

La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé

Camille Pons

Volume 31, numéro 1, 2018

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1065029ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1065029ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pons, C. (2018). La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 31(1), 119–142. <https://doi.org/10.7202/1065029ar>

Résumé de l'article

La technique de la gestation pour autrui est le fait, pour une femme, de porter un enfant pour le compte d'autrui. La prohibition de la maternité de substitution par de nombreux ordres juridiques et, au contraire, l'acceptation de celle-ci par d'autres poussent les individus en désir d'enfant à profiter de la diversité des systèmes juridiques pour y recourir à l'étranger. Que les États acceptent un tel processus ou non, ils se retrouvent confrontés à la question du sort des enfants nés d'une gestation pour autrui dès lors que les parents d'intention font un retour dans leur pays d'origine. Cette technique de procréation met le droit international privé, qui peine à trouver des solutions adaptées, à rude épreuve. À ces difficultés s'ajoutent les droits fondamentaux européens dont la rationalité diffère fortement de celle à l'oeuvre en droit international privé. La question de la gestation pour autrui illustre pleinement cette collision des rationalités et les nombreux points de frictions techniques et épistémologiques entre les deux droits. Un regard rétrospectif de l'appréhension de la gestation pour autrui par les ordres juridiques montre l'exclusivisme originel du raisonnement de droit international privé pour traiter de la question, avant de constater récemment une prévalence de la logique des droits fondamentaux européens. Un certain nombre de barrières posées par les techniques de droit international privé sont ainsi repoussées pour offrir une reconnaissance des situations familiales en faisant de la réalité biologique la pierre angulaire de la reconnaissance. Pour autant, l'irruption des droits fondamentaux dans la résolution des litiges transfrontaliers relatifs à la gestation pour autrui n'est pas sans poser des difficultés liées au respect des ordres publics nationaux et au respect des droits de l'homme des différentes personnes impliquées dans le processus. D'autres voies devront donc être explorées pour offrir un cadre réglementaire adapté.

LA GESTATION POUR AUTRUI : L'INFLUENCE DES DROITS FONDAMENTAUX EUROPÉENS SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

*Camille Pons**

La technique de la gestation pour autrui est le fait, pour une femme, de porter un enfant pour le compte d'autrui. La prohibition de la maternité de substitution par de nombreux ordres juridiques et, au contraire, l'acceptation de celle-ci par d'autres poussent les individus en désir d'enfant à profiter de la diversité des systèmes juridiques pour y recourir à l'étranger. Que les États acceptent un tel processus ou non, ils se retrouvent confrontés à la question du sort des enfants nés d'une gestation pour autrui dès lors que les parents d'intention font un retour dans leur pays d'origine. Cette technique de procréation met le droit international privé, qui peine à trouver des solutions adaptées, à rude épreuve. À ces difficultés s'ajoutent les droits fondamentaux européens dont la rationalité diffère fortement de celle à l'œuvre en droit international privé. La question de la gestation pour autrui illustre pleinement cette collision des rationalités et les nombreux points de frictions techniques et épistémologiques entre les deux droits. Un regard rétrospectif de l'appréhension de la gestation pour autrui par les ordres juridiques montre l'exclusivisme originel du raisonnement de droit international privé pour traiter de la question, avant de constater récemment une prévalence de la logique des droits fondamentaux européens. Un certain nombre de barrières posées par les techniques de droit international privé sont ainsi repoussées pour offrir une reconnaissance des situations familiales en faisant de la réalité biologique la pierre angulaire de la reconnaissance. Pour autant, l'irruption des droits fondamentaux dans la résolution des litiges transfrontaliers relatifs à la gestation pour autrui n'est pas sans poser des difficultés liées au respect des ordres publics nationaux et au respect des droits de l'homme des différentes personnes impliquées dans le processus. D'autres voies devront donc être explorées pour offrir un cadre réglementaire adapté.

Gestational surrogacy is the act of a woman carrying a child on behalf of another person. The prohibition of surrogacy in numerous jurisdictions, and on the contrary, its acceptance by others, lead individuals wishing to have a child to benefit from the diversity of legal systems by resorting to it abroad. Whether states accept such a process or not, they are confronted with the question of the fate of children born from gestational surrogacy once the intended parents return to their country of origin. This reproductive technology severely tests international private law, which struggles to find appropriate solutions. To these difficulties are added European fundamental rights, for which the rationality differs greatly from the one guiding international private law. The question of gestational surrogacy fully illustrates this collision of rationalities and the numerous technical and epistemological points of friction between both legal regimes. A retrospective analysis of the apprehension surrounding gestational surrogacy demonstrated by legal systems showcases the original exclusivism of international private law's reasoning towards this question, before finding a recent prevalence of the logic of European fundamental rights. A certain number of obstacles brought about by the techniques of international private law are thus warded off to offer a recognition of family situations by rendering biological reality the cornerstone of recognition. However, the irruption of fundamental rights in the resolution of cross-border disputes on gestational surrogacy causes difficulties related to the respect of national public orders and to the respect of the human rights of the different persons involved in this process. Other avenues must be explored in order to offer an appropriate regulatory framework.

La técnica de gestación subrogada es el acto para una mujer de llevar a cabo un embarazo para terceros. La prohibición de la gestación subrogada por muchos ordenamientos jurídicos y, por el contrario, su aceptación por otros, incentiva a los individuos que desean hijos a que aprovechen la diversidad de sistemas jurídicos para recurrir a dicha técnica en el extranjero. Ya sea que los Estados acepten tal proceso o no, los mismos se enfrentan a la cuestión de la suerte de los niños nacidos de subrogación siempre que los padres previstos regresen a su país de origen. Esta técnica de procreación ejerce una grave presión sobre el derecho

* Doctorante contractuelle à l'Université de Bordeaux, au Centre de recherche et de documentation européennes et internationales (CRDEI); stagiaire de recherche à l'Université McGill.

internacional privado, que lucha por encontrar soluciones adecuadas. A estas dificultades se suman los derechos fundamentales europeos, cuya racionalidad difiere mucho de la que tiene el derecho internacional privado. La cuestión de la gestación subrogada ilustra completamente esta colisión de racionalidades y los numerosos puntos de fricción técnica y epistemológica entre los dos derechos. Una mirada retrospectiva a la aprehensión de la gestación subrogada por parte de los órdenes jurídicos muestra el exclusivismo original del razonamiento del derecho internacional privado para tratar el tema, antes de encontrar recientemente un predominio de la lógica de los derechos fundamentales europeos. De este modo, se rechazan algunas barreras planteadas por las técnicas del derecho internacional privado para ofrecer el reconocimiento de situaciones familiares al hacer de la realidad biológica la piedra angular del reconocimiento. Sin embargo, la irrupción de los derechos fundamentales en la resolución de disputas transfronterizas relacionadas con la gestación subrogada no está exenta de dificultades relacionadas con el respeto de los órdenes públicos nacionales y el respeto de los derechos humanos de las diversas personas involucradas en el proceso. Habrá que explorar otras vías para proporcionar un marco regulatorio adecuado.

« Famille. Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait, ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va ».

- Jean Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur* (2001)

À l'heure de la mondialisation, de l'intensification des échanges et des flux migratoires, la famille n'échappe pas aux évolutions et au phénomène d'internationalisation de la société, en ce sens qu'aujourd'hui, la famille est multiple, internationale et mobile. Face aux transformations de la société qui impactent directement la cellule familiale, le droit se doit de répondre aux défis posés par la mondialisation, la fondamentalisation et l'évolution des biotechnologies. Cette œuvre sera d'autant plus difficile et importante lorsque les relations de famille se nouent au-delà des frontières ou qu'elles sont amenées à s'exporter à l'étranger. C'est notamment le cas lorsque des individus ont fait le choix d'avoir recours à la technique de la gestation pour autrui, technique connue de certains droits et strictement prohibée par d'autres. Cette technique qui peut revêtir des formes diverses est le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui. La mère gestatrice s'engage par un contrat à porter l'enfant pour le remettre à la naissance aux parents dits d'intention.

Le recours à la maternité dite de substitution s'est accentué avec l'évolution des nouvelles techniques de procréation médicalement assistées qui soulèvent de nombreux problèmes éthiques, moraux et juridiques pour le législateur imposant de renouveler l'approche juridique classique du corps humain et de la parentalité¹. Ces techniques posent, entre autres, la question des droits de la personne sur son corps, de la marchandisation du corps humain, du consentement, de la transformation de soi et plus généralement du rapport qu'entretient l'homme à la science. Ces débats ne sont pas nouveaux et l'adoption du *Code de Nuremberg* posait les premiers jalons d'un droit de la bioéthique². Pour répondre à ces nombreux défis, les ordres juridiques nationaux et les organisations internationales se sont dotés d'organes de réflexions relatifs à la bioéthique et des déclarations, conventions et textes internationaux se sont développés.

