

## RTD Civ.

RTD Civ. 2014 p. 616

État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! (CEDH, 5<sup>e</sup> sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014. 1797, et les obs. , note F. Chénéde  ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon  ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire  ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout  ; AJ fam. 2014. 499, obs. B. Haftel  ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse  ; RTD civ. 2014. 635, obs. J. Hauser )

**Jean Hauser, Professeur émérite de l'Université de Bordeaux (Faculté de droit CERFAP)**

Il serait pour le moins excessif de dire que la solution retenue, dans les deux arrêts, par la Cour EDH était imprévisible (RTD civ. 2014. 328). Compte tenu des critères qu'elle applique habituellement dans ce type d'affaire, on pouvait penser que, tôt ou tard, la France serait condamnée (RTD civ. 2011. 340  et 2013. 816 ). Rappelons que la longue bataille des parents ayant eu recours à une gestation pour autrui à l'étranger concernait, pour le premier arrêt, deux jumelles qui sont nées en 2000 et ont donc 14 ans. Elles auront payé, par 14 ans d'incertitude, l'absence de courage et les calculs politiques du législateur français (ce qui ne leur vaut que 5 000 € chacune pour préjudice moral !). Les circonstances sont trop connues pour les rappeler (V. réf. citées) et le contenu de l'arrêt, eu égard aux subtilités de rédaction de la Cour EDH (qui n'échappent évidemment à personne !), sera entre les mains des spécialistes. On s'en tiendra, en attendant le déluge de commentaires, aux motifs essentiels du premier arrêt, le second étant, en substance, semblable, mais on insistera surtout sur l'avenir juridique très incertain qu'ils dessinent.

Si l'on veut bien extraire l'essentiel d'un arrêt de 31 pages, assez bavard comme à l'habitude, avec des références de valeur fort inégale, on retiendra simplement que le refus d'inscription à l'état civil d'enfants nés d'une GPA à l'étranger et qui conduit à les priver de filiation à l'égard de leurs « parents d'intention » (vocabulaire qu'on rapprochera, pour l'avenir, des « mères commanditaires », RTD civ. 2013. 828  et 355 ), se trouve condamné comme portant atteinte à la vie privée desdits enfants et, somme toute, à l'intérêt de l'enfant. Conformément à la phraséologie habituelle de ce type d'arrêt et devant les divergences des différents États, la Cour rappelle la nécessité « d'une ample marge d'appréciation » mais ajoute « qu'il faut prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors qu'on touche à la filiation », ce qui conduit au « juste équilibre » lequel n'est que, malgré toutes les hypocrisies, la traduction... de l'arbitraire du juge européen puisque cet « équilibre », à l'apparence scientifique, n'a rien d'objectif mais dépend uniquement de sa décision ! On notera au passage avec intérêt que la Cour regrette que le droit français n'ait pas permis d'établir au moins la filiation biologique avec le père (éloge de la divisibilité de la filiation qu'on avait évoquée). Au total il n'y a pas eu violation du droit des requérants au respect de leur vie familiale, compte tenu des aménagements possibles, mais il y a eu violation du droit au respect de la vie privée des deux enfants, lesquels se trouvent privés des conséquences d'un lien de filiation. La distinction n'est pas anodine et commandera la portée de la décision.

Où en est alors le droit français ?

Si l'on considère l'arrêt il ne condamne pas l'interdiction de la GPA par l'article 16-7 du code civil mais il en annule peu ou prou la portée puisque le contournement se fera par l'intérêt de l'enfant devenu un pur « fait accompli ».

La seule sanction à l'égard des parents qui recourent à ce procédé serait donc d'ordre pénal mais on sait que les poursuites sont bien rares.

Faut-il donc en conclure, comme nous l'envisagions, que l'article 16-7 du code civil est abrogé par désuétude ?

Tout d'abord on ne voit pas comment on pourrait transcrire la filiation d'enfants nés d'une GPA à l'étranger et ne pas le faire pour des enfants nés d'une GPA en France, sauf à consacrer une redoutable hypocrisie et l'externalisation de la fabrique des enfants ! Seulement cela supposera une redéfinition de la maternité pour les mères commanditaires (ou d'intention) et probablement une révision complète du droit de la filiation.

Ensuite, si la clé de voûte est celle de l'intérêt de l'enfant, il faudra aussi admettre que l'opération effectuée dans un couple de parents de même sexe doit également conduire à une transcription puisque l'intérêt de l'enfant est le même et le respect de sa vie privée non moins essentiel. À distinguer entre couples de femmes et couples d'hommes, on tombera dans la discrimination injustifiée à l'égard des enfants qui en sont nés. Les nombreuses hésitations (V. *infra*) actuelles sur l'adoption dans un couple de femmes après une opération de PMA illégale ne nous paraissent plus de mise. En réalité c'est l'ensemble du droit des PMA - sauf peut-être les conditions de consentement et de forme protectrice - qui sont caduques. L'ordre public de direction y est devenu obsolète, seul subsistant l'ordre public de protection qui pourrait connaître conséquemment un certain renouveau mais, pour l'instant, on ne sait pas lequel.

