

DÉBUT ET FIN DE VIE

**Le droit
et la bioéthique en question**

Colloque international de Beyrouth
Mercredi 16 et jeudi 17 mai 2018

BIOÉTHIQUE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DES FILIATIONS ISSUES D'UNE GESTATION POUR AUTRUI

Vincent HEUZÉ¹

Ce n'est pas sans de vives réticences que j'ai accepté de participer à ce colloque.

D'abord, je n'aime guère m'exprimer en public, surtout lorsque, comme en l'occurrence, je ne crois pas avoir quoi que ce soit de bien intéressant à dire.

Mais ensuite le thème même de ce colloque m'embarrasse beaucoup, parce qu'il est, en tout cas en France, sinon à peu près partout dans les pays occidentaux aujourd'hui, la cause non pas seulement de débats passionnés, mais de véritables combats politiques, fort peu propices à la discussion, et donc à la réflexion.

Il est vrai que je suis chanceux puisque le sujet qui m'a été spécialement confié oblige à envisager la question des filiations issues d'une gestation pour autrui du point de vue du droit international privé.

Autrement dit, c'est en tant que juriste que je dois m'exprimer, et donc raisonner à partir de choix politiques éventuellement différents des miens : sont seuls pertinents ici ceux que traduisent les règles de droit positif.

Et s'il y a lieu, en effet, de raisonner en qualité de juriste, plutôt que de simplement exprimer une opinion, c'est notamment parce que ces choix politiques étatiques sont variables d'un pays à l'autre, et qu'ils fournissent donc une excellente illustration de la raison d'être de ce qu'on appelle le droit international privé : comment ces choix différents doivent-ils être conciliés ou coordonnés lorsqu'ils sont de nature à affecter la situation individuelle des mêmes personnes privées ?

En d'autres termes cette question, pour mériter d'être spécialement étudiée, oblige à partir de l'hypothèse où, la naissance d'un enfant étant résultée d'un recours à la GPA, sa filiation à l'égard de ceux qu'on appelle

1. Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), détaché à l'USJ de Beyrouth.

ses « parents d'intention » peut être établie selon la loi d'un certain pays, par exemple la loi ukrainienne ou californienne, mais non selon celle d'un autre pays, par exemple la loi libanaise ou, supposons-le pour l'instant en tout cas, la loi française.

Et pour traiter cette hypothèse, on peut procéder de deux façons, qui correspondent aux deux sens dans lesquels il est permis de comprendre la notion de « reconnaissance » des filiations qui figure dans le titre que les organisateurs de ce colloque ont donné à ma communication.

Dans un premier sens, la « reconnaissance », c'est celle du langage commun : reconnaître la filiation, c'est seulement en admettre le principe, mais sans préjuger d'aucune façon des conditions dont, le cas échéant, elle devra dépendre. Car ces conditions, ce sont les conditions ordinaires, celles qui sont habituellement formulées par les règles du droit international privé.

Mais dans un second sens, la reconnaissance, c'est une méthode, et une méthode qui éventuellement déroge à celles qui résultent de ces règles habituelles du droit international privé, parce qu'en découlent des conditions différentes et sensiblement moins rigoureuses.

Je vais donc tour à tour envisager ces deux manières distinctes de traiter le sujet.

1^o) Si l'on estime devoir rigoureusement appliquer les méthodes classiques du droit international privé à cette question de la filiation en cas de recours à la GPA, on devrait considérer que sa solution dépend par principe de la loi qui lui est applicable, laquelle à son tour dépend du for, c'est-à-dire de la nationalité de l'autorité saisie.

Ainsi, dans l'hypothèse où cette autorité serait un juge français, celui-ci devrait commencer par interroger la règle de conflit française applicable en matière de filiation.

De prime abord, cette démarche peut toutefois sembler se heurter à une difficulté : par principe, c'est la loi nationale de la mère « au jour de la naissance de l'enfant », que l'article 311-14 du Code civil désigne. Or cette mère, ce ne peut pas être la « mère d'intention » : elle n'est la « mère » que si l'on accepte de faire produire un effet juridique à son « intention », alors que telle est précisément toute la question. Par conséquent, la « mère » qu'envisage l'article 311-14 est nécessairement celle qui a

accouché de l'enfant. Mais cette dernière, outre que sa maternité, dans le sens juridique du terme, n'est pas établie (par hypothèse, la femme que désigne l'accouchement s'oppose à l'établissement de ce lien juridique et est, également par hypothèse, en droit de le faire en vertu de sa loi nationale), elle est même le plus souvent inconnue : le juge est tenu dans l'ignorance de son identité.