La stricte prohibition de la maternité de substitution par de nombreux ordres juridiques et la tolérance ou l'acceptation de celle-ci par d'autres pousse les individus en désir d'enfant à profiter de la diversité des systèmes juridiques pour y recourir à l'étranger³. Se développe en conséquence un tourisme dit procréatif⁴. Ces personnes

¹ Gestation pour autrui et biotechnologie ne sont pour autant pas irréductibles puisque le recours à une mère gestatrice peut intervenir sans faire l'objet d'une assistance médicale, mais les enjeux sont amplement renouvelés.

² Sur l'historique du droit de la bioéthique et ses enjeux, voir Mathias Audit, « Bioéthique et droit international privé » (2015) 373 RCADI 220.

³ Pour une analyse comparée de la position des ordres juridiques en matière de gestation pour autrui, voir Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport préliminaire sur les problèmes des conventions de maternité de substitution à caractère international*, 2012, en ligne : HCCH <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> [Conférence de La Haye,

privées vont ensuite être amenées à faire valoir leur situation familiale dans un ordre juridique qui ne connaît pas, voire prohibe la pratique de la gestation pour autrui, de sorte que les difficultés juridiques s'accroissent avec l'internationalisation de la situation juridique⁵. Or, la réglementation du litige international peut s'avérer délicate en présence de droits des personnes et de la famille très différents. En effet, le droit des personnes et de la famille est fortement lié à l'histoire, aux traditions, aux mœurs, aux religions et par conséquent est conditionné par des impératifs et intérêts nationaux. À ces valeurs définies par l'État, s'ajoute le phénomène de fondamentalisation du droit⁶. Ce phénomène se manifeste par l'essor des réglementations relatives aux droits fondamentaux de l'homme touchant les différentes sphères du droit et ses différentes sources qu'il s'agisse des sources constitutionnelles, internationales ou régionales.

En Europe⁷, cette fondamentalisation s'est faite principalement sous l'impulsion du Conseil de l'Europe par l'intermédiaire de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁸ et plus récemment de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁹. Ces textes corrélés à leurs interprétations évolutives offrent notamment à l'individu la possibilité de se prévaloir d'un véritable statut familial en Europe. Ces droits font naître des obligations positives à la charge de l'État et tendent à donner consistance à l'existence d'une « famille à l'européenne »¹⁰ tenant compte notamment de l'importance de l'argument sociologique¹¹, du respect du pluralisme, du concept d'égalité et surtout de l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais, dans le même temps, ce discours universalisant des droits de l'homme confronte l'internationaliste à de nouvelles problématiques¹².

Rapport préliminaire]; Françoise Monéger, *Gestation pour autrui : Surrogate Motherhood*, vol 14, Paris, Société de législation comparée, 2011; Katarina Trimmings et Paul Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart, 2013; J. H. A. van Loon, « *The Global Horizon of Private International Law* » (2016) 380 RCADI 73.

⁴ Voir par ex David Sindres, « Tourisme procréatif — Le tourisme procréatif et le droit international privé » (2015) 2 JDI 429.

⁵ Voir notamment Barbara Stork, « When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age » (2006) 39 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1551.

⁶ Sur les contours de ce phénomène et son influence sur le droit international privé. Voir notamment Yves Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé » (2015) 387 RCADI 350.

⁷ Pour une analyse globale de cette rencontre et non seulement limitée aux droits européens. Voir notamment Patrick Kinsch, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé » (2005) 318 RCADI 9.

⁸ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 005 EST (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

⁹ CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] JO, C326/391.

¹⁰ Si des principes directeurs peuvent être posés, il reste tout de même très difficile d'en fournir une définition. Pour un aperçu des évolutions et des moyens juridiques mis en œuvre pour parvenir à la création d'un statut européen de la famille. Voir par ex Christine Bideaud-Garon et Hugues Fulchiron, dirs, *Vers un statut européen de la famille*, Paris, Dalloz, 2014.

¹¹ Voir notamment Dominique Fenouillet, dir, *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015.

¹² Voir notamment Horatia Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation » (2001) 45 *Arc Phil Droit* 275.

En effet, d'un point de vue méthodologique, l'irruption de ces droits fondamentaux dans le champ du droit international privé est envisagée comme un « irritant juridique ». D'un point de vue idéologique, cette irruption revêt parfois un « effet urticant »¹³. Le droit international privé conflictuel, que Savigny avait fait jaillir de l'ombre et qui était auparavant mis en crise par la révolution américaine fonctionnaliste¹⁴, traverse aujourd'hui une zone de turbulence dans sa rencontre avec les droits fondamentaux tout aussi périlleuse à négocier. C'est peu dire qu'*a priori*, sur le plan épistémologie, méthodologique, tout oppose (ou presque) « la logique » du droit international privé à celle des droits de l'homme. Le droit international privé, droit de répartition qui régit les relations internationales entre personnes privées, a pour objet la gestion du pluralisme juridique en offrant une réponse technique et indirecte au litige. La tâche du droit international privé est de pouvoir « faire “vivre ensemble” des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes relèvent de systèmes différents¹⁵ ». À l'inverse, les droits fondamentaux ont pour objet la réalisation et le respect de l'énoncé à vocation universelle des droits de l'homme contenant des dispositions donnant une réponse directe au litige. La gestion d'une pluralité s'oppose à la préservation d'une unité universalisante.

Ces différences épistémologiques rejaillissent sur l'analyse méthodologique de ces deux droits. Le raisonnement de droit international privé de nature savignienne se déclenche lorsqu'il est en présence d'une situation internationale¹⁶. Les droits de l'homme font fi de cette distinction entre la sphère interne et la sphère internationale. Le droit international privé savignien, droit de la méthode suit un raisonnement syllogistique, déductiviste qui privilégie l'objectif de sécurité juridique. Les droits européens des droits de l'homme offrent, à l'opposé, un raisonnement qui privilégie l'approche concrète du litige à travers une mise en balance des intérêts en présence. La règle s'oppose au standard¹⁷. Cette rencontre oppose par conséquent deux

¹³ Voir notamment Horatia Muir Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance mondiale » (2013) 27 *Revue internationale de droit économique* 59.

¹⁴ Sur le rôle du savignisme, voir Pierre Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga des conflits de lois » dans Jobard-Bachellet et al, dirs, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005; sur la révolution américaine, voir Symeon C. Symeonides, « The American Choice of Law Revolution in the Courts, Today and Tomorrow » (2002) 298 *RCADI* 13; sur la crise qui en résulte, voir Gerhard Kegel, « The Crisis of the Conflict of Laws » (1964) 112 *RCADI* 91.

¹⁵ Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956 à la p 16; voir aussi Paolo Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé » (1999) 276 *RCADI* 9; Pierre Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques » (2007) 327 *RCADI* 1.

¹⁶ Soit pour la méthode savignienne d'un élément d'extranéité, voir notamment Jean-Luc Elhoueiss, « L'élément d'extranéité préalable au droit international privé » (2003) 1 *JDI* 39; contrat : Alain Prujiner, « Le droit international privé : un droit de rattachement » dans Institut universitaire de haute études internationales, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Geneva, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 161 à la p 165.

¹⁷ La rencontre entre droit international privé et droits fondamentaux offre une illustration de l'opposition entre règle et standard mise en évidence par l'auteur américain Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication » (1976) 89:8 *Harv LR* 1685; l'auteur met en résonance la forme et la substance à travers la préférence pour les règles ou pour les standards en droit privé, pour en déduire un positionnement en termes d'ouverture à l'Autre.

courants : « une recherche de l'ordre et de la prévisibilité à la quête d'une justice sur mesure à la fois contextualisée et individualisée; [...] une hypertrophie de la technique à la recherche d'une transcendance¹⁸ ».

A priori, donc tous les opposent ou presque. Pourtant cette rencontre est inévitable. Le juge national va devoir appliquer tant le droit international privé de son ordre juridique que les droits européens des droits de l'homme. Il effectue sa mission de trancher le litige en tant que juge de l'État, mais aussi en tant que juge de droit commun des droits européens. Face à l'inéluctabilité de la rencontre, la question de l'influence des droits fondamentaux sur le droit international privé se pose.

Cette question est d'autant plus délicate qu'elle se pose en matière de gestation pour autrui où les tensions sociétales se font fortement ressentir et où la diversité des législations nationales donne lieu à la résolution de contentieux inédits dans lesquels le droit international privé peine à se saisir de tous les défis posés par le recours à la gestation pour autrui.

Les législations et les réponses judiciaires divergent largement en fonction des États qui connaissent ou non le recours à la gestation pour autrui. Mais, que les États acceptent un tel processus ou non, ils se retrouvent confrontés à la question du sort des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui dès lors que les parents d'intention font retour dans leur pays d'origine. Face à la diversité des solutions, l'ordre juridique français, qui refuse strictement le recours à une telle pratique¹⁹, est un bon exemple, car il permet de mettre en lumière les principales difficultés méthodologiques auxquelles peuvent être confrontés les États européens dans la rencontre entre mondialisation et fondamentalisation.

