Cour, par ces considérations, veut ménager la capacité de décision de l'État français, craignant sans doute des attaques politiques assez vives sur un sujet aussi épineux⁴⁵.

En outre, tirant les conséquences du principe de subsidiarité qui commande que le respect des droits garantis par la Convention soit contrôlé en premier lieu par les juges nationaux, la Cour a vérifié que dans les cas d'espèce, les juges nationaux s'étaient bien livrés à une appréciation *in concreto*. Elle souligne que cet examen a conduit la Cour de cassation à

⁴¹ Cass. Civ.1^{ère}, 13 septembre, n°1091 et n°1092, précité. *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2170, obs. I. GALLMEISTER ; *Dr fam.* 2013, n°151, obs. C. NEIRINCK ; *JCP ed G.* n°39, 23 Septembre 2013, 985, note A. MIRKOVIC. Il ressort de ces deux arrêts que le père intentionnel qui est également le père biologique de l'enfant né d'une GPA se trouve dans l'impossibilité de reconnaître l'enfant. Cette impossibilité résulte de l'application par la Cour de cassation de l'adage *Fraus omnia corrumpit*. Cette jurisprudence a été réaffirmée depuis : Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Recueil Dalloz*, 2014. Jur. 901, avis J.-P. JEAN, et 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, Pan. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, Pan. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS et Point de vue 1162, H. FULCHIRON.

⁴² Arrêt Mennesson, §§89- 90.

⁴³ Ibid § 91.

⁴⁴ Ibid, § 92.

⁴⁵ Voy. la lettre ouverte adressée au président de la République par plusieurs personnalités politiques lui demandant publiquement de s'opposer à l'admission par le droit des contrats de mères porteuses, le numéro du 14 juillet 2014 du quotidien *Libération* ; Voy. l'opinion de F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassee ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1797.

conclure qu'à aucun moment, les requérants n'avaient été empêchés de vivre une vie familiale normale nonobstant l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants, autrement dit, les incidences concrètes de ce refus sur la vie familiale demeuraient réduites⁴⁶.

La Cour en a déduit qu'un juste équilibre avait été réalisé entre les intérêts des requérants et ceux de l'État français, concluant – à l'instar du juge national – à l'absence de toute violation dans le droit des requérants de vivre une vie familiale normale en raison du caractère insuffisant des gênes dues à l'atteinte à ce droit. La Cour a ainsi pris bien soin de ne pas mettre en cause la pertinence de l'interdiction de la gestation pour autrui, refusant de cautionner la volonté de ces couples qui, sachant qu'ils agissaient au mépris de la loi nationale, se sont tout de même rendus à l'étranger⁴⁷. Il n'est donc pas ici question de céder à la satisfaction de tous les désirs individuels au mépris de l'intérêt d'autrui et du bien commun. La Cour aurait pu rappeler à l'appui de sa démonstration que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et qu'il ne protège pas le simple désir de fonder une famille, mais elle est restée silencieuse sur ce point⁴⁸.

Si les parents doivent assumer les conséquences de leurs actes et la rigueur de la décision de la Cour à leur égard, la situation des enfants appelle un traitement qui doit être bien différent. Ils sont en effet étrangers aux circonstances qui ont permis leurs naissances. C'est une réalité que le droit français ne peut occulter au nom de la défense de certaines valeurs ; une réalité que la Cour rappelle à l'État français en lui opposant l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁹.

2- La violation du droit au respect de la vie privée des enfants et la consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant

Animé d'une volonté certaine de punir les parents d'intention pour avoir transgressé un interdit légal et de dissuader les candidats à pareille aventure, le droit français a créé *de facto* une nouvelle catégorie d'enfants que les autorités nationales considèrent comme étant

⁴⁶ Voy. *mutatis mutandis* Cour.eur.dr.h., arrêt Chavdarov c. Bulgarie, 21 décembre 2010, §§ 49-50 et §56.

⁴⁷ *Mutatis mutandis* Cour.eur.dr.h., décision D et autres c. Belgique, 11 septembre 2014 : la Cour estime que « *la Convention ne saurait obliger les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes* » (§59).

⁴⁸ Cour.eur.dr.h., arrêts Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n°31, §62 ; Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n°94, § 62 et Fretté, précité, §62.

⁴⁹ Pour la Cour, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans ce genre d'affaires : Cour.eur.dr.h, arrêt Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg, 28 juin 2007, §§133-134 ; arrêt Maire c. Portugal, précité §77.

les enfants des parents d'intention et donc comme étant français, mais qui ne disposent pas d'un état civil français⁵⁰. Cette situation apparaît pour le moins contradictoire.

L'argument avancé par le gouvernement français selon lequel admettre une telle reconnaissance aurait remis en cause la cohérence du dispositif légal d'interdiction de ce mode de procréation est balayé par la Cour européenne avec toute la prudence qui la caractérise. S'il est clair que la Cour n'entend pas mettre en cause, en tant que telle, l'exception d'ordre public en droit international, ménageant ainsi la souveraineté nationale sur le principe de la lutte contre la GPA, elle entend en revanche vérifier si un juste équilibre a été ménagé entre « *l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants - dont l'intérêt supérieur des enfants - à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale* »⁵¹. C'est donc l'application par les juges nationaux du mécanisme de l'exception d'ordre public international qui est au cœur du contrôle européen. C'est ce même contrôle qui conduira la Cour à condamner l'Italie, dans l'arrêt *Paradiso et Capanelli* rendu le 27 janvier 2015. Toutefois, la Cour se montrera plus directe affirmant que « *la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure (ici l'éloignement de l'enfant) car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre* » (§80).

Dans les arrêts *M. et L.*, la Cour va mettre en lumière la contradiction qui caractérise le droit français depuis les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2011, ainsi que l'incertitude juridique qui en résulte pour ces enfants. Alors que la Cour de cassation prétend admettre un lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants pour autant qu'il est établi par le droit californien, elle refuse d'accorder tout effet au jugement américain et donc de transcrire l'état civil qui en résulte. De l'avis de la Cour, un tel refus aboutit clairement à une absence de reconnaissance par l'ordre juridique français, ce qui porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française au sein de laquelle ils vivent⁵².