Sans doute, l'article 311-14 propose-t-il une solution pour cette difficulté : « *si la mère n'est pas connue, [est applicable] la loi personnelle de l'enfant* ». Mais ce remède n'est pas toujours efficace, car la loi personnelle, c'est la loi du pays dont l'enfant a la nationalité. Or cette nationalité dépend souvent de celle des parents, si bien qu'alors elle ne peut être déterminée sans que la filiation soit au préalable établie.

Fort heureusement, en droit français, il existe une autre règle qui permet de se tirer de l'embarras : selon l'article 311-17 du Code civil, « *la reconnaissance de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* ».

Dès lors que les démarches accomplies par les parents d'intention auprès des services de l'état civil du pays où l'enfant est né témoignent de leur volonté de reconnaître ce dernier, il n'est pas douteux que, au moins par principe, le juge français devrait admettre la validité de cette reconnaissance si elle est permise par la loi nationale de leur auteur, ainsi qu'il en va, par exemple, de la loi californienne que j'évoquais à l'instant. Autrement dit, si les parents d'intention sont des ressortissants américains domiciliés en Californie, le tribunal français par hypothèse saisi devrait en principe déclarer la filiation de l'enfant valablement établie à leur égard.

Pour qu'il en aille autrement, il faudrait que le juge français déclare que, compte tenu des moyens de procréation et de gestation utilisés par les intéressés, cette solution est contraire à notre ordre public international. Or une pareille décision semble aujourd'hui invraisemblable en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, et devrait même être radicalement exclue, en vertu de l'article 311-15 du Code civil si, entre la date de la naissance et celle du jugement, la filiation fondée sur la reconnaissance a été confortée par la possession d'état.

La situation se présente de façon très différente, en revanche, lorsque les parents d'intention sont de nationalité française. En effet, la reconnaissance étant considérée en droit français comme un « aveu » de la maternité ou de la paternité biologique, sa validité suppose en principe qu'elle soit conforme à cette vérité biologique. Mais la vérité biologique aujourd'hui est une notion devenue fort incertaine. Et c'est sur ce point que la CEDH semble, dans le dernier état de sa jurisprudence, s'opposer à celle de la Cour de cassation.

Selon la Cour de cassation, pour ce qui concerne la mère, cette vérité biologique ne peut être établie que par l'accouchement : tel est ce qu'elle décide avec constance jusque dans ses derniers arrêts. Et, pour ce qui concerne le père, la filiation biologique ne peut simplement se déduire de la fourniture, par lui, d'une partie du patrimoine génétique de l'enfant : il faut au surplus que cette « fourniture » s'opère par voie naturelle ou par procréation médicalement assistée lorsque celle-ci est, par exception, licite.

En conséquence, elle estime que, dans tous les cas où cette condition n'est pas satisfaite, la reconnaissance est, soit mensongère, soit frauduleuse si bien que le recours à la GPA est toujours incompatible avec l'établissement de la filiation de l'enfant.

Et c'est sur ce point précis que sa position s'écarte de celle de la Cour de Strasbourg.

D'après le dernier arrêt de celle-ci en la matière, qui a été rendu par sa Grande Chambre le 24 janvier 2017 dans l'affaire *Paradiso*², ni l'accouchement, ni la technique d'insémination utilisée ne sont pertinents : seule importe l'existence de liens biologiques, parce que ceux-ci suffiraient à fonder le droit à « une vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention EDH, donc à la reconnaissance juridique d'une famille, et par conséquent d'un lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention. En conséquence, ce n'est qu'en l'absence de tels liens biologiques que le recours à la GPA pourrait justifier la décision des États contractants de retirer l'enfant à ses parents d'intention et de le remettre à un foyer en vue de son adoption.

Il faut donc bien comprendre que cette divergence ne concerne pas réellement le droit international privé : elle porte d'abord et avant tout

2. CEDH 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12.

sur les solutions du droit interne. Car peu importe finalement comment et où l'enfant est né : ce que, au nom des Droits de l'homme, la Cour de Strasbourg impose aux États contractants, c'est que leur législation, même lorsqu'elle interdit le recours à la GPA, ne refuse jamais de consacrer la filiation de cet enfant envers ceux que les examens biologiques désignent. En revanche, ils conservent une marge de liberté lorsque l'enfant issu d'une GPA n'a aucun lien biologique avec ses « parents d'intention ».

