

La gestation pour autrui à travers deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013

Présenté par : Mlle Isabelle DONNAT, ATER en droit privé

Date : 10/09/2013

Séminaire doctoral d'actualités juridiques
Faculté de droit et d'économie
Université de La Réunion



Deux arrêts ont été rendus par la cour de cassation le 13 septembre 2013 concernant la gestation pour autrui et la transcription de la naissance des enfants dans les registres de l'état-civil et semblent remettre en question la dernière circulaire concernant la gestation pour autrui.

Dans les deux cas, un homme seul de nationalité française demande la transcription sur un registre consulaire des actes de naissance des enfants établis en Inde. Dans les deux cas les hommes avaient effectué des reconnaissances prénatales.

Dans la première affaire, la cour d'appel de Rennes le 21/02/2012 a ordonné la transcription en retenant que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations des actes litigieux n'étaient pas contestées. En effet, la mère était la femme indienne qui avait accouché.

Dans la deuxième affaire, la cour d'appel de Rennes le 10 janvier 2012 refuse d'ordonner la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil français. Elle estime dès le début qu'il y a fraude à la loi non seulement par le contrat de mère porteuse et par une sorte « d'achat d'enfant », ce que ne reconnaît pas le père de l'enfant qui estime qu'il y a défraiement et non rémunération.

Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation rend un attendu identique et refuse la transcription sur les registres d'état civil français.

En effet, pour la Cour, en l'état du droit positif, le refus de la transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger est justifié quand cette naissance est issue d'une convention de gestation pour autrui. Il est constaté une fraude à la loi française et cette convention même licite à l'étranger est nulle d'une nullité d'ordre public en France.

Dans la deuxième affaire, la cour précise que concernant l'enfant, étant donné l'existence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent être invoqués. De plus, l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code. Comme la fraude à la loi commise par l'homme est caractérisée, la reconnaissance paternelle doit être annulée.

Ainsi, la Cour de cassation réaffirme que l'acte fait à l'étranger en fraude de la loi française ne produit aucun effet en France. Cependant, se pose le problème du recours à la convention de mère porteuse et des conséquences du refus de transcription sur les registres d'état civil français.

Après avoir examiné le traitement par la France de la convention de mère porteuse faite à l'étranger(I), nous essaierons d'envisager les conséquences de ce refus de transcription(II).

I- Le traitement par la France des conventions de gestation faites à l'étranger : Le fondement du refus de la convention de mère porteuse

La convention de mère porteuse est interdite en France par le principe que c'est la femme qui accouche qui est la mère. D'ailleurs, au Moyen Âge, l'accouchement était public¹.

La loi bioéthique du 29 juillet 1994, reprise aux articles 16-5 du code civil, et suivants du code civil interdit formellement la gestation pour autrui ; d'ailleurs, l'article 16-7 précise que : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Elle est d'ailleurs sanctionnée par une amende de 15 000 euros et une peine d'un an d'emprisonnement, conformément aux dispositions de l'article 227-12 du code pénal. D'ailleurs, l'article 16-9 précise que cet article est d'ordre public. Et il faut noter que cette disposition fait partie de l'ordre public international français, comme le souligne la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 2008.

Ainsi, l'interdiction des conventions de gestation pour autrui va plus loin que la simple restriction à la liberté contractuelle.

Cependant, nombreux États (USA, Russie, Canada, Brésil, Australie, GB...) étrangers valident la convention de mère porteuse et la pratiquent depuis des années. Et il semblerait que 500 à 800 couples de français recourent chaque année à ce type de convention à l'étranger. Il faut noter que le système de l'adoption est tellement lent et compliqué et ne garantit pas un bébé, qu'il est compréhensible que des couples ou des célibataires recourent à cette méthode permise et licite à l'étranger. Le but premier est d'avoir un enfant.

La convention de façon générale porte sur la location du ventre de la femme, qui portera l'enfant d'une autre personne ou d'un couple. D'ailleurs, dans la plupart des cas, c'est bien l'enfant du couple originel puisque l'enfant est issu des gamètes du couple ou du moins du père.

La Cour de cassation a à connaître régulièrement des affaires portant sur la gestation pour autrui. Ce qui est demandé à l'État français, c'est la transcription sur les registres de l'état civil français de la naissance de l'enfant, et de sa filiation.

Or la jurisprudence a tantôt validé la transcription à l'égard du père tantôt annulée toute transcription.

Ainsi, dans un premier arrêt du 06 avril 2011², la cour de cassation refusait une demande d'adoption par la femme du père de l'enfant et ne permettait pas la transcription de la femme intentionnelle comme mère de l'enfant. Le recours à l'adoption était impossible puisqu'il permettait de contourner une loi française.

Un autre arrêt³ indiquait que la transcription était impossible car cela violait les articles 16-7 et 16-9 d'un code civil et que cela contrevenait au principe de l'indisponibilité du corps humain. La cour indiquait déjà que : « dans la mesure où il donnait effet à une convention de cette nature, le jugement "américain" du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres d'état civil français devait être annulée ; qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par

¹LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2e éd, Dalloz, 2010, n°132-1

²Cour de Cassation du 06/04/2011, N° de pourvoi: 09-66486, Publié au bulletin Rejet, Site Légifrance.