Après avoir dénoncé l'attitude de l'État français qui sans ignorer que les enfants ont été identifiés comme étant les enfants des requérants, leur nie cette qualité dans son ordre

⁵⁰ Les principaux éléments permettant l'identification et l'individualisation des enfants (nom, prénom, sexe, âge, filiation) ne sont pas inscrits dans les registres de l'état civil puisque les autorités ont refusé la transcription des actes de naissance américains dans l'affaire *M.*, ainsi que l'inscription de l'acte de notoriété constatant la possession d'état dans l'affaire *L.* Le seul moyen dont dispose ces enfants pour prouver leur identité est leur acte de naissance américain accompagné d'une traduction assermentée.

⁵¹ Arrêt *Mennesson*, § 84.

⁵² *Ibid.*, § 96.

juridique, la Cour prend soin d'illustrer cette contradiction au regard de la nationalité des enfants et de leurs droits successoraux, deux des principaux effets de l'identité filiale. Alors que la nationalité est un élément de l'identité des personnes⁵³, les enfants ne sont pas garantis de se voir reconnaître la nationalité française en application de l'article 18 du code civil. A la question des droits successoraux, le gouvernement rétorque que les enfants peuvent venir à la succession de leurs parents, sur le fondement de leurs actes de naissance américains et dans les conditions du droit commun. Mais pour pouvoir hériter du *de cuius*, il faut prouver la parenté ainsi que la qualité héréditaire, c'est-à-dire l'absence de toute personne d'un rang préférable. Or en matière de preuve, prééminence est reconnue à l'état civil et aux documents de l'état civil (actes de naissance, acte de mariage, reconnaissance d'enfant, livret de famille etc.)⁵⁴. La Cour souligne les incertitudes liées à la qualité d'héritier à la fois de la mère d'intention et du père biologique, s'appuyant une fois encore sur le rapport du Conseil d'État de 2009⁵⁵. En l'état actuel du droit, pour que les enfants puissent hériter de leurs parents, ces derniers devront les instituer légataires, sachant que les droits successoraux seront calculés comme s'ils étaient des tiers, donc étrangers à la famille. A ce stade de l'analyse de la Cour, il est certain qu'elle considère que l'atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants est d'ores et déjà constituée et l'on remarquera qu'elle ne distingue pas selon qu'il s'agit de la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère ou à l'égard du père.

Mais pour appuyer son analyse et justifier encore un peu plus l'atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants, la Cour s'attarde, dans les deux arrêts, sur la question du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention qui est également le géniteur, à savoir le père biologique. La jurisprudence de la Cour de cassation rend en effet impossible tout établissement de cette filiation paternelle que ce soit par la voie de la transcription des actes de naissance étranger, la reconnaissance de paternité, l'adoption ou par la prise en compte des effets de la possession d'état⁵⁶. Or la Cour européenne estime que l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge nationale d'appréciation en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne du lien de filiation des enfants à l'égard de leur père biologique⁵⁷.

⁵³ Cour.eur.dr.h., arrêt *Geniose c.Malte*, 11 octobre 2011, §33.

⁵⁴ J. PICARD, « Un illogisme ? L'état civil fondement de la qualité d'héritier », *L'identité de la personne humaine*, sous la dir. de J. POUSSON-PETIT, Bruylant, p. 309.

⁵⁵ *Ibid* §98.

⁵⁶ Cass.civ.1ère 13 septembre 2013, précité.

⁵⁷ Arrêt *Mennesson*, § 100.

Enfin pour conclure, la Cour insiste sur l'importance qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant. Nul besoin de rappeler ici que la Cour a intégré la Convention internationale des droits de l'enfant et notamment la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence concernant le droit de la famille et les droits de l'enfant⁵⁸. L'adjectif « supérieur » ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant doit forcément et toujours prévaloir sur les intérêts des autres (parents, autres enfants, intérêt général), mais qu'il doit être compris dans le sens du « meilleur intérêt de l'enfant ». De l'avis de la Cour, dans la balance des intérêts en jeu, le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant justifie la reconnaissance de la violation de leur droit au respect de leur vie privée et, par voie de conséquence, la consécration de leur droit à l'identité.

Deuxième partie : Une approche européenne empreinte de pragmatisme et de prudence au service de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son identité

Le refus autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers à l'état civil dans le cadre de l'affaire M. ou de reconnaître le lien de filiation par la possession d'état dans l'affaire L. conduit le droit français à nier le lien de filiation les unissant à leurs parents tel qu'il a été reconnu à l'étranger et tel qu'il résulte, au moins pour le père, de la vérité biologique. La Cour affirme pour justifier son approche et donc la condamnation de la France sur le terrain de la vie privée que la relation entre la vie privée des enfants, leur identité et la détermination de leur filiation est « directe »⁵⁹. La question de l'identité revêt en effet pour chaque individu une importance toute particulière que l'ordre public ne saurait occulter (A). La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour devrait conduire l'État français, mais également tous les États confrontés à l'essor de l'internationalisation de la GPA à reconsidérer cette problématique, voire à adopter des règles communes sous l'égide des organisations internationales (B).

⁵⁸ Voy. notamment arrêt Maire *précité*, §72 et arrêt Wagner et J.M.WL. *précité*, §120.

⁵⁹ Arrêt Mennesson, § 46 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, §36.

A) L'importance des enjeux identitaires eu égard aux enfants issus de GPA

Chacun individu est un être individuel, mais aussi un être social. Tous les éléments qui constituent l'état de la personne - nom, prénom, sexe âge, filiation etc - intéressent donc le groupe social et par le jeu du mécanisme informatif, l'identité civile apparaît également comme le reflet de l'identité familiale⁶⁰. C'est pourquoi l'état de la personne présente certaines caractéristiques garantes d'une vérité, d'une identité imposée telle que voulue par l'État. S'il est traditionnellement admis par la Cour que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 relève en principe de la marge nationale d'appréciation des États membres, ces mesures doivent néanmoins protéger la sphère personnelle de chaque individu, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain⁶¹.