Précisément, les conditions de ces « contrats » pourraient bien receler quelques nouveaux pièges pour les législateurs attentistes. Non sans naïveté, l'un des rapports commandés récemment par le gouvernement français, et auquel l'arrêt fait référence, encore que ledit rapport n'ait pas été suivi d'effet, conclut, conscient d'un avenir fort incertain, que la reconnaissance de la filiation des enfants nés par GPA « doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine sur le modèle de la Convention de La Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes *via* l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne ». On pourrait bien voir fleurir des contre-exemples qui, exploités par les opposants, rendront la distinction entre les « bonnes GPA » et les « mauvaises GPA » aussi essentielle qu'illusoire, la référence à l'adoption étant loin de convaincre compte tenu des événements récents dans ce secteur. On imagine facilement que la dérive pourra conduire tout simplement à la « fabrication à façon » d'enfants que certains produiront pour d'autres. Quant à la ratification par des États étrangers (notamment les USA) d'un tel accord on en rêve... ! L'enfant « fait accompli », après l'enfant conventionnel de 1994 (J. Hauser, *L'enfant conventionnel*, D. 1996. 182 ) , est une idée respectable, mais courte, qui ne saurait résumer la complexité de la question en ce qu'elle occulte complètement la mère porteuse et la responsabilité des parents de commande à son égard. Dans la mesure où l'arrêt n'avait pas à introduire de distinctions, ni n'en avait le pouvoir, c'est la porte ouverte, sans limite claire, à toutes les GPA. On regrettera, en passant, qu'une fois de plus, l'Europe ait été totalement incapable de trouver une solution commune (sur un précieux panorama, F. Granet-Lambrechts, *État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui*, AJ fam. 2014. 300 ) .

Que va-t-il se passer ?

Seulement maintenant, comme on a laissé les décisions délicates au juge et qu'on a commencé le chantier des nouvelles procréations par la fin, il sera bien difficile au législateur français d'intervenir, laissant à la pratique, à la jurisprudence et finalement aux justiciables le soin de se dépêtrer dans cette jungle juridique, avec la bénédiction du Conseil constitutionnel qui pourrait regretter de ne pas s'être intéressé aux « problèmes de société ». Tout cela méritait mieux et ne permettra pas de se contenter de mesurées discrètes ou partielles (à coup de circulaires ?) : c'est tout l'édifice du droit de la filiation, dont on a retiré la clé de voûte, qui est en train de s'effondrer. Il faudra du courage, de la clairvoyance et de la technicité pour s'y attaquer. Lorsque l'enfant paraît, il n'y a plus rien à dire. Les ex-enfants naturels simples, les ex-enfants adultérins ont ouvert la voie dans laquelle l'enfant issu d'une GPA s'engouffre, il n'y a que le législateur français, affligé d'une myopie idéologique partagée, pour ne pas s'en être aperçu.

Nous voilà donc, avec pour tout viatique pour résoudre les conflits, l'intérêt de l'enfant. La

doctrine et la jurisprudence auront fort à faire pour discipliner cette pieuse notion (V. déjà, G. Hubert-Dias, L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, Étude de droit européen comparé, th. dact. Reims, dir. C. Pons-Brunetti, 2014) dont on découvrira rapidement qu'elle n'est pas toujours efficace pour résoudre les conflits (T. Douville, les conflits d'intérêts en droit privé, th. dact. Caen, dir. C. Aleaume, 2013).

Proposition simple de réforme pour un Parlement français amateur de Harakiri : article 1 La filiation de l'enfant est déterminée par son intérêt supérieur que le juge apprécie souverainement, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme ; article 2 : les titres 7 à 10 du Livre 1 du code civil, les articles L. 1244-1 à L. 1244-7 et L. 2141-1 à L. 2141-11-1 du code de la santé publique sont abrogés.

**Mots clés :**

**FILIATION** \* Mère porteuse \* Transcription d'un acte de l'état civil établi à l'étranger \* Nullité \* Ordre public

**ACTE DE L'ETAT CIVIL** \* Établissement \* Acte de naissance étranger \* Registre de l'état civil \* Transcription \* Intérêt supérieur de l'enfant

**DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Vie privée et familiale \* Mère porteuse \* Registre de l'état civil \* Transcription \* Intérêt supérieur de l'enfant

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.