En la matière, une première interrogation concerne l'exécution du contrat de gestation pour autrui conclu à l'étranger, c'est-à-dire avant que l'enfant soit né. Le contentieux qui se développe peut être multiple. La mère gestatrice peut ne plus vouloir abandonner l'enfant à la naissance. Les parents d'intention peuvent ne plus vouloir de l'enfant s'il s'avère que l'enfant naîtra handicapé ou si une séparation a lieu pendant la grossesse par exemple. L'ordre juridique qui ne connaît pas une telle pratique considérerait, sans doute, que le contrat de gestation pour autrui est illicite. L'influence des droits fondamentaux est ici nulle. Il n'existe pas de consensus pour accepter le recours à la technique de la gestation pour autrui ni de droit à l'enfant consacré par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Normalement, ce contentieux, qui n'est au demeurant pas rare, est du ressort du juge étranger. Ce sont des litiges portants sur des contrats qui sont paradoxalement très peu, voire pas internationalisés, c'est-à-dire non soumis à la loi du contrat.

La seconde question est celle de l'établissement du lien de filiation en France une fois le contrat de gestation pour autrui exécuté à l'étranger, c'est-à-dire une fois que l'enfant est né à l'étranger. Pour traiter cette problématique, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses.

¹⁸ Muir Watt, *supra* note 13 aux pp 68-9.

¹⁹ Art 16-7 du C civ. En Europe, c'est également le cas de l'Allemagne, l'Autriche, la Suède et la Suisse.

La première est celle où les parents d'intention reviennent sur le sol français sans document émanant d'une autorité publique étrangère. Dans ce cas, il faut déterminer la loi applicable à l'établissement du lien de filiation. Le droit français prévoit que la loi applicable à la filiation est la loi personnelle de la mère²⁰. Cette loi doit permettre de déterminer les conditions dans lesquelles on peut établir la filiation. Il faut donc déterminer qui est la mère. Il s'agit là d'une véritable difficulté pour le droit français. D'une part, le droit français retient une définition de la mère assez restrictive. En effet, la mère est celle qui accouche, et ce, même si les ovocytes qui ont été employés appartiennent à la mère d'intention²¹. D'autre part, la mère porteuse appartient à l'ordre juridique qui permet d'avoir recours à une telle technique. La loi applicable sera celle qui autorise la gestation pour autrui. Or, cette loi s'oppose aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes²² constitutives de l'ordre public international français. Ce problème se pose très rarement en la matière, car les individus reviennent en France avec un acte de naissance dressé à l'étranger²³.

C'est cette dernière hypothèse qui est particulièrement intéressante, car c'est à son sujet que l'influence des droits fondamentaux se fait plus pressante. Il ne s'agit plus ici de savoir quelle est la loi applicable à l'établissement de la filiation, car la procédure de gestation pour autrui aboutit presque toujours soit à la délivrance d'un acte de naissance soit à un jugement d'adoption à l'étranger. L'on bascule alors du côté de la réception des actes publics ou des jugements étrangers. Le problème est traité sous l'angle de la circulation des actes publics étrangers. Dorénavant, l'enjeu devient celui de la « portabilité »²⁴ du statut familial.

C'est donc au sujet de la reconnaissance de la filiation de ces enfants nés de gestation pour autrui que droits fondamentaux et droit international privé se rencontrent. Cette rencontre a été pendant de nombreuses années, celle d'une impassibilité du droit français vis-à-vis des droits fondamentaux avant que les magistrats européens viennent rompre de plein fouet cet état d'apparente indifférence.

Ainsi, les juridictions françaises ont originellement fait preuve d'une indifférence à l'égard des droits fondamentaux européens faisant prévaloir exclusivement les techniques classiques du droit international privé (I) avant d'être confrontées à la prévalence récente de la logique des droits fondamentaux (II).

²⁰ Art 311-14 C civ.

²¹ C'est ce que retient la jurisprudence française en application des articles 310-1, 311-25 et 332 du *Code civil*, voir Cass civ 1^{re}, 6 avril 2011, (2011) Bull civ 09-17.130; c'est également ce que semble admettre le Conseil de l'Europe : « The woman who gave birth to the child is considered in law as the mother » dans CE, Comité d'expert sur la famille (CJ-FA), *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage – The white paper*, 4^e rev (2006) à la p 7.

²² Art 16-7 C civ; art 16-9 C civ.

²³ C'est toutefois le cas dans l'affaire *Labassée* où les époux ont demandé l'établissement de la filiation en se fondant sur l'existence d'une possession d'état, voir Cass civ 1^{re}, 09-17.130, *supra* note 21.

²⁴ Voir Silvia Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017; Samuel Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Paris, Thèse Paris II, 2017.

I. L'exclusivisme originel du raisonnement de droit international privé

Le droit international privé dispose de deux mécanismes permettant de s'opposer à la réception d'actes ou jugements étrangers. Le premier est celui de la contrariété à l'ordre public international. Le second est celui de la fraude à la loi. Par l'emploi successif de ces deux outils du droit international privé, les juges de la Cour de cassation française ont entendu préserver et défendre les valeurs fondamentales françaises ainsi que le monopole du droit international privé dans la réglementation du contentieux transfrontière.

A. Le recours à l'exception d'ordre public international

En matière de circulation des actes publics étrangers, le principe qui préside en France est celui de l'inscription de plein droit des actes publics étrangers sur les registres français²⁵. On retrouve l'idée de tolérance envers les actes produits par des autorités étrangères. Cependant, le *Code civil français* réserve la possibilité pour le ministère public de contester cette retranscription. C'est ce qui a été entrepris et a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Les magistrats de la Cour de cassation ont eu à se saisir, entre autres, de la célèbre *Affaire Menesson*. Dans cette affaire, Monsieur et Madame Menesson ont recours en Californie à une mère porteuse avec les gamètes de Monsieur Menesson. Deux enfants naissent à la suite d'un processus de gestation pour autrui. À la naissance des jumelles, la mère porteuse, conformément au contrat qui la lie avec Madame et Monsieur Menesson, abandonne les enfants qui sont adoptés par les parents d'intention. Un jugement est rendu en ce sens dans l'État de Californie. La filiation est donc établie entre les parents d'intention et les enfants. Une fois le jugement d'adoption établi, les époux Menesson ont souhaité faire retranscrire les actes de naissance américains sur les registres d'état civil français, ce qui a été contesté par le ministère public et a donné lieu à un combat judiciaire les menant jusqu'au juge de cassation²⁶.

Dans trois arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation française refuse de faire produire des effets à ces actes de naissance étrangers sur le fondement de l'ordre public international²⁷, c'est-à-dire au nom de « l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale

²⁵ « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité », art 47 C civ.

²⁶ Un premier jugement de cassation a été rendu à propos de la recevabilité de l'action du ministère public avant d'aborder la question de fond de l'annulation des transcriptions, voir Cass civ 1^{re}, 17 décembre 2008, (2008) Bull civ 07-10.068.

²⁷ Voir Cass Civ 1^{re}, 09-17.130, *supra* note 21; Cass Ass plén, 5 octobre 2018, (2018) Bull civ 10-19.053; Cass Civ 1^{re}, 6 avril 2011, (2011) Bull civ 09-66.486.

absolue²⁸ ». La Cour annule la retranscription des actes de naissance étrangers sur les registres d'état civil français, car les jugements étrangers sont contraires au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes²⁹.

Ces principes sur lesquels se fonde l'interdiction de la gestation pour autrui en droit interne sont si absolus qu'ils s'opposent à tout effet à l'égard des enfants. La prohibition de la gestation pour autrui a été affirmée en droit interne par un arrêt du 31 mai 1991 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation où il avait été jugé que

la convention par laquelle la femme s'engage fût-ce à titre gratuit à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes³⁰.

La Cour de cassation avait annulé l'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, car ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption. Cette décision a donné lieu à l'inscription de l'interdit dans le *Code civil français*. Profitant des premières lois bioéthiques de 1994, la législation a consacré cette prohibition dans l'article 16-7 du *Code civil français* en affirmant que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle³¹ ». La Cour de cassation considère dès lors que cet interdit en droit interne constitue un interdit fondamental au point de faire partie intégrante des valeurs fondamentales de la société française.

En outre, la Cour refuse de faire produire des effets aux actes publics étrangers alors même que la procédure de gestation pour autrui à l'origine des actes est licite à l'étranger. Elle s'oppose ainsi à faire produire un effet atténué à l'exception d'ordre public international³². L'ordre public international est utilisé ici en tant que défenseur d'un « certain ordonnancement de la société française »³³ et non seulement

²⁸ Cass civ 1^{re}, 25 mai 1948, *Lautour*.

²⁹ « Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du *Code civil* », Cass Civ 1^{re}, 10-19.053, *supra* note 27.

³⁰ Cass Ass plén, 31 mai 1991, (1991) Bull civ n° 90-20.105.