1- Vie privée et identité

Ni la Convention, ni ses protocoles ne consacrent le droit à l'identité et pourtant, l'identité fait l'objet de plusieurs déclinaisons dans la jurisprudence de la Cour où il est question d'identité sexuelle, personnelle, physique, sociale, religieuse ou encore culturelle. Erigée en tant que droit, l'identité fait aujourd'hui partie intégrante de la notion de vie privée que protège l'article 8 de la Convention⁶². La vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne, ainsi que quelques aspects de son identité physique et sociale⁶³.

L'identité est définie comme l'ensemble des éléments dont le droit tient compte pour individualiser les personnes dans la société et la vie juridique. Ces éléments qui concourent à l'identification et à l'état des personnes, sont le nom, le sexe, la filiation, la nationalité et le domicile⁶⁴. La preuve est traditionnellement rapportée en droit français par les registres de l'état civil. Le sexe, le nom et la filiation sont constatés dans l'acte de naissance⁶⁵. C'est ainsi qu'est fixée l'identité officielle de la personne, son identité civile autour de laquelle l'individu

⁶⁰ D. GUTMANN, « Identité civile et identité familiale », *LPA*, 1999, n°84, p. 37.

⁶¹ Cour.eur.dr.h., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, § 90 ; arrêt *Mikulic précité*, § 54.

⁶² J-P. MARGUENAUD, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, sous la dir. de V. MUTELET et F. VASSEUR-LAMBRY, Artois Presses Université 2015, p. 104.

⁶³ Arrêt Mikulic, précité §53 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Jäggi c. Suisse, 13 juillet 2006, §25.

⁶⁴ F. GRANET-LAMBRECHT, « Identité », *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. ANDRIANSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE, Quadriga PUF, 2008, p. 497.

⁶⁵ Article 57 du code civil.

va se construire⁶⁶. Toute personne a donc une identité civile que l'on peut également qualifier d'administrative, en ce sens qu'elle est créée, organisée et conservée par le service public de l'état civil. L'état civil constitue une véritable radiographie évolutive de l'individu, de l'état de la personne. Mais parce que les parents d'intention n'ont pas pu obtenir la transcription des actes de naissance, les enfants M. et L. ne jouissent pas d'un état civil français alors qu'il reflète l'état de la personne, sa situation en droit, sa place dans la société civile⁶⁷. Le gouvernement prétend en effet que la transcription des actes de naissance étrangers par le juge français aurait eu pour effet de reconnaître les effets de la GPA et donc de contourner la prohibition légale⁶⁸. Il expose également que l'absence de transcription n'empêche pas que les actes de naissance produisent tous leurs effets sur le territoire français et ce en application de l'article 47 du code civil⁶⁹. ...Mais pris sous l'angle du droit au respect de la vie privée des enfants, cet argument emporte difficilement la conviction.

Concrètement, pour rapporter la preuve de leur identité, les enfants ne disposent que de leurs actes de naissance américains, accompagnés d'une traduction officielle. Force est de reconnaître que le recours à ces moyens de preuve les renvoie sans cesse à leur condition d'enfants issus de GPA considérée comme frauduleuse sur le territoire français. En soi, une telle situation ne peut apparaître qu'attentatoire au respect de leur vie privée. L'identité se rattache aussi à l'exercice de la vie privée et sociale et participe à l'épanouissement de la personnalité de l'individu⁷⁰. Ainsi, préserver son identité au sens de l'article 8 n'implique-t-il pas le droit de refuser une complète transparence à l'égard de la société, le droit de garder le secret de sa personnalité⁷¹? On peut aisément comprendre que ces enfants n'aient pas envie qu'on les identifie tout au long de leur vie comme des enfants nés de GPA, considérée frauduleuse qui plus est. On pourra alors regretter que la Cour ne soit pas allée plus loin, qu'elle n'ait pas appuyé son argumentation sur sa jurisprudence selon laquelle l'identité doit être établie, proclamée pour aider au développement et à l'épanouissement personnel.

⁶⁶ F. VASSEUR-LAMBRY, « L'identité, l'état civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes », *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, précité, pp. 69-70.

⁶⁷ G. SICARD, « L'identité historique », *L'identité de la personne de la personne humaine – Etude de droit français et de droit comparé*, sous la dir. de J. POUSSON-PETIT, Bruylant, 2002, p. 115 et s.

⁶⁸ Arrêt Mennesson, § 60.

⁶⁹ Ibid §71.

⁷⁰ Cour.eur.dr.h., Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 160, p. 16, § 39.

⁷¹ Voy. l'opinion du juge L.-E PETTITI sous Cour.eur.dr.h., arrêt Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984.

2- Identité et filiation

De l'avis de la Cour, les enfants se trouvent dans une situation d'incertitude juridique quant à leur filiation du fait du refus des autorités françaises d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte. Cette incertitude résulte de la rigueur de la jurisprudence de la Cour de cassation qui dans les arrêts de 2011 a réaffirmé le principe selon lequel les conventions de mères porteuses sont nulles, d'une nullité d'ordre public et qu'en conséquence, elles ne peuvent produire effet en droit français au regard de la filiation. Selon la Cour de cassation, ce sont les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes relevant de l'ordre public qui s'opposent à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat. Cette rigueur s'est intensifiée depuis les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013⁷². Si « *Plus encore que pour toute autre règle, le droit de la filiation est une technique juridique dépendant d'une idéologie* »⁷³, ne doit-il pas dépendre également de l'intérêt de l'enfant ?