Et c'est précisément cette marge de liberté que vise à contredire la « reconnaissance » de la filiation, lorsqu'elle est érigée en méthode du droit international privé.

2°) La « reconnaissance » correspond à une méthode bien connue du droit international privé. Mais son application à la filiation issue d'une GPA traduit une extension considérable de son domaine, en évinçant celui du droit des conflits de lois dont, comme on vient de le voir, devrait relever cette question.

Classiquement, la méthode de la reconnaissance concerne strictement l'efficacité des décisions étrangères, et donc principalement celle des jugements étrangers.

Son adoption se justifie par le fait que les jugements constituent une norme juridique par laquelle un État, un ordre juridique, fixe sa propre position à propos d'un litige, c'est-à-dire une question de droit donnée.

Lorsque, dans un pays, une telle norme a été édictée, il ne serait pas raisonnable, dans les autres pays, de l'ignorer.

Bien sûr, rien logiquement, ne le leur interdit, et ils pourraient donc parfaitement en faire abstraction dans la définition de la solution que la même question appelle de leur propre point de vue.

Mais il en résulterait fatalement que les décisions ainsi rendues les unes indépendamment des autres risqueraient de diverger, voire de s'opposer radicalement, ce qui placerait les justiciables dans des situations inextricables : divorcés dans un pays, ils seraient toujours mariés dans un autre ; reconnus victimes d'un accident ici, ils en seraient déclarés responsables ailleurs, etc.

Voilà donc la justification de la méthode de la reconnaissance : dès lors qu'à propos d'un litige donné, les droits des parties ont été fixés par une décision étrangère, les tribunaux saisis du même litige doivent commencer

par se demander s'il existe des raisons absolument impérieuses de rendre une décision dont le sens pourrait être différent dans le for.

Si ces raisons n'existent pas, alors ils doivent « reconnaître » le jugement étranger, c'est-à-dire en réalité rendre une décision qui, par référence à ce jugement étranger, en « nationalise » le dispositif.

Mais cela suppose précisément que cette solution ne se heurte à aucune objection impérieuse. Ou, autrement dit, cela suppose qu'au moins deux conditions absolument essentielles soient satisfaites.

D'abord, il faut que la décision étrangère émane d'une autorité « compétente ». Par là, il faut entendre que cette autorité doit avoir eu des titres sérieux pour se prononcer sur la question litigieuse. Sinon, elle encourt le reproche de s'être mêlée de ce qui ne la regardait pas réellement, et rien ne justifie que le for renonce à librement trancher le même litige par application de ses propres règles.

Ensuite, il faut que la décision rendue par cette autorité étrangère n'apparaisse pas choquante aux yeux du for, c'est-à-dire contraire à son « ordre public international », en raison, soit du processus suivi pour son élaboration, soit de la solution même qu'elle consacre.

Mais en toute hypothèse, la méthode elle-même suppose que l'on se trouve en présence d'une véritable décision.

Or tel n'est jamais le cas dans toutes les affaires dans lesquels les tribunaux français ou la CEDH ont eu à statuer sur la GPA.

Chaque fois, ce à quoi ils avaient affaire, c'était seulement à des « actes de naissance » établis à l'étranger. Et ces actes de l'état civil étranger ne sont en rien des normes juridiques qui *tranchent*, du point de vue du pays où ils sont dressés, la question de la filiation des enfants en cause : ils se bornent à *enregistrer* de simples déclarations des « parents d'intention », ou « de la mère porteuse », sans aucunement préjuger de la solution que les tribunaux du même État retiendraient, en application de la loi que leur règle de conflit désignerait, s'ils étaient saisis d'un litige relatif aux effets de ces déclarations du point de vue du lien de filiation.

Par voie de conséquence, la question de la « compétence » de l'auteur de ces actes ne serait pertinente que si l'on pouvait faire abstraction de leur véritable portée. Car bien sûr, on ne voit pas comment pourrait être contestée la compétence des services de l'état civil d'un pays pour

« constater » les naissances qui se produisent sur le territoire de celui-ci. En revanche, on ne voit pas davantage comment pourrait être défendue la « compétence » de ces mêmes autorités pour *se prononcer sur la qualité* de « parents » de Français domiciliés en France, d'Italiens résidant en Italie ou de Britanniques établis au Royaume-Uni, sous prétexte qu'ils ont eu recours à une mère porteuse en Ukraine, en Russie, en Inde ou en Californie.