³¹ Art 16-7 C civ; cet interdit est renforcé par des dispositions pénales. Le droit pénal sanctionne également à l'article 227-12 du *Code pénal* le fait de jouer les intermédiaires entre une mère porteuse et un couple désirant accueillir un enfant. Ce même article condamne « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître », art 227-12 C pén.

³² Cass civ 1^{re}, 17 avril 1953, *Rivière*.

³³ Sylvain Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé » (2014) TCFDIP à la p 215 et s; voir notamment *ibid* à la p 219; « Cet ordonnancement est certainement moins affecté lorsque la gestation pour autrui s'est déroulée à l'étranger, mais il l'est malgré tout à partir du moment où les intéressés vivent ou ont vocation à vivre en France. Il s'agit tout de même de savoir si au sein de la société française on va accepter de considérer comme parent une personne qui, du point de vue des conceptions fondamentales du droit français, a été illicitement substitué à sa mère. Cela n'est pas rien. »

de ses valeurs et principes les plus fondamentaux. L'interdit est tellement absolu qu'il s'oppose à cet effet atténué³⁴.

Enfin, la Cour de cassation met en œuvre l'exception d'ordre public international tout en faisant une référence à la *Convention européenne des droits de l'homme* et particulièrement à l'article 8 qui consacre le respect du droit à la vie privée et familiale³⁵. La haute Cour assure qu'il n'y a pas d'atteinte à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme relatif à la vie privée et familiale*, car les enfants peuvent vivre avec les époux Menesson. La juridiction française précise que la vie familiale est bien effective. Cette précision est essentielle, car la Cour européenne des droits de l'homme a précédemment considéré dans les *Arrêts Wagner*³⁶ et *Negrepontis*³⁷ que le refus de reconnaître une situation juridique créée à l'étranger effectif peut porter atteinte au respect de la vie familiale consacré à l'article 8 de *Convention européenne des droits de l'homme*. Ainsi, dans l'*Arrêt Wagner*, les tribunaux luxembourgeois avaient refusé de faire produire des effets à une adoption d'un enfant péruvien par une Luxembourgeoise, célibataire au moment de l'adoption, vivant avec son enfant au Luxembourg, en se fondant sur les règles de droit international privé qui renvoyaient à la loi luxembourgeoise limitant la possibilité d'adopter à des couples. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'État luxembourgeois pour le refus de reconnaissance de ce jugement sur le fondement de l'article 8 de la *Convention*, car ce refus de reconnaître la situation juridique valablement créée à l'étranger porte atteinte à la vie familiale effective des requérantes. Pour ce faire, la Cour de Strasbourg exige d'une part que la situation familiale soit valablement acquise à l'étranger et d'autre part que la reconnaissance demandée soit conforme aux croyances et aux attentes légitimes des parties³⁸. La réalité sociale l'emporte sur les règles de droit international privé de l'État. C'est là la marque de la concurrence de la logique des droits fondamentaux fondée sur un argument sociologique avec le raisonnement de droit international privé dans la gestion du contentieux transfrontière.

La juridiction française ne semble pas vouloir s'inscrire dans cette concurrence normative au risque de perdre la bataille des valeurs fondamentales. Tout au plus, elle se joue de celle-ci pour garantir l'exclusivisme du raisonnement de droit international privé. En effet, dans l'*Affaire Menesson*, la Cour de cassation prend le soin d'affirmer qu'il n'y a pas de contradiction, pas d'incompatibilité entre sa décision et les droits garantis par les droits fondamentaux européens. Les magistrats ont également estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant

³⁴ C'est ce que conteste une partie de la doctrine, voir par ex Petra Hammje, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil » (2011) 3 Rev Crit DIP 722.

³⁵ « 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* », Cass Civ 1^{re}, 10-19.053, *supra* note 27.

³⁶ *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n°76240/01, [2007] CEDH 1.

³⁷ *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, n°56759/08, [2011] CEDH 1.

³⁸ Pfeiff, *supra* note 24 à la p 124.

garanti par la *Convention de New York*³⁹, notion qui laisse une marge d'appréciation au juge⁴⁰. En l'espèce, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant s'effectue de manière abstraite sans considération pour les conséquences concrètes d'un tel positionnement.

Dès lors, l'ordre juridique français érige ses valeurs en valeurs fondamentales de la société française tout en précisant que cela ne porte pas atteinte à ses engagements en matière de droits fondamentaux. Par le recours à des procédés techniques issus de la méthodologie de droit international privé, la Cour de cassation neutralise la logique des droits fondamentaux. Elle fait prévaloir les techniques de droit international privé, la résolution technique du litige au détriment des valeurs fondamentales et particulièrement de l'intérêt supérieur de l'enfant. La référence aux droits fondamentaux permet alors à l'ordre juridique français de démontrer qu'il ne passe pas outre ses engagements en matière de droits fondamentaux tout en retenant une interprétation largement sujette à débat.

Deux ans plus tard, malgré des débats importants, la Cour de cassation franchit un pas supplémentaire dans la défense de l'interdit jugé fondamental en recourant à la notion de fraude.

B. Le recours à la notion de fraude

Dans deux arrêts du 13 septembre 2013⁴¹, la Cour de cassation réitère sa solution, mais cette fois-ci en invoquant la notion de fraude. Les actes de naissance des enfants ne peuvent être transcrits sur les registres de l'état civil français, dès lors que les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour autrui. La Cour de cassation préfère ici le recours à la notion de fraude⁴². Elle s'éloigne de la traditionnelle fraude de droit international privé qui consiste en la modification artificielle et intentionnelle du facteur de rattachement pour viser l'ensemble du processus frauduleux. La situation ne présente pas, en effet, de véritable fraude à la loi au sens du droit international privé, car l'élément matériel fait défaut. Les parents d'intention n'ont pas modifié artificiellement le critère de rattachement. Ils ont simplement profité de la concurrence normative et du phénomène de *forum shopping* ou de *law shopping*.

³⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

⁴⁰ Voir Cass Civ 1^{re}, 10-19.053, *supra* note 27.

⁴¹ Voir Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, (2013) Bull civ 12-18.315; voir aussi Cass Ass plén, 5 octobre 2018, (2018) Bull civ 12-30.138.

⁴² « Vu les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ensemble l'article 336 du même code; Attendu qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés », Cass Ass plén, 12-30.138, *supra* note 42.

Le recours à la notion de fraude permet de se « mettre à l'abri » du régime et du contenu évolutif de l'exception d'ordre public international. En effet, si jusqu'alors la Cour de cassation évoquait la contrariété à l'ordre public international français, celui-ci est susceptible d'évoluer dans le temps et dans l'espace. À l'inverse, tant que le législateur n'intervient pas pour modifier la loi, le recours à la gestation pour autrui par des Français dans le but de contourner la loi française peut être constitutif d'un ensemble frauduleux⁴³. L'adage *fraus omnia corrumpit* est susceptible de rendre l'acte public étranger inopposable indépendamment de l'existence de conventions internationales et de l'applicabilité des articles 3§1 de la *Convention de New York* et 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Par l'emploi de la notion de fraude, la Cour de cassation refuse l'influence que pourraient exercer les droits fondamentaux. Cela est d'autant plus marquant que les magistrats doivent s'éloigner du concept de fraude usitée en matière internationale. La volonté de maintenir la position française préempte les argumentations juridiques. Le recours à des éléments de la technique juridique permet à l'ordre juridique de s'affranchir des obligations internationales.

L'accueil de ces décisions a divisé la doctrine et l'opinion publique. Si l'ensemble de la doctrine consent à affirmer qu'il existe bel et bien une contradiction entre la procédure de gestation pour autrui et nos valeurs fondamentales telles que définies par le législateur en droit positif, la solution est très critiquable du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant qui commande pourtant à l'ordre juridique d'en « faire une considération primordiale » chaque fois qu'une décision doit intervenir. Par ces décisions, l'enfant supporte les agissements de ses parents⁴⁴. S'ensuit une série de conséquences néfastes à son égard. L'enfant n'a pas la filiation établie à l'égard de ses parents d'intention; pas de nationalité française⁴⁵, pas de droits de

⁴³ La solution n'est pas aussi rigide qu'il y paraît, car si l'on suit ce raisonnement, le recours à l'étranger à la technique de gestation pour autrui pourrait être toléré si les individus présentent des liens caractérisés avec l'ordre juridique étranger. C'est ce que laisse entendre Johanna Guillaumé (2014) JDI à la p 134, tel que cité dans Cass civ 1^{re}, 13 septembre 2013, *supra* note 42; c'est également ce que semble entendre la Cour de cassation dans un arrêt récent. Selon la Cour, en présence d'un lien caractérisé entre le litige et l'ordre juridique étranger, ne constitue pas une fraude : « le fait d'obtenir à l'étranger une décision dans la perspective de l'invoquer ultérieurement en France alors qu'aucun juge français n'aurait rendu une décision en ce sens », Cass civ 1^{re}, 17 décembre 2014 (2014) Bull civ 13-21.365.