La filiation est un fait naturel que la loi transforme en fait juridique. Elle est alors le lien qui unit l'enfant à chacun de ses parents, permettant l'identification de chaque sujet de droit par la désignation de ses père et mère. Ce lien l'inscrit dans sa famille et détermine sa nationalité⁷⁴. La filiation est incontestablement la principale source des identités individuelles⁷⁵. Nonobstant l'absence de dispositions relative à la filiation dans le texte de la Convention, la Cour a été amenée, en plusieurs occasions, à se prononcer sur la question de la compatibilité de l'impossibilité de faire établir un lien juridique entre un enfant et un parent avec le droit au respect de la vie privée. Deux cas de figures se sont présentés : soit aucun lien biologique ne liait l'enfant et le parent, soit ce lien biologique existait entre l'enfant et le parent. Dans la première hypothèse, la Cour a déjà jugé que les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter, n'imposant aucune obligation positive à l'État le conduisant à reconnaître un quelconque lien de filiation, naturel ou adoptif⁷⁶. Toutefois, au nom du principe selon lequel la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, et plus particulièrement à la

⁷² Cass. Civ.1^{ère}, 13 septembre, n°1091 et n°1092, *précité*, et doctrine note 37.

⁷³ P. Malaurie, *La famille*, éd. Cujas, 6^e édition, 1998-1999, n°450, p. 256.

⁷⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant, Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 15

⁷⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Construction de l'identité et droit de la famille », *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es. L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, *précité*, pp. 91 et s.

⁷⁶ Cour.eur.dr.h., arrêt X, Y, Z, c. Pays-Bas, 22 avril 1997 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012 ; Cour.eur.dr.h., arrêt Harroudj c. France, 4 janvier 2013.

lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant⁷⁷, la Cour reconnaît que cela n'exclut pas que les États parties à la Convention puissent se trouver, en certaines circonstances, dans l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux⁷⁸. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille⁷⁹. En revanche, dans l'hypothèse où il est question d'établir un lien juridique entre un enfant et un parent biologique, la Cour a affirmé que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain. Ainsi, tout en reconnaissant la légitimité des législateurs nationaux à assurer la stabilité et la sécurité des filiations et de protéger les intérêts des enfants, la Cour met en avant l'intérêt vital de l'enfant à voir établir son lien de filiation⁸⁰. Dans la jurisprudence de la Cour, il existe donc un droit de l'enfant à faire coïncider sa filiation juridique avec ses origines biologiques.

Or, l'État français a refusé de reconnaître la réalité du lien unissant messieurs M. et L. à leurs enfants au motif que le projet des requérants était celui de leur couple et qu'il n'y avait pas lieu de dissocier les situations respectives des membres de celui-ci. Le gouvernement conteste également le privilège qui pourrait être accordé à un critère purement biologique. On ne sera pas surpris par cette prise de position au moins pour deux raisons. Tout d'abord, parce que la volonté de « sanctionner » les couples en raison des moyens mis en œuvre pour la réalisation de leur projet parental a été clairement exprimée par la Cour de cassation. Ensuite, parce que le droit français, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 4 juillet 2005 et de la loi du 16 janvier 2009, est construit sur les principes d'égalité, de vérité et de sécurité, et qu'aucune prépondérance n'est reconnue à la vérité biologique.

Une lecture trop hâtive de ces deux arrêts pourrait nous amener à penser que la Cour ne retient le grief de la violation de l'article 8 que sous le seul angle du lien de filiation entre les enfants et leurs pères, or la Cour souligne que les enfants se trouvent, en raison du refus des autorités de reconnaître leur filiation, dans une situation d'incertitude juridique qui affecte tout particulièrement deux éléments incontestables de l'identité filiale, à savoir la nationalité

⁷⁷ Cour.eur.dr.h., arrêt *Maire c. Portugal*, 26 juin 2003, §72 ; arrêt *Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 120.

⁷⁸ Cour.eur.dr.h., arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, Série A, n°280-B, § 50 ; Cour.eur.dr.h., arrêt *Pini et autres c. Roumanie*, 22 juin 2004, §§ 150 et s.

⁷⁹ Cour.eur.dr.h., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, Série A n°297-C, §32 ; Arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* précité §119.

⁸⁰ Voy. arrêt *Mikulic précité* §35, arrêt *Jäggi précité* §38 ; voy. également : Cour.eur.dr.h., arrêt *Paulik c. Slovaquie*, 10 octobre 2006 ; Cour.eur.dr.h., arrêts *Grondmark et Blacklund*, 6 juillet 2010 et Cour.eur.dr.h., arrêt *Pascaud C. France*, 8 novembre 2012.

et les droits successoraux des enfants⁸¹. Et dans ces développements, la Cour vise aussi bien la filiation maternelle que paternelle, elle ne fait donc aucune distinction. Par ailleurs, dans les arguments avancés pour justifier de la recevabilité de la requête⁸² ou pour justifier du résultat du contrôle de proportionnalité⁸³, la Cour prend certes appui sur les principes dégagés par la jurisprudence à l'occasion des affaires relatives à l'établissement d'un lien juridique entre l'enfant et le parent biologique, mais elle garde le silence sur la question de la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent « non biologique », c'est-à-dire la mère intentionnelle. Faut-il en conclure que la filiation implique que le lien unissant l'enfant à ses parents ne soit que biologique ? La réponse nous semble devoir être négative, car il existe des hypothèses où il y a discordance entre l'identité personnelle et l'identité génétique. Dans l'adoption par exemple, cette discordance est bien réelle, elle l'est d'autant plus dans l'hypothèse de l'adoption par un couple de même sexe⁸⁴. Par ailleurs, dans le cas d'un enfant né dans le secret, l'identité génétique ne constitue pas le soubassement de l'identité civile. Les rapports entre filiation génétique et filiation juridique peuvent donc s'avérer complexes. En l'espèce, les enfants M. et L. sont nés de mères porteuses qui ne sont pas leurs mères génitrices puisque les embryons ont été fécondés avec les gamètes de deux donneuses anonymes. En outre, pourquoi ici l'enfant serait-il privé en droit français de sa filiation maternelle alors que celle-ci a été établie par le droit étranger, en l'occurrence un jugement ? La réponse s'avérerait encore plus délicate si les enfants étaient issus des ovules de leur mère intentionnelle respective. Enfin, si la Cour avait choisi d'écarter la question de la reconnaissance du lien entre les enfants et leur mère intentionnelle pour se cantonner au seul défaut de reconnaissance de la filiation paternelle, pourquoi n'aurait-elle pas clairement justifié sa position ?

