

RTD Civ.

RTD Civ. 2011 p. 340

L'externalisation et la délocalisation de la fabrication des enfants : arrêt sur image de la maternité pour autrui

(Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486, D. 2011. 1522 , note D. Berthiau et L. Brunet  ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome  ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé  ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ famille 2011. 262  ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel  ; *ibid.* 266, interview M. Domingo  ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc  ; n° 09-17.130, D. 2011. 1522, et le communiqué de la Première présidence  ; AJ famille 2011. 262  ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc  ; n° 10-19.053, D. 2011. 1522  ; AJ famille 2011. 262, obs. F. Chénéde  ; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc , publiés au Bulletin)

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

In limine on regrettera que la question n'ait pas été posée à l'Assemblée plénière comme en 1991. Mais, précisément, peut-être est-ce parce que la Cour a considéré qu'elle était, pour l'instant, réglée, qu'elle s'en est tenue à une formation ordinaire. Nos lecteurs auront pu suivre, pas à pas, le développement de la question (V. réf. citées *infra*) ce qui dispensera d'y revenir en attendant les suites et commentaires qui ne manqueront pas.

Quant aux faits, qu'on ne peut retracer que rapidement, ils sont plutôt simples. Dans le premier arrêt (n° 09-66.486) l'enfant est né en 2001 aux Etats-Unis d'une femme ayant accepté de porter *les gamètes de deux époux*. Le 4 juin de la même année, un tribunal américain constate l'abandon par la mère et l'adoption par les deux époux, l'acte de naissance les désignant comme père et mère. Après transcription au consulat général de France et mention à l'état civil de Nantes le parquet a demandé l'annulation de la seule mention de la mère ce qui lui a été accordé par le tribunal et un arrêt confirmatif, objet du pourvoi.

Dans le second (n° 09-17.130) on trouve trace, toujours aux Etats-Unis, d'une convention de gestation pour autrui (GPA) en 2000, *l'embryon provenant des gamètes de l'homme et d'une donneuse anonyme*. L'acte de naissance dressé fait état d'une filiation avec les deux époux. De retour en France ceux-ci ont procédé autrement en sollicitant du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état de l'enfant à leur égard. Le parquet ayant refusé la transcription à l'état civil de cette mention, ils ont engagé une action principale en ce sens et, subsidiairement, en constatation de la possession d'état du mari. L'arrêt d'appel a rejeté ces demandes (D. 2009. 2845 , note A. Mirkovic  ; RTD civ. 2010. 96, obs. J. Hauser ).

Dans le troisième (n° 10-19.053) un jugement du 14 juillet 2000 de la cour suprême de Californie a conféré à un époux la qualité de « *père génétique* » et à l'épouse celle de *mère légale de deux enfants à naître*, portés par une autre femme. Le consulat de France ayant refusé la transcription, celle-ci a été opérée à l'état civil de Nantes mais le parquet a fait assigner les époux en annulation de la transcription. Un arrêt de la Cour de Paris (RTD. civ. 2008. 93 ) ayant déclaré irrecevable l'action de celui-ci a alors été cassé par la Cour de cassation le 17 décembre 2008 (Bull. civ. I, n° 289 ; RTD. civ. 2009. 107 ). L'arrêt de renvoi (Paris, 18 mars 2010, D. 2010. 1683, obs. V. Egéa , note G. de Geouffre de La Pradelle  ; *ibid.* 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils  ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke  ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ famille 2010. 233, obs. F. Chénéde  ; *ibid.* 147, édito. V. Avena-Robardet  ; RTD civ. 2010. 317, obs. J. Hauser ) a prononcé l'annulation.

Les deux premiers arrêts ont été rendus sur avis conforme des avocats généraux et le troisième sur avis non conforme. On attendra la publication, probable, des conclusions du parquet pour apprécier cette éventuelle nuance qui pourrait être importante, les circonstances étant sensiblement différentes ce qu'aucun organe médiatique n'a mentionné.

Dans les trois cas, avec des motivations légèrement différentes en fonction des demandes et circonstances de la cause, la Cour répond sur deux plans très nettement affirmés : d'une part l'ordre public international français interdit l'effet en France d'une décision étrangère qui contient des dispositions qui « heurtent des principes essentiels du droit français », d'autre part le refus de transcription ne prive pas les enfants des effets de leur filiation reconnue par le droit américain, ni ne les empêche de vivre avec les époux demandeurs, ce qui exclut toute contrariété avec la Convention EDH et son article 8 ou avec leur intérêt supérieur au titre de l'article 3, § 1, la CIDE. Il convient de reprendre les deux arguments de *lege lata* et de poursuivre simplement le débat *de lege ferenda*.

De lege lata, le premier argument ruine les espoirs, excessifs, mis dans une précédente décision de la Cour de cassation qui avait admis, dans un cas très différent, que le partage de l'autorité parentale en cas d'adoption simple prononcée à l'étranger dans un couple de lesbiennes ne heurtait pas l'ordre public international français et ne s'opposait pas à la transcription en France de la décision (V. *infra* n° 19). Le communiqué de la première présidence, publié par la Cour de cassation, rappelle d'ailleurs cet arrêt (RTD. civ. 2010. 547 ) et le fait que le critère est celui de la violation des « principes essentiels du droit français ». Contrairement aux amalgames souvent faits par des commentateurs engagés (dont certains, à l'époque, ont oublié de lire l'arrêt rendu le même jour), qui mettent leur passion avant leur raisonnement, la limite était fort prévisible. Il n'y a pas grand chose de commun entre le fait de partager l'autorité parentale en cas d'adoption simple (ce qui pourrait aisément susciter une réforme en droit français, V. RTD. civ. 2011. 115  et *supra*) et le fait de recourir à une mère porteuse. L'analyse d'un arrêt est autre chose qu'une affaire de propagande et l'excès est frère du dérisoire.