⁴⁴ C'est particulièrement cet argument qui a mené les tribunaux britanniques à adopter la solution inverse des juridictions françaises, « *What the court is required to do is to balance two competing and potentially irreconcilably conflicting concepts. Parliament is clearly entitled to legislate against commercial surrogacy and is clearly entitled to expect that the courts should implement that policy consideration in its decisions. Yet it is also recognised that as the full rigour of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (i.e. the child concerned) that rigour must be mitigated by the application of a consideration of that child's welfare. That approach is both human and intellectually coherent. The difficulty is that it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particularly a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order* », *Re : X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam), para 24-5.

⁴⁵ Voir France, *Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – Convention de mère porteuse – État civil étranger NOR : JUSC1301528C*, 31 janvier 2013,

succession, etc⁴⁶.

Les difficultés tenant à l'octroi de la nationalité française ont cependant été résolues par l'intervention de la circulaire dite Taubira (du nom de la garde des Sceaux) du 23 janvier 2013 ordonnant aux tribunaux d'octroyer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français même « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui⁴⁷ ». Cette circulaire a été par la suite validée par le Conseil d'État, ce qui a amélioré considérablement le sort des enfants nés de gestation pour autrui⁴⁸.

À l'inverse, certains se félicitent de ces décisions⁴⁹. Cette partie de la doctrine se positionne contre la politique dite du fait accompli qui consiste à changer le droit sous la pression de ceux qui le contournent.

En somme, la mise en œuvre de l'ordre public international et de la fraude à la loi conduit ici à un résultat paradoxal parce qu'au nom des valeurs absolues et notamment d'une conception abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce dernier ne va pas pouvoir établir sa filiation. C'est dans ce contexte qu'intervient la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait irruption dans le règlement classique du litige international. Celle-ci considère que l'ordre juridique français ne peut pas protéger l'enfant de manière abstraite au détriment des conséquences concrètes.

II. La prévalence récente de la logique des droits fondamentaux européens

Toutes les routes mènent à Strasbourg. Comme cela était attendu, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie au terme d'un long combat judiciaire entrepris par les parents d'intention des enfants nés de gestation pour autrui. La solution dégagée par la juridiction européenne ainsi que la méthodologie employée entrent pleinement en contradiction avec celles usitées par la Cour de cassation. La logique des droits fondamentaux fait irruption dans le litige à caractère transfrontière et l'emporte sur les méthodologies de droit international privé. Elle a également vocation à influencer la pratique des autres États-parties du Conseil de l'Europe (A).

BOMJ n°2013-01; Claire Neirinck, « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi » (2013) 3 *Revue Droit de la famille* 29.

⁴⁶ Sur l'ensemble des conséquences désastreuses de ces décisions sur les droits de l'enfant, voir Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse » dans Alain Lienhard, dir, *Recueil Dalloz n°35 2013*, Paris, Dalloz, 2013; Bollée, *supra* note 33 à la p 215 et s; voir notamment *ibid* à la p 221.

⁴⁷ CE, *Délivrance de la nationalité française aux enfants nés sous GPA*, (2014) Rec, para 6, en ligne : Conseil d'État <<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Gestation-pour-autrui-GPA>>.

⁴⁸ Note sous arrêt par Adeline Gouttenoire, « Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger » (2015) 1 *La Semaine Juridique*.

⁴⁹ Voir Muriel Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit » dans Alain Lienhard, dir, *Recueil Dalloz n°35 2013*, Paris, Dalloz, 2013.

Est-ce à dire qu'il s'agit là d'un nouveau paradigme dans la réglementation du litige international en matière de gestation pour autrui? La question mérite d'être posée (B).

A. L'irruption des droits fondamentaux

Saisie des *Affaires Mennesson et Labassée*, qui ont donné lieu aux arrêts de la cour de Cassation de 2011, la Cour européenne des droits de l'homme devait se prononcer sur le fait de savoir si la position française constituait une ingérence injustifiée dans le respect des droits consacrés par la *Convention* et notamment l'article 8. Rappelons que pour se prononcer sur la compatibilité entre la décision d'un État-partie et le respect des droits fondamentaux, la méthodologie de la Cour européenne des droits de l'homme se fait en plusieurs temps. Premièrement, la Cour doit constater l'existence d'une ingérence de l'État dans un des droits garantis par la *Convention*. Secondement, elle doit effectuer un test de légalité et de proportionnalité à travers une mise en balance des intérêts en présence. Le test s'effectuant en trois phases, la Cour européenne vérifie la légalité de l'ingérence dans l'État concerné, puis recherche si cette ingérence poursuit un but légitime et enfin si elle est « nécessaire dans une société démocratique ». Du point de vue de la légalité, il n'y a pas réellement de difficultés en raison de la législation prohibitive constante. C'est donc sur le terrain de l'opportunité que la Cour européenne doit se prononcer.

Le 26 juin 2014, la Cour de Strasbourg condamne la France pour violation du droit à l'identité de l'enfant du fait de refus de reconnaître la filiation paternelle conforme à la vérité biologique⁵⁰. Elle considère que le fait de ne pas reconnaître en France la filiation paternelle de l'enfant qui est conforme à sa filiation génétique est contraire à article 8 qui protège le droit à la vie privée et familiale.

Elle consacre, comme l'avait précédemment affirmé la Cour de cassation, que le refus de retranscrire les actes de naissance étrangers et d'établir la filiation entre les enfants nés de gestation pour autrui et les parents d'intention ne constitue pas une violation de la vie familiale. En effet, la juridiction européenne constate qu'une vie familiale effective existe et n'est pas remise en cause par le refus de transcription des actes civils étrangers⁵¹. Elle ne reprend donc pas l'argumentation suivie dans les *Arrêts Wagner* ou *Negrepointis*. Bien moins radicale que certains ont pu affirmer⁵²,

⁵⁰ Voir *Mennesson c France*, n°65192/11, [2014] III CEDH 219; *Labassée c France*, n°65941/11, [2014] III CEDH.

⁵¹ « La Cour observe que [...] la Cour de cassation a souligné que l'annulation de la transcription sur les registres français des actes de naissance des troisième et quatrième requérantes ne les empêchait pas de vivre avec les premiers requérants en France », *Mennesson c France*, *supra* note 51, para 93; « Ainsi, au vu, d'une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et les troisième et quatrième d'entre eux sur leur vie familiale, et, d'autre part, de la marge d'appréciation dont dispose l'État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale », *ibid* para 94.

⁵² Voir François Chénédy, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme » dans Alain Lienhard, dir, *Recueil Dalloz n°31 2014*, Paris, Dalloz, 2014.

elle se garde d'imposer la reconnaissance de la situation entièrement créée à l'étranger sur la seule constatation d'une vie familiale effective.

En revanche, une ingérence injustifiée existe dans le respect du droit à la vie privée des enfants sous l'angle du droit à l'identité. La Cour affirme que le « respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation⁵³ » et d'autant plus lorsque le lien de filiation est biologique⁵⁴. Ce droit découlant de l'article 8 de la *Convention* tend par conséquent à revêtir une dimension transnationale.

La Cour de Strasbourg reconnaît que la problématique de la gestation pour autrui ne trouve pas de consensus entre les États-parties et que la question est laissée à la marge d'appréciation des États. Cependant, concernant le droit à l'identité issu du droit à la vie privée, la marge d'appréciation est beaucoup plus restreinte⁵⁵. La Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas un changement du droit de l'État français en matière de gestation pour autrui, mais impose la reconnaissance de la réalité biologique. « C'est donc l'excès de la solution française qui est condamné, alors même que le droit de l'État de lutter contre la pratique de la gestation pour autrui lui est parfaitement reconnu⁵⁶ ».

La Cour de Strasbourg semble faire du lien biologique la clé de compréhension de la décision. C'est ce qu'elle a confirmé dans l'*Arrêt Paradiso c. Italie* du 24 janvier 2017⁵⁷. Dans cet arrêt, en l'absence de lien biologique entre le père et l'enfant né de gestation pour autrui, la Cour européenne a estimé que l'Italie n'a pas violé l'article 8 en retirant l'enfant de la famille d'intention pour le confier aux services sociaux d'autant plus qu'elle conclut à l'insuffisance de la durée de la vie familiale⁵⁸. Cette conception biologique de la filiation peut étonner tant la jurisprudence de la Cour européenne s'inscrit dans une volonté de reconnaître les liens de filiation sociologiques.

Cette position est retenue pareillement par l'ordre juridique suisse. En effet, en dépit de l'interdiction constitutionnelle du recours à la maternité de substitution⁵⁹, le Tribunal fédéral suisse considère que la reconnaissance d'un lien de filiation qui n'est pas conforme à la vérité biologique est contraire à l'ordre public international suisse⁶⁰ alors qu'une telle reconnaissance est admise si le père est le père génétique de l'enfant⁶¹.