⁸¹ Arrêt Mennesson, §§97-98

⁸² Ibid, § 46.

⁸³ Ibid, § 101.

⁸⁴ En France, l'adoption par un couple de même sexe est possible depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. Aujourd'hui, 11 pays européens (dont 9 membres de l'Union européenne) reconnaissent le mariage homosexuel : les Pays-Bas (depuis 2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède (2009, avec une disposition obligeant l'Eglise à trouver un pasteur pour célébrer les mariages religieux), la Norvège (2009), le Portugal (2010), l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France et la Grande-Bretagne (Angleterre et Pays de Galles, 2013). Dans ces États, les couples homosexuels qui se marient ont les mêmes droits que les couples hétérosexuels. Le Luxembourg a autorisé en juin 2014 le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels. Les premiers mariages y sont célébrés depuis le 1er janvier 2015.

B) L'impact des arrêts Mennesson et Labassee

Les autorités françaises se doivent, conformément à l'article 46 de la Convention européenne, de tirer les conséquences d'une telle condamnation prononcée au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elles n'ont pas d'autres choix que de mettre le droit français en conformité avec les arrêts ainsi rendus, au risque de subir de nouvelles condamnations. Mais en raison de la formulation de la solution, les choses ne sont pas aussi simples qu'il n'y paraît. Quoi qu'il en soit, en raison de l'effet incitatif des arrêts de la Cour⁸⁵, nous pensons que l'ensemble des États devront agir de concert pour apporter des solutions conformes aux droits fondamentaux des protagonistes.

1- L'impact de la condamnation européenne sur le droit français

Cette condamnation ne signifie nullement que la France soit dans l'obligation de légaliser la GPA. Comme nous l'avons mis en évidence, la Cour a non seulement reconnu aux États une large marge nationale d'appréciation dans leurs décisions relatives à la GPA, mais elle considère que la France a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des requérants dans le domaine de leur droit au respect de leur vie familiale. La Cour refuse ainsi de reconnaître par le truchement de la vie familiale un quelconque droit à l'enfant⁸⁶ et aucune obligation positive d'admettre le fait accompli à l'étranger et de le transformer en situation juridique valable en France n'a été imposée⁸⁷. En revanche, les autorités nationales doivent prendre acte des conséquences de la violation du droit à l'identité des enfants nés d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger. Il n'aura fallu que quelques mois pour que la jurisprudence européenne trouve écho auprès des juridictions nationales françaises.

Le Conseil d'Etat fut le premier à avoir entériné les principes dégagés à l'occasion des arrêts Mennesson et Labassee dans un arrêt du 12 décembre 2015⁸⁸. La haute juridiction administrative a en effet refusé de faire droit aux recours en annulation initiés contre la circulaire du 25 janvier 2013 qui prescrit aux procureurs généraux, aux procureurs de la République et aux greffiers en chef des tribunaux d'instance qu'il soit fait droit aux demandes de délivrance de certificats de nationalité française (CNF) aux enfants nés à l'étranger de parents français alors même qu'il apparaît avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait

⁸⁵ L'effet *erga omnes* n'est certes pas expressément reconnu par la Convention européenne, mais il se déduit de l'autorité des arrêts rendus par la Cour.

⁸⁶ A. GOUTTENOIRE, « Convention de gestation pour autrui.- Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », *article précité*.

⁸⁷ L. D'AVOUT, « La « reconnaissance » de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee », *article précité*.

⁸⁸ CE, 12 décembre 2014, n°365779, JurisData n°2014-030462.

recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. La circulaire indique très clairement que dans un tel cas, cette circonstance ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF⁸⁹. Le Conseil d'Etat considère que « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un Français est établie ; que, par suite, en ce qu'elle expose que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, peuvent être, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, regardés comme probants, au sens de l'article 47, la circulaire attaquée n'est entachée d'aucun excès de pouvoir* ». Force est de reconnaître que le Conseil d'Etat s'est érigé en gardien du respect de la hiérarchie des normes et, tout particulièrement, de ce qu'implique l'exécution d'un arrêt de la Cour européenne⁹⁰, confirmant ainsi sa qualité de garant de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹¹. Au-delà des questions techniques et des ambiguïtés conceptuelles qui peuvent résulter de cette décision⁹², la haute juridiction administrative apparaît comme l'acteur privilégié du dialogue des juges. Ce dialogue devrait aboutir dans tous les cas à une meilleure prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, quoi qu'il en soit, ne doit pas être instrumentalisé au nom

⁸⁹ v. notamment, I. Corpart « Entrée en vigueur de la circulaire « Taubira » relative à la délivrance des certificats de nationalité française », *Revue générale du droit on line*, 2013, numéro 5060 ; J.-F. Binet « Circulaire « Taubira » - Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP ed G* 2013, Actualités 161 ; C. Neirinck, « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. fam.*, mars 2013, n° 3.

⁹⁰ Arrêts de section Baumet du 4 octobre 2012 (n°328502) et d'Assemblée Vernes du 30 juillet 2014 (n°358564) publié au recueil Lebon: « *Il résulte des stipulations de l'article 46 de la conv.EDH que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un Etat partie à la convention implique, en principe, que cet Etat prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la Convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation* ».

⁹¹ F. Vasseur-Lambry, « Le cas de l'enfant né hors la loi française : CE, 12 décembre 2014, n°365779 », *chron. des droits de l'enfant, LPA*, 5 août 2015, n°155, pp. 4-11.

⁹² H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité française validée », *D.* 2015, p. 357.

de la défense d'un ordre public qui en oublierait d'en protéger les plus vulnérables⁹³. En validant cette circulaire, le Conseil d'État a non seulement transposé le raisonnement de la Cour européenne, mais il a aussi rattaché la nationalité à l'identité des personnes.