Le second est évidemment plus délicat. Il n'est pas sans curiosité de voir que le développement, à notre sens fort imprudent, de la notion de « famille sociologique » qui s'opposerait à la « famille juridique », c'est-à-dire celle des juristes dépassés qui n'ont pas découvert les merveilles de la construction de la société par la seule sociologie, pourrait bien finalement se retourner contre ses promoteurs, sauf à exclure complètement le droit, ce qui n'est pas inconcevable et parfois souhaité (V. *supra*, n° 18 la référence aux « liens d'affection » sous la plume de la Cour). Assez subtilement la Cour de cassation répond qu'au fond, selon les critères de la jurisprudence européenne et internationale, l'essentiel n'est pas le lien de droit mais le fait que l'enfant puisse concrètement vivre dans la famille où il pourra, en principe, s'épanouir. L'enfant - fait accompli aurait donc finalement une double vie, l'une juridique dans le pays qui l'a vu naître (mais selon le pays ce sera plus ou moins un cadeau pour lui ?) avec les conséquences que cela peut produire en droit international privé, y compris en France, l'autre de fait, encadré par les définitions (?) qu'en donne la Cour EDH par exemple.

C'est bien entendu sur ce dernier terrain que pourra se développer la critique, notamment devant la juridiction européenne : en fait l'enfant pourra-t-il jouir de tous les droits nécessaires à cet épanouissement ? Les difficultés que l'on ne manquera pas de mettre en avant le concernent-elles lui-même véritablement ou seulement ses parents auxquels on pourrait répondre qu'ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes ? Il est probable que l'angle d'attaque sera celui-là et qu'il faudra soigneusement vérifier que l'enfant ne sera pas, une fois encore, une excuse commode pour valider l'illégalité commise par les parents.

De lege ferenda le débat reste ouvert et mériterait d'être mené avec plus de sérieux qu'il ne l'est, les abus de communication étant tels qu'ils obèrent définitivement les nuances que savent fort bien amener les juristes quand on leur en laisse le temps et le loisir. Le cœur (ou l'excitation !) peut parfois tuer la raison.

Tout d'abord il est faux de rabâcher que cela se fait partout et que la France est isolée. Le bel ouvrage, très complet, que vient de produire la société de législation comparée en 2011 prouve amplement le contraire (Gestation pour autrui, *Surrogates mothers*, coll. Colloques, vol. 14 s. F. Monéger (dir.) et cf. son rapport de synthèse p. 9 s.) et, aux Etats Unis, toujours cités (mais la Californie n'est pas les USA !), le tableau est si contrasté qu'aucune position commune n'a pu être présentée. La constatation ne supprime certes pas le débat mais il serait

2

plus clair si l'on voulait bien cesser de mentir sur les chiffres et ainsi de désinformer volontairement avant de produire les résultats douteux d'enquêtes par sondage.

Il conviendrait ensuite de le déconnecter nettement de la question de l'homoparentalité, donc des couples d'homme qui veulent procréer, qui a probablement desservi ceux qui voudraient qu'on accueille le procédé. Les partisans les plus bruyants de l'un étant souvent les mêmes que ceux de l'autre on brouille les choses alors qu'elles n'ont qu'un lien indirect et non nécessaire et que les débats qui se développent parallèlement ne sont pas les mêmes.

Il serait également raisonnable de ne pas se contenter de soutenir le oui ou le non et de se soucier concrètement et précisément des conditions qu'on mettrait au procédé, à supposer qu'on l'admette, et des moyens de faire respecter ces conditions pour éviter qu'on resserve le lendemain l'argument du fait illégal mais accompli, l'enfant devenant le paravent commode de l'illégalité assumée et d'un combat qui concerne surtout les adultes.

Enfin le débat serait aussi plus honnête si l'on voulait bien sortir de l'éternel droit à... ceci ou cela et si une étude objective était faite sur le sort des mères porteuses, fort oublié, au delà de la ridicule présentation d'une foule de femmes prêtes à rendre service gratuitement et généreusement, ce qu'aucun des arrêts rapportés ne vérifie ! Non, le combat de 1972-2001 en faveur des enfants adultérins n'est pas le même que celui d'aujourd'hui (*contra*, J. Rubelin-Devichi, JCP 2011. 29, chron. dr. fam., *in fine* qui n'y voit de plus que la conséquence inévitable de la mondialisation) tout simplement parce que ce dernier met en cause non pas une conception surannée de la société mais la condition humaine de la mère porteuse et que la mondialisation du trafic d'enfants n'est pas la même chose que la mondialisation de la fabrication des automobiles. Le procédé n'est pas une simple affaire parents-enfants mais atteint la condition d'un tiers, les trafics éventuels, la misère, les entremetteurs inévitables, les gouvernements corrompus, le déséquilibre entre les pays et finalement l'esclavage humain dont on connaît déjà les ventes d'organes, etc. Il est intéressant de voir que les trois arrêts concernent des GPA américaines ; où sont donc, en procédure, les GPA indiennes, russes, ukrainiennes, etc. ? On a vu plus haut qu'on n'est, par ailleurs, pas très loin de la fabrication à façon d'un enfant.

Le raisonnement purement fonctionnel, fût-il pédocentrique, y trouve ses limites. Le droit à l'enfant, s'il existe, a un prix. On aimerait bien le connaître précisément et objectivement avant de se prononcer.

Mots clés :

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

Copyright 2013 - Dalloz - Tous droits réservés.