⁵³ *Mennesson c France supra* note 51, para 96.

⁵⁴ *Ibid* para 100.

⁵⁵ Voir notamment *Jäggi c Suisse*, n°58757/00 [2006] X CEDH 1.

⁵⁶ Sandrine Sana-Chaillé De Néré, « Gestation pour autrui et reconnaissance internationale des filiations », *Intervention colloque : Droit international et européen des droits de l'Homme et bioéthique*, présentée à Pôle juridique et judiciaire (Bordeaux), 2 Juin 2017.

⁵⁷ *Paradiso et Campanelli c Italie* [GC], n°25358/12 (24 janvier 2017); voir aussi Hugues Fulchiron, « Gestation pour autrui. – CEDH, art 8. – Adoption. – Vie familiale » (2017) n°2 JDI 9.

⁵⁸ La Cour avait jugé le contraire deux années auparavant, voir *Paradiso et Campanelli c Italie*, n°25358/12, (27 janvier 2015).

⁵⁹ Voir *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999* (suisse), art 119 alinéa 2, d).

⁶⁰ Tribunal fédéral, 14 septembre 2015, 5A_443/2014 (Suisse).

⁶¹ Tribunal fédéral, 21 mai 2015, 5A_748/2014 (Suisse).

Après la condamnation française, la Cour de cassation a de nouveau été saisie d'un contentieux en 2015. La réponse était très attendue et l'enjeu a parfois dépassé la question purement juridique⁶². Cela atteste encore une fois de l'effet urticant de l'irruption des droits fondamentaux en droit international privé. Sous la pression européenne, la Cour de cassation, en assemblée plénière le 3 juillet 2015⁶³ opère un revirement de jurisprudence et accepte de reconnaître la filiation paternelle conforme à la vérité biologique d'un enfant né d'une gestation pour autrui dès lors qu'il ne pouvait être prouvé que les actes de naissance eurent été falsifiés ou irréguliers. Cet arrêt, rendu au visa de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* laisse entendre que les conditions de conception sont indifférentes à la reconnaissance de la filiation de l'enfant tant qu'il existe un lien biologique entre le père et son enfant. Le raisonnement de droit international privé n'est pas abordé, pas même l'exception d'ordre public international qui pourtant aurait pu être invoquée tout en affirmant le changement de son contenu ou en faisant jouer son effet atténué. La réalité biologique portée par le droit au respect de l'identité doit donc l'emporter sur les techniques de droit international privé du for.

Malgré ces arrêts de 2015, la France a été de nouveau condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la résistance des juges du fond⁶⁴. Un auteur s'était interrogé au sortir des *Arrêts Menesson et Labassée* rendus par la Cour européenne des droits de l'homme sur les positions futures que pourrait tenir la Cour de cassation. Il évoquait la possibilité d'une solution maximaliste qui vise à reconnaître la qualité de parent à la mère d'intention, en sus du père biologique.

On vient de voir quelles considérations s'opposaient à cette solution, et il serait d'ailleurs paradoxal que la Chancellerie ou les juges, après s'être enfoncés dans la position la plus dure qui soit, poussent maintenant le zèle jusqu'à consacrer la plus libérale. S'ils devaient néanmoins éprouver la tentation de s'engager dans cette voie, les conséquences d'un tel choix devraient être pleinement mesurées⁶⁵.

C'est pourtant chose faite. Depuis, les magistrats français ont décidé d'aller plus loin dans quatre arrêts du 5 juillet 2017⁶⁶. Désormais, une procédure de gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle, à elle seule, à l'adoption de l'enfant par l'époux de son père.

Certaines juridictions européennes ont également modifié leur jurisprudence à la suite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la position française. C'est le cas de la Cour Suprême fédérale

⁶² Voir François Chénéde, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger ou la consécration du fait – frauduleusement – accompli : première étape – Cour de cassation, ass. plén. 3 juillet 2015 » (2015) 9 *AJ Famille* 496.

⁶³ Voir Cass civ Ass plén, 3 juillet 2015, (2015) Bull civ 14-21.323; Cass civ Ass plén, 3 juillet 2015, (2015) Bull civ 15-50.002.

⁶⁴ Voir *Laborie c France*, n°44024/13 (19 janvier 2017).

⁶⁵ Sylvain Bollée, « Enfant conçu à l'étranger : précisions sur l'établissement de la filiation d'une gestation pour autrui » (2015) 11 *Rev Crit DIP* 144, para 10.

⁶⁶ Voir notamment Cass civ 1^{re}, 5 juillet 2017, (2017) Bull civ 15-28.597.

allemande⁶⁷ qui s'est alignée sur la position européenne en mettant fin à une lignée jurisprudentielle contraire des juridictions allemandes inférieures. Prenant le soin de distinguer la situation des enfants nés à l'issue d'un processus de gestation pour autrui et l'institution de l'adoption, la juridiction allemande a ensuite reconnu les filiations juridiques de deux pères d'intention telles qu'inscrites sur une décision californienne à la suite d'un recours à une maternité de substitution.

La question des droits de la mère d'intention perdure toujours, car la définition de la mère est l'une des plus délicates à fournir. La réponse à cette question dépend largement de considérations nationales. Pourtant, l'Union européenne, incompétente pour trancher une telle question, a pu se prononcer indirectement sur ce sujet par l'intermédiaire des droits sociaux européens. La Cour de Justice de l'Union européenne, dans deux arrêts du 18 mars 2014, a refusé d'octroyer un congé maternité à une mère « commanditaire⁶⁸ ». La Cour de Luxembourg se fonde sur une interprétation de la directive visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleuses enceintes accouchées ou allaitantes au travail⁶⁹, et affirme que le

congé maternité dont bénéficie la travailleuse vise à assurer, d'une part, la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse ainsi qu'à la suite de celle-ci et, d'autre part, la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période postérieure à la grossesse et à l'accouchement⁷⁰.

Sans se prononcer directement sur la licéité de la maternité de substitution⁷¹,

⁶⁷ *Bundesgerichtshof*, 10 décembre 2010, n°XII ZB 463/13 (Allemagne).

⁶⁸ Voir CJUE, *Z c A Government Department and The Board of Management of a Community School*, C — 363/12, [2014]; note sous conclusion de l'avocat général du 26 septembre 2013 : M. Lamarche, « Gestation pour autrui : deux femmes et un seul congé maternité » (2013) 11 *Droit de la famille CJUE, C.D. c S.T.*, C/167-12, [2014].

⁶⁹ Voir *Directive 92/85/CEE du Conseil Concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE)*, CE [1992]; était également en cause l'interprétation de la *Directive 2006/54/CE du Parlement européen relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (réfonte)*, CE [2006].

⁷⁰ CJUE, *supra* note 69, para 34.

⁷¹ Si la Cour de justice ne se positionne pas directement sur la licéité d'une telle technique, le Parlement européen a affirmé son hostilité envers le recours à la gestation pour autrui tout en voulant prévoir une protection pour l'enfant. Le Parlement « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisées comme des marchandises ». Il considère que « [c]ette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défenses des droits de l'homme », CE, *Rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière* Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2015 sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière (2015/2229(INI)), [2015] JO, C 399/151, para 115; le Parlement invite cependant la Commission à prévoir « une protection juridique à l'échelle de l'Union en ce qui concerne les enfants déjà nés d'une mère porteuse et ceux qui naîtront », CE, *Proposition de résolution sur la*

la définition de la mère que retient la Cour de justice pour le bénéfice des droits sociaux reste donc celle de la mère qui accouche.

La réponse émanera peut-être de la Cour européenne des droits de l'homme qui vient d'être saisie d'une demande d'avis pour déterminer l'étendue des droits de la mère d'intention au regard de la filiation de l'enfant. En effet, saisie de nouveau de l'*Affaire Menesson*, la haute juridiction française a récemment utilisé le mécanisme de question préjudicielle nouvellement en vigueur au sein du Conseil de l'Europe. La France a récemment ratifié le *Protocole n° 16 de la Convention européenne des droits de l'homme* qui permet aux hautes Cours nationales de solliciter l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis la ratification par la France, le *Protocole* est entré en vigueur. Marquant une étape supplémentaire dans la « saga judiciaire Menesson », le 5 octobre 2018, la Cour de cassation est la première à avoir sollicité l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme pour connaître sa position sur les droits de la mère d'intention⁷². La réponse est attendue. Une chose est sûre : par l'introduction d'un tel mécanisme, le rôle que pourrait jouer la Cour européenne des droits de l'homme en la matière pourrait être encore plus important à l'avenir.