S'agissant de la question de la filiation des enfants nés de GPA régulièrement pratiquées à l'étranger à l'égard de leurs parents d'intention, nombreux sont les auteurs à avoir circonscrit les conséquences de la condamnation européenne à la seule filiation paternelle⁹⁴. Selon cette logique, il suffirait que les pères intentionnels, à condition d'être les pères biologiques, demandent la transcription de l'acte de naissance étranger ou qu'ils reconnaissent leur enfant conformément à l'article 316 du code civil. Les membres du parquet devront alors s'abstenir de tout recours en annulation au nom de l'autorité des arrêts de la Cour européenne et la Cour de cassation devra abandonner sa jurisprudence pour le moins rigoureuse de 2013, afin de permettre la reconnaissance du lien de filiation paternelle⁹⁵, avec très probablement un test ADN, voire un contrôle de l'authenticité de l'acte de naissance étranger. Soucieuse de ménager les souverainetés étatiques, la Cour européenne n'oblige pas en effet les États parties à autoriser l'entrée sur leur territoire des enfants nés à l'étranger sans procéder à des vérifications juridiques pertinentes⁹⁶. A peine quelques jours après la décision du Conseil d'Etat, la Cour d'appel de Rennes est la première juridiction judiciaire à avoir dissipé certaines zones d'ombre au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un arrêt du 16 décembre 2014⁹⁷, la Cour d'appel a ordonné la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA pratiquée en Russie désignant un ressortissant Français en qualité de père et la femme ayant accouché en qualité de mère, l'acte de naissance satisfaisant aux exigences de l'article 47 du code civil. La Cour d'appel a clairement fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur la fraude se conformant ainsi à la jurisprudence européenne. Au printemps 2015, le tribunal de grande instance de Nantes⁹⁸ a fait droit à la demande de transcription sur les registres du service central de l'état civil d'actes de naissance d'enfants nés de GPA

⁹³ J.-P. Marguénaud, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, *RTD civ.* 2014, p. 835.

⁹⁴ M. FARGE, « La filiation des enfants issus d'une GPA : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. N°21 ; F. SUDRE, *JCP ed G* n°28, 14 juillet 2014, doct. 832 ; P. MURAT, *JCP ed G*, n°38, 15 septembre 2014, doct. 953 ; P. MURAT, *JCP ed G*, n°38, 15 septembre 2014, doct. 953 ; A. GOUTENOIRE, *article précité*.

⁹⁵ La transcription de la seule filiation paternelle est l'une des préconisations du Conseil d'Etat présentée dans une étude consacrée à la révision des lois bioéthiques du 9 avril 2009, Voy. *La révision des lois bioéthiques*, Doc. Fr. coll. Etudes et documents, Conseil d'Etat, 2009.

⁹⁶ Décision d'irrecevabilité, D. et autres c. Belgique, req. n°29176/13, 8 juillet 2014.

⁹⁷ CA Rennes, 16 décembre 2014, n°13/08461.

⁹⁸ TGI Nantes, 1^{ère} ch., 13 mai 2015, n°14/07497, n°14/07499 et n°14/07503.

pratiquées en Ukraine⁹⁹, en Inde¹⁰⁰ et aux Etats-Unis¹⁰¹. Selon le tribunal, le fait que la naissance des enfants soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt de l'enfant qui ne saurait se voir opposer les conditions de sa naissance. Non seulement le tribunal consacre l'évidence selon laquelle l'enfant n'est en rien responsable des circonstances de sa naissance, mais il ne dissocie pas filiation maternelle et paternelle affirmant que « *le fait que Madame L.R soit portée à l'acte en tant que mère des enfants alors qu'elle n'a pas accouché ne saurait, au regard de l'intérêt des enfants tel que déterminé par la Cour européenne, justifier le refus de reconnaissance de cette filiation dans la mesure où il n'est pas contesté que cette filiation maternelle est la seule juridiquement reconnue aux enfants comme régulièrement établie dans le pays de naissance* »¹⁰². Il est important de souligner que le parquet a fait appel de ces trois décisions. Enfin plus récemment, saisie de deux pourvois relatifs à la transcription d'actes de naissance d'enfants nés de GPA pratiquées en Russie dont l'un concerne l'arrêt précité de la Cour d'appel de Rennes, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation s'est prononcée, le 3 juillet dernier¹⁰³, en faveur de la transcription des actes de naissances mentionnant l'homme, ressortissant français, en qualité de père et la femme ayant accouché en qualité de mère. L'Assemblée plénière considère que les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer à chacun des cas d'espèce et que dès lors la théorie de la fraude ne peut faire échec à la transcription de l'acte de naissance.

Ces arrêts de la Cour de cassation, pourtant conformes aux principes dégagés dans les arrêts Mennesson et Labassee, n'ont pas permis, en raison des faits des deux espèces, de lever les incertitudes liées à la question de la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention. A ce titre, le résultat de l'appel formé par le procureur de la République de Nantes à l'encontre des trois jugements du 13 mai dernier est très attendu. De son côté, la Cour européenne n'a pas fait preuve d'une grande clarté à ce sujet. Ainsi la question de la filiation maternelle reste ouverte, ce qui en soi paraît tout à fait curieux et non souhaitable au regard du droit de

⁹⁹ Les actes de naissance des deux enfants nés en Ukraine (Kiev) désignent les parents d'intention, un couple de ressortissants français mariés, en qualité de père et mère des enfants ainsi nés.

¹⁰⁰ L'acte de naissance de l'enfant né en Inde (New Delhi) désigne un ressortissant français en qualité de père de l'enfant. Il n'est nulle part fait mention de la femme qui a accouché. L'enfant est donc dépourvu de filiation maternelle.

¹⁰¹ L'acte de naissance de l'enfant né en Californie (Torrance) désigne un ressortissant français en qualité de père de l'enfant et la femme, ressortissante américaine, ayant accouché en qualité de mère.

¹⁰² TGI Nantes, 1^{ère} chambre, 13 mai 2015, n°14/07497.