³Cour de cassation du 06/04/2011, N° de pourvoi: 10-19053, Site de Légifrance

l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Dans un troisième arrêt⁴, la cour campe sur ses positions et ne permet pas la transcription sur les registres de l'état civil et elle précise que la possession d'état pour l'enfant ne peut être invoquée.

Admettre l'inscription à l'état civil de la filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger reviendrait à valider a posteriori une procédure interdite par la loi française, ainsi, la convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle et ne peut donc produire aucune espèce d'effet juridique. Ce principe posé par la Cour en 2011 est repris en 2013.

Et, dans les deux arrêts en espèce, la Cour va encore plus loin et invalide la transcription à l'égard des pères qui avaient dans les deux cas procédé à une reconnaissance prénatale. Cette reconnaissance est nulle. Elle ne précise d'ailleurs pas, comme elle le faisait dans les arrêts de 2011, que l'enfant peut rester vivre avec ses parents de faits.

Quelles sont les conséquences réelles de ce manque de transcription ?

II-Le refus de transcription sur les fichiers d'état-civil français

Il faut noter que sur les 500 à 800 couples français qui recourent à la gestation pour autrui à l'étranger, très peut demandent une reconnaissance de la filiation par peur de ne pas l'obtenir.

Or l'absence de transcription de l'acte d'état-civil étranger ne fait pas obstacle à ce que cet état-civil soit utilisé par les parents dans les actes de la vie courante. En effet, l'article 47 du code civil indique la force probante présumée des actes d'état-civil étrangers. Donc a priori, la non-transcription dans l'état-civil de la filiation ne pose pas de problème particulier dans la vie quotidienne de l'enfant puisque l'enfant a une paternité française reconnue et donc l'autorité parentale. Dans le cas où seul le père a été reconnu par le droit français, la mère d'intention, étant donné que la transcription n'est pas faite, elle n'a aucun lien de parenté avec l'enfant, aucune autorité parentale. D'ailleurs l'adoption ne peut être utilisée car la Cour de cassation refuse le détournement du système de l'adoption selon l'arrêt du 31 mai 1991. Ainsi, l'enfant ne peut pas hériter de sa mère intentionnelle et si jamais elle divorce du père, elle n'a aucun droit sur l'enfant.

D'autre part, l'enfant a des difficultés pour obtenir la nationalité française. Il ne pourra pas obtenir de passeport ou postuler à un emploi public. La circulaire du 25 octobre 2013⁵ devait répondre à ce genre de problème puisqu'elle indique que le seul soupçon de recours à ce procédé à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance de certificat de nationalité française (CNF).

Mais les deux arrêts de la Cour de cassation posent une autre difficulté.

Dans les deux espèces, les enfants, au regard du droit français, n'ont pas de lien avec leur père d'intention puisque leur reconnaissance prénatale a été annulée.

La jurisprudence de 2013 va, à cet égard, bien plus loin car elle qualifie de frauduleuse la transcription d'une naissance résultant d'une convention de gestation pour autrui, ce qui fonde l'annulation de la transcription, ainsi que la reconnaissance paternelle.

Par cette décision, les juges remettent en cause la possibilité pour des parents de conclure des conventions de gestation pour autrui à l'étranger, la Cour ne précisant pas que cela « ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État de l'Inde lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec Mr X... en France » comme la cour le précisait dans les arrêts de 2011.

⁴ 1 ère civ, du 6 avril 2011 N° de pourvoi: 09-17130, site legifrance

⁵ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - État civil étranger, NOR : JUSC1301528C

Or le fait que la transcription ne se fasse pas entraîne une non-reconnaissance de la filiation entre les enfants nés à l'étranger et leur parent issu du contrat en France. Dans les arrêts de 2011, la filiation a pu être reconnue à l'égard du père et celle à l'égard de la femme, la mère intentionnelle, ne l'était pas. En suivant le principe que la fraude corrompt tout, cette pratique faite légalement à l'étranger, entraîne des risques en matière de filiation et de sécurité juridique.

L'enfant n'est reconnu qu'en Inde par ses parents français. En France, l'enfant n'a pas de parents, il n'a aucune filiation. Donc les parents n'ont pas l'autorité parentale, l'enfant ne porte pas leur nom; la Cour a-t-elle prévu de leur retirer l'enfant ? Et pour en faire quoi ? Le faire adopter ? Le rendre à sa mère biologique qui a signé un contrat dans son pays, indiquant qu'elle n'avait aucun lien de parenté avec cet enfant.

D'ailleurs si des tests ADN sont effectués, l'enfant sera l'enfant de ses parents français et non de la mère biologique !

D'ailleurs, la France a accepté l'IVG, dernièrement le Mariage pour tous, pourquoi ne pas accepter la convention de mère porteuse.

Ne faudrait-il pas légaliser la gestation pour autrui ? Un groupe de travail a été mis en place, présidé par la Sénatrice Michèle André, pour concilier la légalisation de la gestation pour autrui et les principes éthiques. Il faut espérer que cela aboutisse sur peut être une loi concrète.