Du point de vue de la hiérarchie des normes, cette évolution jurisprudentielle semble s'imposer. Les droits garantis par la *Convention européenne des droits de l'homme* ont une valeur supranationale. Il convient donc de les appliquer, suivis de leurs interprétations jurisprudentielles, primant les lois nationales. De même, du point de vue des enfants nés de ces procédures, la solution est largement satisfaisante. Le droit s'assure ici de la continuité du statut des individus pour éviter l'apparition de situation boiteuse. Sur ce point, il existe une confluence entre les objectifs de continuité des statuts développés par une importante partie de la doctrine de droit international privé et le développement de cette lignée jurisprudentielle qui s'apparente à un retour du statutisme personnel⁷³. Comme l'indique un auteur, « le souci récent de la continuité des situations, malgré le franchissement des frontières, est une de ces idées neuves qui viennent de loin⁷⁴ ». Mais, jusqu'à présent, cette

gestation pour autrui en tant que risque pour les droits des femmes et des enfants, B8-0694/2016 (2016) para 1.

⁷² La Cour de cassation a posé les deux questions suivantes : « 1) En refusant de transcrire sur les registres d'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention"? 2) Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la *Convention*? », Cass Civ 1^{re}, 10-19.053, *supra* note 27.

⁷³ Sur la théorie des droits acquis voir Antoine Pillet, « La théorie générale des droits acquis » (1925) 8 RCADI 485; sur son renouveau, voir également Étienne Patout, « Le renouveau de la théorie des droits acquis » *TCFDIP* (2006-2007), en ligne : Pedone <http://pedone.info/dip/dip-2008/3-PATAUT-DIP_2006_2008%20.pdf>.

⁷⁴ Jean-Pierre Laborde, « Retour sur la pluralité des points de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille » dans Philippe Delmas Saint-Hilaire et al, *dirs, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012.

continuité était envisagée de manière abstraite et susceptible de limites. Désormais, guidée par la jurisprudence relative à l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, la reconnaissance des situations concrètes paraît s'imposer plus facilement. Est-ce l'amorce d'un changement de paradigme sous l'impulsion des droits fondamentaux dans la réglementation de la gestation pour autrui?

B. Vers un changement de paradigme dans la réglementation de la gestation pour autrui?

Cette irruption des droits fondamentaux dans le litige à caractère international est susceptible de modifier en profondeur la physionomie du droit international privé. Sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, et notamment de l'*Arrêt Wagner*, naît l'obligation pour les États de reconnaître la situation étrangère même si celle-ci est contraire aux ordres publics nationaux. Il s'agit d'un changement de paradigme dans le traitement des relations transfrontières au nom des droits de l'homme et de la méthode dite de la reconnaissance⁷⁵ qui s'étend également en matière de gestation pour autrui. L'intérêt privé l'emporte sur l'intérêt du for et le besoin de cohérence. Il n'est plus question pour l'ordre juridique de faire preuve d'une ouverture conditionnée aux ordres juridiques étrangers. On tend désormais à accepter l'Autre dans ses propres termes⁷⁶. Les techniques de droit international privé se trouvent paralysées par la faveur pour une situation déjà créée et effective. Le droit international privé est concurrencé par un droit fondamental à dimension transnationale. À mesure que l'État perd le monopole de l'énonciation des valeurs fondamentales, l'objet de la réglementation du litige transfrontière n'est plus de trouver une solution à l'équation qui unit intérêt des individus, intérêt de la collectivité du for et intérêt de la société internationale, mais de donner une réponse au problème qui fait affronter intérêts de la personne individuelle et intérêts de la collectivité⁷⁷.

La solution est en réalité à la fois plus nuancée et plus forte en matière de gestation pour autrui, car le raisonnement tenu n'est pas assimilable pleinement à celui de l'*Arrêt Wagner*, fondateur en matière de reconnaissance. À ce stade, ce n'est pas la réalité sociologique qui dicte la réalité juridique, mais la réalité biologique. La réglementation de la gestation pour autrui se fait alors à géométrie variable. L'absence de réalité biologique intervient désormais comme le seul obstacle à la reconnaissance qui vient remplacer celui de l'ordre public international. En cela, la solution dédagée

⁷⁵ Voir Paul Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? » (2004) 371 RCADI 9; Paul Lagarde, « La reconnaissance, mode d'emploi » dans *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008; Sylvain Bollée, « L'extension de la méthode du domaine de la reconnaissance unilatérale » (2007) 2 Rev Crit DIP 307; Pfeiff, *supra* note 24.

⁷⁶ Sur les aspects philosophiques d'une telle reconnaissance, voir Horatia Muir Watt, « Droits fondamentaux et reconnaissance en droit international privé » (2013) 3 Journal européen des droits de l'Homme 411.

⁷⁷ Voir notamment Fabien Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 17 et s.

par les *Arrêts Menesson* et *Labassée* suivie par la Cour de cassation influencera nécessairement l'établissement de la filiation dont le régime dépend de l'application de la règle de conflit de lois. Peu importe la règle de conflit de lois et le contenu de la loi applicable, le lien biologique force l'établissement du lien de filiation. L'usage des droits fondamentaux à la place du raisonnement de droit international privé marque une matérialisation de la réglementation du litige à caractère international. La distinction entre l'interne et l'international disparaît dans le traitement de la situation juridique au profit de la logique de la reconnaissance imposée par l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. La méthodologie de la règle de conflit de lois ainsi que celle de la reconnaissance des actes et décisions étrangers sont neutralisées au nom des droits fondamentaux. Les droits de l'homme viennent balayer les barrières érigées par le droit international privé pour faire obstacle au contournement des législations nationales par la seule volonté des individus. L'irruption des droits fondamentaux dans le contentieux à caractère international est donc lourde de conséquences pour le droit international privé classique.

La reconnaissance des situations juridiques n'est dès lors pas neutre. L'individu devient l'arbitre de la normativité en décidant de se placer du point de vue de l'ordre juridique le plus libéral. Il met les normes en concurrence. Il joue et déplace les limites du droit, de la loi. « Chacun doit pouvoir choisir la loi qui lui convient – avoir la loi pour soi – et devenir son propre législateur — avoir soi pour loi⁷⁸ ». Ces mots du Professeur Supiot illustrent pleinement la croisée des chemins entre fondamentalisation et globalisation dans laquelle se situe le droit international privé contemporain.

Se pose dès lors un problème d'autorité de la loi. Si le rôle du droit est de répondre à des problèmes concrets, son rôle est également de fixer des limites clairement identifiables entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas : c'est la figure de l'Interdit. Or, reconnaître des situations qui sont volontairement acquises à l'étranger en fraude à l'ordre juridique fait perdre une partie de son impérativité à la norme prohibitive⁷⁹. Ce phénomène est d'autant plus remarquable qu'il intervient dans des domaines où l'individu est traditionnellement privé de la disponibilité de ses droits⁸⁰. Une telle solution tend à ignorer la voix du législateur national. « Les normes qu'il édicte à cette fin, et qui puisent leur effectivité dans l'appareil de contrainte de l'ordre juridique, sont avant tout, en démocratie, le fruit de la loi votée par les représentants du peuple⁸¹ ».

La volonté d'universaliser les droits fondamentaux européens se fait donc à rebours des États liés par ces règles. La logique universaliste des droits de l'homme

⁷⁸ Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres : cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, 2015 à la p 284.

⁷⁹ En pareille situation, « ce n'est plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, ce sont les parties qui décident si elles consentent à obéir à la loi », Batiffol, *supra* note 15 à la p 66.

⁸⁰ Sur ce phénomène, voir Christian Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme » (2013) 359 RCADI 285 à la p 329 et s.

⁸¹ David Sindres, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA » dans Alain Lienhard, dir, *Recueil Dalloz n°43 2015*, Paris, Dalloz, 2015.

l'emporte sur celle particulariste du droit international privé. L'énoncé universel des juges européens l'emporte sur les particularités étatiques des États-parties⁸². Mais, il faut bien admettre que le juge en charge de la reconnaissance ne fait ici qu'appliquer un des droits garantis par son ordre juridique. Il ne s'agit plus pour le juge d'appliquer son propre droit international privé, mais de faire place au droit étranger par le biais d'une valeur hiérarchiquement supérieure contenue dans son ordre juridique. Le juge national respecte ses engagements internationaux en appliquant un *jus commune* qui a une fonction transnationale.

Cette volonté de reconnaître s'explique volontiers dans un espace de communauté de droit, où les droits sont matériellement proches⁸³. Pourtant, en droit de la famille les traditions juridiques peuvent être très différentes et l'absence de consensus en matière de gestation pour autrui en atteste. De plus, faire preuve de bienveillance ne doit pas signifier faire preuve d'un internationalisme béat face aux potentielles violations des droits de l'homme qui entourent le recours à la maternité de substitution. Les débats relatifs à l'admission de la gestation pour autrui éthique dans l'ordre interne ne doivent pas occulter la dure réalité de cette pratique dans les pays étrangers⁸⁴ et notamment les risques avérés de cas d'abandon d'enfants, de « soupçons de traite d'enfants » ou des risques humains pris par les mères porteuses⁸⁵.