¹⁰³ Arrêt n°619 (14-21.323) et arrêt n°620 (15-50.002).

l'enfant à son identité. Pourtant, il ne nous semble pas que la Cour européenne ait donné la préférence à la filiation paternelle, quand bien même, elle ait cherché dans les arrêts Mennesson et Labassee à démontrer que la contradiction du droit français était encore plus évidente à l'égard de la filiation paternelle qu'à l'égard de la filiation maternelle : « *Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant* »¹⁰⁴. Par ailleurs, cette distinction entre filiation paternelle et filiation maternelle ne nous paraît pas cohérente¹⁰⁵. Sans doute aurait-il été plus simple ou plus sage pour la Cour de justifier sa solution en se référant expressément au rapport d'Irène Théry¹⁰⁶ qui figure pourtant dans la partie des arrêts relative au « droit et pratique internes pertinents ». Mais peut-être a-t-elle pris conscience de l'impact d'une telle décision et n'a pas osé aller au bout de sa logique préférant laisser le choix de l'interprétation à l'État français. Les détracteurs de la GPA dénoncent le jeu d'une filiation « inventée », fondée sur l'abandon programmé et le mensonge. Mais d'une certaine façon, la filiation d'un enfant né grâce à un don de gamètes dans le cadre d'une PMA ne participe-t-elle pas de cette filiation inventée ? Et que dire de l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère, autorisée depuis la loi du 17 mai 2013, alors que cette dernière a eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD) pratiquée à l'étranger, contournant ainsi la loi qui ne l'autorise qu'au bénéfice des couples hétérosexuels souffrant d'infertilité pathologique ou ne voulant pas transmettre une maladie génétique à leur descendance¹⁰⁷.

Mais que l'on se rassure, cette évolution de la jurisprudence qui devrait bénéficier aux enfants accueillis et élevés par des parents d'intention sur le territoire français ne signifie nullement l'obligation pour l'Etat français de légaliser la GPA. La Cour européenne, faut-il le rappeler, ne condamne pas l'interdiction légale édictée par la France. Bien au contraire, elle affirme comprendre que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés d'une GPA et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir à une mère porteuse dans le but légitime de préserver les enfants et la mère porteuse, autrement dit « la protection de la santé » et « la protection des droits et

¹⁰⁴ Arrêt Mennesson, § 100.

¹⁰⁵ H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leur père. Regard prospectif sur les arrêts Labassee et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014. », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1773.

¹⁰⁶ Voy. Le rapport du groupe de travail *Filiation, Origines, Parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, présidé par I. THERY, avril 2014, p. 19 : « *Nous ne nous prononçons pas sur l'encadrement de la gestation pour autrui (GPA), le groupe étant très divisé à ce sujet. En revanche, dans l'intérêt majeur de l'enfant, nous préconisons unanimement la reconnaissance des filiations issues de GPA à l'étranger* », et pp. 185 et s.

¹⁰⁷ Cour de cassation, Avis n°15010 et 15011, en date du 22 septembre 2014 : Le recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP) à l'étranger, par insémination artificielle avec donneur anonyme, ne fait pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu.

libertés d'autrui » au sens de l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention européenne¹⁰⁸. Dès lors, un autre défi est lancé aux États : celui de l'internationalisation de la GPA et des conventions de mère porteuse. Comment protéger l'enfant à naître, comment faire échec au commerce des enfants et des « ventres à louer » ? D'autres enjeux liés à l'indisponibilité du corps humain, à la marchandisation du corps vont devoir être abordés, discutés cette fois sur la scène internationale.

2- Une nécessaire prise de conscience collective

Un principe de réalité s'impose aujourd'hui aux États : l'édiction d'un interdit légal, fût-il assorti du sceau de l'ordre public, ne suffit pas à décourager des couples qui déjà éprouvés par le sort de l'infertilité (ou autre), se rendent à l'étranger. L'essor des conventions de maternité de substitution internationales en témoignent et avec lui son cortège de problèmes concernant le statut juridique des enfants nés suite à de telles conventions et ceux qui illustrent de manière flagrante les risques d'exploitation et d'abus¹⁰⁹. Les risques sont en effet nombreux et concernent la possible vulnérabilité de toutes les parties aux conventions de maternité de substitution internationales : exploitation économique de la mère porteuse, sélection des embryons, abandon de l'enfant s'il n'est pas conforme aux désirs des parents commanditaires, vente de l'enfant par la mère porteuse aux enchères grâce à internet etc. Par ailleurs, le régime juridique de telles conventions ne va pas sans poser de problème juridique qu'il s'agisse du contenu et du contrôle des éventuelles conventions, du contrôle de l'intérêt de l'enfant ou de l'exécution des conventions¹¹⁰.

En Europe aucun texte contraignant n'a été adopté, même si plusieurs initiatives ont vu le jour au sein du Parlement européen¹¹¹ ou du Conseil de l'Europe¹¹². Pourtant, le comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales du Conseil de l'Europe (CAHBI) a publié en 1989 une série de principes parmi lesquels figurent l'interdiction de l'utilisation des techniques de procréation artificielle pour la conception d'enfant qui sera porté par une mère

¹⁰⁸ Arrêt Mennesson, §62.

¹⁰⁹ *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère internationale*, Rapport établi par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, Doc. pré-l. n°11 de mars 2011 : www.hcch.net.

¹¹⁰ J. Hauser, « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », *La liberté de la personne sur son corps*, sous la dir. de P. MUZNY, Dalloz. Thèmes et Commentaires, 2010, pp. 95-102.

¹¹¹ « *Toute forme de maternité de substitution doit être en général rejetée* », Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989 Fécondation artificielle in vivo et in vitro, JO, C 96, 117-04-1989, p. 173, §11.

¹¹² L'assemblée parlementaire du Conseil a élaboré un projet de rapport visant à encadrer la GPA pour en autoriser la pratique en cas de stérilité. Mais la commission des questions sociales a décidé d'abandonner ses travaux 6 mois plus tard. AS/Soc (2005)9 révisé 2, 5 juillet 2005 « *Pour une reconnaissance et un encadrement de la maternité de substitution, une alternative à la stérilité* », Rapporteur : Michael Hancock, Royaume-Uni, LDR.

de substitution, ainsi que l'inopposabilité de principe d'un contrat de mère porteuse. Toutefois, des dérogations sont envisagées, mais uniquement dans un cadre médical et seulement à deux conditions : la non patrimonialité de l'opération et la possibilité pour la mère porteuse de garder l'enfant à la naissance¹¹³.