La question de la compatibilité de ces actes avec l'ordre public international des États où ils sont invoqués ne mériterait donc pas même d'être posée : puisque ces actes ne se prononcent pas réellement sur la filiation, leur « reconnaissance », du point de vue de cette filiation, n'a aucune raison d'être.

Et pourtant c'est cette « reconnaissance », en tant que méthode, que la CEDH semble vouloir imposer : dès lors que, jusqu'à son arrêt *Paradiso*³, la Cour de Strasbourg ne tolérerait même pas que fût contestée une filiation ne correspondant pas à la vérité biologique⁴, c'est qu'elle estimait que les États contractants devaient s'incliner devant celle qui était simplement affirmée par les actes de naissance.

Et la seule exception que réserve désormais (ou pour l'instant) l'arrêt *Paradiso* semble devoir s'interpréter comme signifiant qu'ils sont néanmoins autorisés à opposer leur ordre public international à cette affirmation, lorsqu'elle est contredite par des tests biologiques.

Alors la Cour de cassation française tente de résister, en affectant de considérer que sont seuls en causes les actes de l'état civil des enfants concernés, c'est-à-dire la preuve de la réalité, du lieu et du moment de leur naissance, et que la question de la filiation de ces enfants demeurerait

3. *Ibid.*

4. Voir CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11 et n° 65941/11, D. 2014.1797, note F. Chenede, 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, 1806, note L. d'Avout, 2015.702, obs. F. Granet-Lambrechts, 755, obs. J.-C. Galloux, 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon, *AJDA* 2014.1763, chron. L. Burgorgue-Larsen, *AJ fam.* 2014.499, obs. B. Haftel, et 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RDSS* 2014.887, note C. Bergoignan Esper, *Rev. crit. DIP* 2015.1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, et 144, note S. Bollee ; *RTD civ.* 2014.616, obs. J. Hauser, et 835, obs. J.-P. Marguenaud.

étrangère aux débats qui, en France, sont strictement relatifs à la transcription des actes en cause dans les registres français⁵.

Pour ce qui concerne la filiation, le problème ne serait donc pas nécessairement clos à ces yeux puisque, en toute hypothèse, la voie de l'adoption demeurerait toujours envisageable pour les parents d'intention.

Mais cette résistance, qui n'a encore jamais trouvé grâce aux yeux de la CEDH, paraît de toute façon vaine : comme je l'indiquais d'emblée, ce à quoi on a affaire n'est pas à une discussion juridique, mais à un combat politique.

Et dans ce combat, les arguments juridiques n'ont pas de réelle valeur : le droit, ses règles et ses méthodes sont tout au plus des auxiliaires de la rhétorique éristique, ou de ce que Schopenhauer appelait « l'Art d'avoir toujours raison ».

C'est d'ailleurs parce que cette réalité est de plus en plus évidente et qu'elle se manifeste dans bien d'autres domaines que celui de la GPA que je ne suis plus tout à fait certain que la science juridique, c'est-à-dire la rigueur analytique appliquée aux modes de l'organisation sociale, mérite encore d'être enseignée en France.

Mai 2019

5. Voir Ass. plén., 3 juillet 2015, 14-21323 et 15-5002, *D.* 2015.1819, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *ibid.* 1481, édito. S. Bollee, *ibid.* 1773, point de vue D. Sindres, *ibid.* 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *ibid.* 2016.674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 857, obs. F. Granet-Lambrechts, *ibid.* 915, obs. Regine, *ibid.* 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, *AJ fam.* 2015.496 ; *ibid.* 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Rev. crit. DIP* 2015.885, et la note S. Bollee, *RTD civ.* 2015.581, obs. J. Hauser, *Gaz. Pal.* 2015.2949, obs. P. Le Maigat. Adde Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2017, 16-16901, 16-50025, *D.* 2017.1737, note H. Fulchiron, *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *AJ fam.* 2017.482, *ibid.* 375, point de vue F. Chenede, *ibid.* 431, point de vue P. Salvage-Gerest, *JDI* 2017.1291, note J. Guillaume, *Rev. crit. DIP* 2018.143, note S. Bollee et 29 novembre 2017, 16-50061 *D.* 2017.2477, *AJ fam.* 2018.122, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *Rev. crit. DIP* 2018.143, note S. Bollee.