Ainsi, loin d'être une solution sans reproche, l'état de la jurisprudence ne gomme pas toutes les difficultés. Une première solution pourrait venir de l'universalisation des règles. À défaut, une seconde issue est celle de l'universalisation des situations juridiques tout en préservant le particularisme des ordres juridiques.

Dans l'optique d'une universalisation des règles relatives à la gestation pour autrui, le recours au droit international public est nécessaire. On pourrait en effet

⁸² Au point de risquer de voir se développer des résistances nationales et de mettre à mal la réalisation du discours des droits de l'homme? L'on peut en effet se demander si tous les États seront enclins à se conformer à de telles solutions et si une telle méthodologie ne sera pas perçue comme une intrusion intolérable des juges de Strasbourg dans l'ordonnement des ordres juridiques nationaux. Il ne faut pas omettre le risque que « tout discours universaliste soit toujours confronté à son antithèse, à ses limites ou exclusions internes, et finalement à son refoulé », Étienne Balibar, *Des universels : essais et conférences*, Paris, Galilée, 2016 à la p 49.

⁸³ C'est le cas également au sein de l'Union européenne, voir Amélie Panet, « La reconnaissance des situations de statut personnel constituées au sein des États tiers » dans Jean-Sylvestre Berge, Stéphanie Francq et Miguel Gardenes Santiago, dirs, *Boundaries of European Private, International Law*, Bruxelles, Bruylant, 2015 à la p 681 et s; voir aussi Amélie Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon III, 2014.

⁸⁴ À titre d'exemple, la Cour suprême indienne a pu mettre en évidence le risque de violation des droits de la mère porteuse du fait notamment du recours à des mères porteuses pauvres : « *This medical procedure is legal in several countries including in India where due to excellent medical infrastructure, high international demand and ready availability of poor surrogates it is reaching industry proportions* », *Baby Manji Yamada v Union Of India & Anr*, (2008) 13 SCC 518, para 9 (Haute Cour Inde).

⁸⁵ Pour un état des problèmes graves en matière de violation des droits de l'homme, voir Conférence de La Haye, *Rapport préliminaire*, supra note 3, annexe II; voir aussi Sheela Saravanan, *A Transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India*, Singapour, Springer, 2018.

souhaiter la création de conventions, encadrant le recours à la gestation pour autrui et réglant les problèmes de reconnaissance des actes de naissance à la suite du recours à une mère porteuse et de compétences des autorités publiques et judiciaires. Il peut s'agir de conventions bilatérales, mais également d'une convention multilatérale à l'image de la *Convention du 29 mai 1993 relative à l'adoption internationale*⁸⁶. Des études sont en cours depuis 2015 à la Conférence de La Haye⁸⁷. Un groupe d'experts nommés se réunit régulièrement pour faire l'état des difficultés. Un projet « filiation/maternité de substitution » est en cours d'élaboration⁸⁸. Le groupe de travail a tenu à rappeler le problème particulier de la maternité de substitution en indiquant que « l'absence de règles uniformes de droit international privé en matière de filiation peut mener à des filiations bancales d'un pays à l'autre dans un certain nombre de situations et peut créer des problèmes significatifs pour les enfants et les familles⁸⁹ ». Plusieurs méthodes reprenant les différentes solutions des législations et jurisprudences nationales sont envisagées sans toutefois faire l'objet de consensus en l'état actuel des négociations⁹⁰.

Dans l'attente ou à défaut de l'adoption d'une convention internationale ou de conventions bilatérales, il est possible d'avoir recours à des méthodologies concrètes de résolution du litige international. Plutôt que d'universaliser la règle de droit, il faut envisager l'universalisation des situations juridiques⁹¹. Il s'agit d'apprécier les intérêts concrets des ordres juridiques en présence tout en s'intéressant aux conséquences de ces revendications sur les individus. Cela suppose de décentrer le raisonnement classique de droit international privé en faisant coexister dans le raisonnement de droit international privé les intérêts concrets des différents ordres juridiques et ceux des personnes privées concernées par la situation qui sont confrontées aux difficultés de circulation de leur situation juridique. Cette volonté d'universalisation des situations juridiques prescrit l'emploi de méthodes recognitives. La méthode de la reconnaissance en est un aspect, mais l'objectif de circulation commande un impératif d'anticipation du point de vue de l'autre ordre juridique. Cela implique notamment de penser à l'exportation de la situation dans l'ordre juridique étranger en faisant un usage raisonné de la compétence de l'ordre juridique de création de la situation.

⁸⁶ Pour une étude de l'opportunité de s'inspirer de la *Convention de La Haye relative à l'adoption internationale en matière de maternité de substitution*, voir Hannah Baker, « A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are These 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? » dans Katarina Trimmings et Paul Beaumont, dirs, *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Portland, Hart, 2013.

⁸⁷ Conférence de La Haye, *Rapport préliminaire*, supra note 3.

⁸⁸ Pour un dernier état des discussions, voir Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport du Groupe d'experts relatif au Projet filiation/maternité de substitution (réunions du 25 au 28 septembre 2018)*, 2018, en ligne : HCCH <<https://assets.hcch.net/docs/0a23858d-01ec-4b3f-8c93-5391ff2f27b7.pdf>>.

⁸⁹ *Ibid* à la p 2.

⁹⁰ *Ibid*.

⁹¹ Voir Jean Sagot-Duvaurox, *Aspects fonctionnels de l'universalisation : Étude de droit international privé*, Villeneuve-d'Ascq, ANRT, 2009 à la p 218.

L'Inde semble avoir pris ce parti en conditionnant sa compétence⁹². L'ordre juridique indien conditionne en effet l'accès aux étrangers souhaitant avoir recours à la technique de gestation pour autrui au respect de critères de rattachement à l'instar de ce qui existe en matière d'adoption internationale ou de protection des majeurs. Parmi eux figurent la légalité de la gestation pour autrui dans le pays d'origine des parents d'intention et la possibilité de reconnaître la filiation entre l'enfant et les parents d'intention dans l'État de réception.

En adoptant de tels critères, l'ordre juridique de création adopte une méthodologie recognitive, caractéristique de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent⁹³. Cette méthode permet d'éviter les rapports juridiques boiteux en prenant en compte le point de vue concret de l'ordre juridique étranger. Elle commande de « faire une évaluation d'ordre fonctionnel relative au déroulement actuel ou futur des situations juridiques⁹⁴ ». En cela, l'ordre juridique tend, de manière unilatérale, à renouer avec la recherche de l'harmonie internationale des solutions et la coordination des ordres juridiques propres au droit international privé tout en respectant la nécessité de continuité du statut des personnes privées garantie par les droits fondamentaux. Le choix de telles méthodologies dépend cependant du bon vouloir des États.

En somme, confronté à des modèles familiaux divers, l'individu a l'opportunité de se séparer d'un déterminisme juridique pour choisir son mode de vie familial parmi un marché mondial de normes étatiques et choisir librement son statut, faire famille où il le souhaite et comme il le souhaite. Et, si désormais l'*homo oeconomicus* est encouragé à circuler librement, les droits fondamentaux servent d'instrument pour lui assurer l'existence d'une vie familiale stable, quels que soient ses déplacements, redistribuant les rôles classiquement dévolus à l'État et à l'individu. Le raisonnement classique de droit international privé s'incline devant des droits fondamentaux qui tendent à revêtir une fonction transnationale. Or, s'il peut exister une convergence d'objectifs entre les deux logiques, cela ne gomme pas tous les problèmes relatifs au respect des volontés des législateurs nationaux ou au respect des droits de l'homme des différentes personnes impliquées dans le processus de gestation pour autrui.

Devant de telles difficultés, la voie de la coopération multilatérale est la plus prometteuse, mais également la plus difficile à mettre en œuvre. À défaut ou dans l'attente de la création d'un instrument international, il reste la voie unilatérale qui

⁹² Voir notamment Bollée, *supra* note 33 à la p 229; depuis, un projet de loi datant de 2016 « *Surrogacy (Regulation) Bill* » vise à fermer les portes de la maternité de substitution pour tous les étrangers, voir Inde, Ministère de la santé et de la famille, *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016*, projet de loi, en ligne : <https://dhr.gov.in/sites/default/files/surrogacyregbill_0.pdf>; c'est le cas également de la Grèce ou du Royaume-Uni. L'ordre juridique grec exige que la mère d'intention et la mère porteuse soient toutes deux domiciliées en Grèce. La jurisprudence anglaise exige qu'au moins un des deux parents d'intention soit domicilié au Royaume-Uni, voir Conférence de La Haye, *Rapport préliminaire*, *supra* note 3 à la p 16.

⁹³ Voir Paolo Picone, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent » (1986) 197 RCAD 229.

⁹⁴ Paolo Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé » (2000) 276 RCADI 119.

impose d'adapter le raisonnement de droit international privé au contexte de la maternité de substitution. L'enjeu devient alors de concilier ces différentes rationalités à l'œuvre au prix de choix axiologiques et méthodologiques. En matière de gestation pour autrui, tout a un prix.