L'internationalisation du phénomène de la maternité de substitution appelle selon nous une réponse mondiale. Il est illusoire d'envisager que l'action individuelle d'un État puisse résoudre l'ensemble des problèmes¹¹⁴. Ce constat avait déjà été fait dans le contexte de l'adoption internationale ; il est l'un des motifs qui a conduit d'ailleurs à l'élaboration de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Une étude réalisée et publiée en 2014 par la Commission internationale de l'état civil (CIEC)¹¹⁵ permet d'avoir un aperçu de l'ampleur du phénomène du recours à une mère de substitution en Europe sur un panel de 13 Etats membres¹¹⁶. Il en résulte que le nombre de couples ou personnelles seules sollicitant l'enregistrement d'enfants nés à l'étranger et pour lesquels ils existent des soupçons de recours à une mère porteuse étrangère est croissant, mais qu'il semble plus important dans certains pays que dans d'autre, ce qui aboutit à des dispositifs variables.

A ce jour, des pistes au sujet d'une réglementation multilatérale sont étudiées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé¹¹⁷. Après avoir reconnu dès 2010 la complexité des questions relatives au droit international privé et à la protection des enfants résultant du nombre croissant de contrats internationaux de maternité de substitution, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (le Conseil) a invité le

¹¹³ Principes énoncés dans le rapport du comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (CAHBI, publié en 1989) *Principe 15* :

1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution.
2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit.
3. Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative.
4. Toutefois, les Etats peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:
 - a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
 - b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant.

¹¹⁴ voir « International Co-opération and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption », de J.H.A Van Loon, *Recueil des Cours*, volume 244 (1993-VII, §31.

¹¹⁵ *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les Etats membres de la CIEC*, note de synthèse rédigée par F. Granet et le Secrétaire Général de la CIEC, mise en ligne en février 2014, URL : <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>.

¹¹⁶ Allemagne - Belgique - Espagne - France - Grèce - Italie - Luxembourg - Pays-Bas - Pologne - Portugal - Royaume-Uni - Suisse - Turquie.

¹¹⁷ Sur l'avancée des travaux, voy. www.hcch.net, sous la rubrique « Filiation/ Maternité de substitution ».

Bureau Permanent à rendre compte de ces questions, d'une part, en recueillant des informations sur les besoins pratiques dans ce domaine, les développements comparatifs relatifs au droit interne et au droit international privé, ainsi que les perspectives de parvenir à un consensus sur une approche mondiale et, d'autre part, en consultant les professionnels du droit, les professionnels de la santé et d'autres professionnels concernés au sujet de la nature et des répercussions des problèmes soulevés dans ce domaine¹¹⁸. A l'occasion de la réunion du Conseil en 2014, ce dernier a convenu que des travaux devraient être poursuivis en vue d'approfondir l'étude la faisabilité d'établir un instrument multilatéral dans le cadre du projet « Filiation / Maternité de substitution ». Tout le problème est en effet de savoir s'il est possible de trouver un terrain d'entente pour progresser vers une approche multilatérale des aspects transfrontières de la filiation juridique, en gardant à l'esprit la diversité des approches nationales des questions relatives à la filiation juridique en droit interne et en droit international privé, ainsi que les délicates questions d'ordre public lié à l'environnement socioculturel des Etats¹¹⁹. Enfin, lors du Conseil de 2015 sur les affaires générales et la politique, les Membres de la Conférence de La Haye ont décidé de constituer un Groupe d'experts pour étudier la possibilité de poursuivre les travaux dans ce domaine¹²⁰.

Par ailleurs, afin de protéger les femmes et les enfants contre toute forme d'exploitation économique, facilitée par l'existence de véritables trafics, il serait tout à fait possible d'envisager le recours aux dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains qui est entrée en vigueur le 1er février 2008¹²¹. 43 Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifiés ou adhésés à ladite convention. Cet outil nous paraît d'autant plus intéressant qu'il poursuit un triple objet. Il s'agit tout d'abord de prévenir et combattre la traite des êtres humains, en garantissant l'égalité entre les femmes et les hommes ; ensuite de protéger les droits de la personne humaine des victimes de la traite, de concevoir un cadre complet de protection et d'assistance aux victimes et aux témoins, en garantissant l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi que d'assurer des enquêtes et des poursuites efficaces ; et enfin de promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la lutte contre la traite des êtres humains. La mise en œuvre de ces principes sur le terrain

¹¹⁸ Voy. le rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, Bureau permanent de la Conférence de La Haye, Document préliminaire N° 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la conférence, pp. 25-30.

¹¹⁹ Voy. le Document préliminaire n°3B d'avril 2014, à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, pp. 21 et s.

¹²⁰ Voy. Le Document préliminaire n°3B de février 2015, à l'attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, pp. 21 et s.

¹²¹ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_fr.asp#P99_4681.

permettrait autant que possible de démanteler des réseaux de trafiquants et de poursuivre ceux qui profitent de la misère des femmes qui se voient contrainte d'exploiter ainsi leurs corps.

Enfin, il serait illusoire de penser que l'abolition de la GPA, appelée de ses vœux par de nombreux détracteurs, résoudra tous les problèmes. A notre sens, seule une coopération internationale à l'instar de celle initiée par la Conférence de La Haye de droit international privé permettra de réfléchir à des outils pour traiter de ce problème sous tous ses angles dans le respect des droits fondamentaux de toutes les personnes impliquées dans le processus de la GPA. Aux questions d'identité, d'état civil, de fraude à l'ordre public se mêlent aussi plus en amont des questions liées à la dignité humaine, à la protection des corps qui ne peuvent être perçus comme des marchandises. Un défi difficile à relever pour les droits de l'homme.

Août 2015

Fanny Vasseur-Lambry

Maître de conférences en droit privé – HDR, Université d'Artois

Directrice du centre de recherche « Ethique et Procédures » (CEP EA 2647), Université d'Artois